Pubblicazione quadrimestrale • Anno I • Numero 2/2023 • ISSN 2975-1306

Rivista del Contenzioso Europeo

Revue du Contentieux Européen
Review of European Litigation

DIRETTA DA
MASSIMO CONDINANZI e CHIARA AMALFITANO

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

2/2023

In copertina: Università degli Studi di Milano, foto di Paolo Sacchi

© Copyright 2023 – Rivista del Contenzioso Europeo
Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 83 del 13.06.2023

DIRETTORE RESPONSABILE
Massimo Condinanzi

DIREZIONE E REDAZIONE
Via Festa del Perdono, 7 – 20122 Milano
redazione@europeanlitigation.eu
direttivo@europeanlitigation.eu
www.europeanlitigation.eu

© Copyright 2023 – Editoriale Scientifica – Napoli
VIA SAN BIAGIO DEI LIBRAI, 39 – TEL. 081 5800459
www.editorialescientifica.com

ISSN 2975-1306

FONDATA DA
Massimo Condinanzi e Chiara Amalfitano

DIRETTORE RESPONSABILE
Massimo Condinanzi

DIRETTORI
Massimo Condinanzi e Chiara Amalfitano

COMITATO DIRETTIVO
Jacopo Alberti, Ilaria Anrò, Paolo Biavati, Filippo Croci, Daniele Domenicucci, Marco Lamandini, Nicole Lazzerini, Massimo Orzan, Paolo Piva, Luca Prete, Gian Michele Roberti, Fabio Spitaleri, Igor Taccani, Diletta Tega, Massimo Urbani

COMITATO SCIENTIFICO
Roberto Adam, Adelina Adinolfi, Francesco Bestagno, Michal Bobek, Marta Cartabia, Roberto Chieppa, Carlo Curti Gialdino, Luigi Daniele, Patrizia De Pasquale, Vittorio Di Bucci, Giacomo Di Federico, Fabio Ferraro, Sergio Fiorentino, Daniele Gallo, Marc Jaeger, Christine Kaddous, Koen Lenaerts, Roberto Mastroianni, Bruno Nascimbene, Gabriella Palmieri, Valeria Piccone, Fabrice Picod, Giovanni Pitruzzella, Ornella Porchia, Carlo Rasia, Lucia Serena Rossi, Lorenzo Salazar, Daniel Sarmiento, Silvana Sciarra, Antonio Tizzano, Takis Tridimas, Chiara Tuo, Marc Van der Woude, Francesco Viganò

REDAZIONE
Giulia Agrati, Samuele Barbieri, Mariacristina Bottino, Lorenzo Cecchetti, Pier Francesco Bresciani, Agnese Ciprandi, Martina Coli, Marcella Cometti, Allegra D'Incecco, Alessandra Favi, Anna Grasso, Clelia Lacchi, Miriana Lanotte, Michele Laterza, Francesco Medico, Linda Paglierani, Isabella Perego, Martina Previatello, Beatrice Sboro, Riccardo Torresan, Enrico Verdolini

COORDINAMENTO DELLA REDAZIONE
Camilla Burelli

La *Rivista del Contenzioso Europeo* | *Revue du Contentieux Européen* | *Review of European Litigation* mira a diffondere contributi scientifici sulle regole del processo davanti al giudice dell'UE e dei meccanismi di tutela che in quel processo trovano realizzazione, in tal modo stimolando e alimentando la discussione dottrinale sul "confronto" giudiziario in senso lato, che rappresenta uno strumento essenziale per lo sviluppo del processo di integrazione europea.
L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili *online* all'indirizzo *www.europeanlitigation.eu/collabora/*).
Gli articoli saranno soggetti a referaggio cieco secondo i principi descritti nel codice etico. Tutti i lavori devono essere inviati in formato word all'indirizzo redazione@europeanlitigation.eu.

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

pag.

P. DE PASQUALE, *Il ruolo delle parti nel rinvio pregiudiziale: problemi vecchi e nuovi* 1

M. CONDINANZI, *Une règle «* de minimis *» pour les infractions au droit de l'Union européenne*.....29

S. PINI, *Un (possibile) dialogo tra l'ordinamento dell'Unione e quello nazionale. Le «cause pilota» e il rinvio pregiudiziale avanti la Corte di cassazione*.....45

RUBRICHE

CONTENZIOSO NEI RINVII PREGIUDIZIALI
(a cura di Filippo Croci, Igor Taccani)

L. PAGLIERANI, *Brevi note sull'intervento del terzo nel procedimento nazionale sospeso a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*.....63

CONTENZIOSO NEI RICORSI DIRETTI
(a cura di Fabio Spitaleri, Daniele Domenicucci)

G. LO TAURO, *Ricevibilità dei ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro orientamenti della Commissione nel settore degli aiuti di Stato*.....73

I. CENDRET, *Misure restrittive UE: il caso* RT France c. Consiglio *sull'ammissibilità del ricorso di annullamento contro la decisione di proroga delle misure restrittive*.....80

D. P. DOMENICUCCI, *Interesse ad agire* prius *logico nell'esame della ricevibilità? Brevi note a margine della sentenza del 15 giugno 2023,* Silver e a./Consiglio*, C-499/21 P*.....85

CONTENZIOSO GENERATO DAI *POURVOIS*
(a cura di Paolo Biavati, Massimo Condinanzi)

D. CIMARELLI, *Il livello di sindacato delle Corti europee*.....90

RAPPORTI TRA SUPREME MAGISTRATURE NAZIONALI E CGUE
(a cura di Gian Michele Roberti, Diletta Tega)

P. F. BRESCIANI, *Tutela degli interessi finanziari dell'Unione ed effetto diretto in malam partem in materia penale: una nuova stagione romena per la saga Taricco?*.....94

C. AMALFITANO, *Garanzie di risocializzazione anche per l'extracomunitario radicato in Italia: la Consulta dà seguito alla decisione della Corte di giustizia*.....101

L. TOMASI, *Mandato d'arresto europeo e tutela della salute del ricercato: la Corte costituzionale si pronuncia a valle della sentenza* E.D.L. *della Corte di giustizia*.....107

PUBLIC ENFORCEMENT DEL DIRITTO UE: *PRE-LITIGATION* E *LITIGATION* DELLE INFRAZIONI
(a cura di Luca Prete, Massimo Urbani)

M. PATRIN, *Chiarimenti sulla fase precontenziosa nelle procedure ai sensi dell'art. 260, par. 2,* TFUE.....113

CONTENZIOSO DAVANTI ALLE COMMISSIONI DI RICORSO DELLE AGENZIE
(a cura di Jacopo Alberti, Marco Lamandini)

C. BURELLI, *La legittimazione dei privati ad impugnare atti regolamentari: breve nota a margine di due decisioni della commissione di ricorso di ACER del 9 dicembre 2022*.....119

DIMENSIONE GIUDIZIARIA DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
(a cura di Ilaria Anrò, Nicole Lazzerini)

A. VICINANZA, *L'interdiction de relever d'office les nullités résultant de la notification tardive du droit au silence au moment de l'arrestation*.....129

IL "CANTIERE" DELLA GIURISDIZIONE DELL'UE
(a cura di Chiara Amalfitano, Massimo Condinanzi)

REDAZIONE, *Il nuovo regime di pubblicazione degli atti di diritto "comunitario" e le specificità del giudice dell'Unione*.....135

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

ARTICOLI

IL RUOLO DELLE PARTI NEL RINVIO PREGIUDIZIALE: PROBLEMI VECCHI E NUOVI

Le rôle des parties dans la procédure de renvoi préjudiciel: questions anciennes et nouvelles

The role of the parties in the preliminary reference procedure: old and new issues

PATRIZIA DE PASQUALE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ruolo delle parti dinanzi al giudice nazionale di ultima istanza. – 3. L'introduzione dell'art. 363-*bis* c.p.c. e le (eventuali) conseguenze per le parti. – 4. (segue)*:* due esempi di prassi applicativa. – 5. L'incidenza sulle parti del trasferimento di talune questioni pregiudiziali al Tribunale. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente lavoro intende soffermarsi (senza alcuna pretesa di esaustività) su talune problematiche che, direttamente o indirettamente, incidono sul ruolo delle parti nell'ambito del rinvio pregiudiziale. A tal fine è necessario innanzitutto ricordare che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 23[1] e 23 *bis*[2] dello statuto e 96[3] e 97[4] del regolamento di procedura della Corte di giustizia (d'ora in avanti RP CG)[5], spetta al giudice

* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli *Federico II*. Le presenti considerazioni ripropongono parzialmente quelle contenute nello scritto *"Il ruolo delle parti nel rinvio pregiudiziale"* destinato al volume "*L'applicazione del diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale*" – Scuola Superiore della Magistratura, in corso di pubblicazione.

1 R. MASTROIANNI, A. MAFFEO, *Commento art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea, Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 125 ss.

2 I. TACCANI, *Commento art. 23 bis dello Statuto della Corte di giustizia*, *ibidem*, p. 136 ss.

3 M. CONDINANZI, *Commento art. 96 del Regolamento di procedura*, *ibidem*, p. 606 ss.

4 M. CONDINANZI, *Commento art. 97 del Regolamento di procedura*, *ibidem*, p. 614 ss.

5 La Corte ha più volte ricordato che «quanto alla partecipazione al procedimento pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 96, paragrafo 1, del regolamento di procedura, in combinato disposto con l'articolo 23 dello statuto della Corte, possono presentare osservazioni dinanzi alla Corte le parti

del rinvio l'individuazione delle parti del procedimento principale, in conformità con la normativa processuale nazionale. La nozione di parte è, dunque, perfettamente coincidente con quella stabilita dall'ordinamento di ciascuno Stato membro. Dal che vanno considerate "parti" le persone fisiche e giuridiche che hanno tale qualità nella lite pendente dinanzi al giudice nazionale; mentre le parti diverse da quelle presenti nel giudizio *a quo*, ma che sono egualmente interessate alla definizione della controversia, devono necessariamente comparire nel giudizio nazionale, sia pure come intervenienti (senza distinzione in ordine al titolo: adesivo, dipendente, autonomo, obbligatorio, come *amicus curiae*), affinché possano acquisire la qualifica di parte processuale dinanzi la Corte di giustizia.

Il termine "parte" allude, quindi, genericamente ai soggetti che agiscono nel processo nazionale e non è riferito soltanto a quelli del rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Vale a dire che, nel procedimento pregiudiziale, la parte processuale prescinde dalla titolarità del rapporto giuridico controverso ed include i terzi che intervengono nel processo, anche soltanto per sostenere le ragioni di una delle parti, senza far valere un proprio diritto.

È pure importante precisare che, come ben noto, la competenza della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale è esercitata da "giudice a giudice"[6], in quanto tale meccanismo è teso a garantire un costante e

---

nel procedimento principale, gli Stati membri, la Commissione, nonché, eventualmente, l'istituzione, l'organo o l'organismo dell'Unione europea che ha adottato l'atto sulla cui validità o interpretazione si controverte, gli Stati aderenti all'accordo sullo Spazio economico europeo diversi dagli Stati membri, l'Autorità di vigilanza AELS e gli Stati terzi interessati. Dato che l'elenco contenuto in tali disposizioni è esaustivo, questo diritto non può essere esteso a persone fisiche o giuridiche che non siano espressamente previste» (Corte giust., 6 ottobre 2015, causa C-61/14, *Orizzonte salute*, ECLI:EU:C:2015:655, punto 31, con nota di J. KROMMENDIJK, *Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after* Orizzonte, in *CMLR*, 2016, p. 1395 ss.). Sull'intervento degli Stati, M. GRANGER, *States as Successful Litigants before the European Court of Justice: Lessons from the "Repeat Players" of European Litigation,* in *Croatian Yearbook of European Law and Policy,* 2006, p. 27 ss., spec. pp. 38 e 39.

[6] Sul rinvio in generale, v. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, Napoli, III ed., 2021, p. 440 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1675 ss.; A. TIZZANO, *Il rinvio pregiudiziale e la prassi dei giudici italiani*, in *Dir. Unione eur.*, 2018, p. 403 ss. (*Le renvoi préjudiciel et la pratiques des juges italiens*, in P. PASCHALIDIS, J. WILDEMEERSCH (dirs.), *L'Europe au présent!: liber amicorum Melchior Wathelet*, Bruxelles, 2018, p. 703 ss.); F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020. Nella letteratura straniera, F. A. SCHOCKWEILER, *Le renvoi préjudiciel au sens de l'article 177 du Traité CEE*, in *Bulletin du Cercle François Laurent*, 1992, IV, p. 1 ss.; P. PESCATORE, Le *renvoi préjudiciel: l'évolution du système*, in AA. VV., *1952-2002: cinquantième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes*, Luxembourg, 2003, p. 17 ss.; M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, 2010; A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011 (dello stesso si veda anche *Déformations préjudicielles*, in AA. VV., *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, p. 21 ss.); J. MALENOVSKÝ *Le renvoi préjudiciel perçu par trois cours "souveraines"*, in *Journal de droit européen*, 2013, n. 200, p. 214 ss.; J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE: le renvoi préjudiciel*,

proficuo supporto ai giudici nazionali nell'interpretazione e nell'attuazione del diritto dell'UE. Di talché, soltanto il giudice nazionale può valutare l'opportunità di sottoporre un quesito pregiudiziale alla Corte, qualora ritenga che la risposta sia indispensabile alla soluzione della controversia dinanzi a lui pendente[7]. Le parti non possono in alcun modo obbligarlo ad effettuare un rinvio pregiudiziale; neppure possono costringerlo ad optare per questa soluzione, stipulando un accordo prima dell'insorgere della controversia[8].

Di converso, un giudice nazionale può proporre una domanda pregiudiziale anche se nessuna delle parti del procedimento principale ha sostenuto che la causa sollevi questioni di diritto dell'UE oppure se tutte le parti coinvolte si oppongono al rinvio.

Nondimeno, nella prassi, le parti svolgono un ruolo importante nella decisione del giudice nazionale di decidere se rinviare o meno; infatti, non di rado, l'iniziativa di proporre un rinvio proviene da una di esse, ancorché le procedure nazionali varino notevolmente[9]. Altrettanto frequentemente, però, è il giudice nazionale a decidere autonomamente se sollevare o meno una questione pregiudiziale, talvolta contro la volontà di entrambe le parti[10]. Peraltro, egli può anche sospendere il procedimento principale

---

Bruxelles, 2013; F. JACOBS, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice: un modèle pour d'autres systèmes transnationaux?*, in AA. VV., *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, 2015, p. 271 ss.; J. L. DA CRUZ VILAÇA, *De l'interprétation uniforme du droit de l'Union à la "sanctuarisation" du renvoi préjudiciel: étude d'une limite matérielle à la révision des traités*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 247 ss.; J. P. JACQUÉ, *Actualité du renvoi préjudiciel*, in *Revue trim. droit eur.*, 2018, p. 707 ss.

[7] In tal senso, il punto 3 delle raccomandazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, chiarisce che «La competenza della Corte a statuire in via pregiudiziale sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione è esercitata su iniziativa esclusiva dei giudici nazionali, a prescindere dal fatto che le parti del procedimento principale abbiano chiesto o meno di adire la Corte. Poiché il giudice nazionale investito di una controversia è chiamato ad assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, spetta a tale giudice – e a lui solo – valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emanare la propria decisione sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte» (2019/C 380/01, 8 novembre 2019, par. 3).

[8] Corte giust., 16 giugno 1981, causa 126/80, *Salonia*, ECLI:EU:C:1981:136; 19 dicembre 2018, causa C-375/17, *Stanley International Betting*, ECLI:EU:C:2018:1026.

[9] Soprattutto nei sistemi giuridici in cui il ruolo dell'avvocato nel chiarire il caso è considerevole, come in Irlanda e in Danimarca, i rinvii pregiudiziali sono generalmente effettuati su iniziativa delle parti. Arrivando addirittura a sottoporre al giudice nazionale, in calce al ricorso o alla memoria difensiva, i possibili quesiti pregiudiziali da presentare alla Corte di giustizia. Chiaramente, il giudice del rinvio può modificarne l'intera formulazione proposta dalla parte.

[10] Nella causa *Portman Agrochemicals*, il giudice Brooke della High Court inglese ha osservato che entrambe le parti in causa avevano evidenziato i pregiudizi che sarebbero derivati dai ritardi connessi all'ottenimento di una pronuncia pregiudiziale. Così, pur non avendo fiducia nella sua capacità di risolvere adeguatamente la questione, il giudice dell'Alta Corte ha deciso, nell'interesse delle parti e in considerazione dei tempi e dei costi necessari per ottenere una pronuncia pregiudiziale, di interpretare lui stesso la direttiva in questione (*R v Ministry of Agriculture, Fisheries*

«solo per quanto riguarda gli aspetti di quest'ultimo che possono essere interessati dalla risposta della Corte a tale domanda»[11] e può disporre in via cautelare la sospensione di atti interni (ad esempio, atti attuativi di fonti dell'Unione sulla cui validità la Corte di giustizia sia chiamata a pronunciarsi) e, più in generale, può prendere le misure provvisorie necessarie ad evitare che la posizione di una delle parti sia irrimediabilmente pregiudicata dal decorso del tempo necessario, alla Corte, per rispondere e, al giudice nazionale, per decidere la causa principale[12].

Resta così ferma la regola che, pure in presenza di "rinvio consensuale", ovvero qualora tutte le parti di una controversia fossero favorevoli a sottoporre un quesito alla Corte di giustizia, il giudice nazionale è tenuto a procedere soltanto se ritiene essenziale la pronuncia della Corte per la soluzione corretta della causa.

Una consultazione delle parti, sulle questioni proposte prima di presentare il rinvio alla Corte di giustizia, può comunque risultare utile per il giudice, sia per evitare complicazioni dopo la pronuncia sia per ricevere informazioni importanti, ad esempio, per correggere o integrare i fatti riportati o per consentirgli di rendere i quesiti più pertinenti[13]. Invero, sentite le parti, il giudice nazionale potrebbe decidere che il rinvio non sia necessario e definire la questione senza ricorrere all'aiuto della Corte. Analogamente, se durante la preparazione della causa, dovesse nutrire dubbi sull'applicazione di norme UE pertinenti, potrà invitare le parti a presentare osservazioni in merito e sulla necessità di un rinvio pregiudiziale[14]. Ma, se, conformemente all'art. 23, 1° c., dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, «la decisione con cui il giudice del rinvio si rivolge alla Corte sospende il procedimento, […] detta disposizione non può essere intesa nel senso che essa vieta a tale giudice del rinvio, una volta che questi abbia interrogato la Corte, di sentire le parti relativamente alle risposte che occorre fornire ai quesiti che gli sono stati

---

and Food, ex p Portman Agrochemicals Ltd, spec. punti 20 e 21, disponibile in *Common Market Law Reports*, vol. 3, 1994, p. 18 ss.).

[11] Corte giust., 17 maggio 2023, causa C-176/22, *BK e ZhP*, ECLI:EU:C:2023:416, punto 23.

[12] F. SPITALERI, *Rinvio pregiudiziale e obbligo di sospensione del giudizio principale: note alla sentenza* BK e ZhP, in *BlogDUE*, 26 luglio 2023.

[13] D. EDWARD, *The Problem of Fact-finding in Preliminary Proceedings under Article* 177, in H. SCHERMERS, G. TIMMERMANS, A. KELLERMAN, J. S. WATSON (eds.), *Article 177: Experiences and Problems*, Amsterdam, 1987, p. 216 ss.

[14] Le prassi nazionali variano molto con riguardo al ruolo attribuito alle parti nella preparazione di una questione pregiudiziale. Ad esempio, esse svolgono un ruolo importante in Danimarca e in Irlanda, dove il ruolo del giudice nazionale è principalmente quello di confermare un accordo tra le parti. In questi Stati membri, quindi, è spesso lasciato alle parti il compito di redigere un progetto di ordinanza di rinvio, che comprenda una descrizione dei fatti, e non solo le vere e proprie questioni da rinviare.

posti nell'ambito della procedura di cooperazione istituita dall'articolo 267TFUE»[15].

Le parti sono, quindi, destinate ad "incidere" sul destino della domanda pregiudiziale, anche perché una domanda di rinvio viene cancellata qualora esse raggiungano un accordo stragiudiziale o, più in generale, se sopravviene la cessazione della materia del contendere. Precisamente, le parti sono tenute ad informare la Corte nel caso in cui procedano alla composizione amichevole della controversia e le questioni poste a titolo pregiudiziale siano divenute prive di oggetto; ma la richiesta – ancorché congiunta – delle parti non può determinare il ritiro della domanda senza la volontà del giudice del rinvio. Solo quest'ultimo può chiedere alla Corte di cancellare una domanda di pronuncia pregiudiziale dal registro ed è tenuto a comunicare la sentenza con la quale constata la composizione amichevole della controversia e ne ordina la cancellazione dal ruolo (art. 100 RP CG)[16].

Nel caso in cui le parti decidano di trasferire la causa ad altro giudice competente, spetta al nuovo giudice nazionale riassumere o meno la domanda pregiudiziale[17].

Alla luce di tali brevi premesse, verranno di seguito esaminate, innanzitutto, le conseguenze sulle parti del mancato rinvio da parte di un giudice avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno (art. 267, 3° c., TFUE), per poi soffermarsi sui problemi che potrebbero sorgere, a seguito dell'introduzione dell'art. 363-*bis* c.p.c., operativo dal 1° gennaio 2023, che ha il chiaro scopo di accentuare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione[18], ma altresì di farne emergere il carattere "anticipatorio",

---

[15] Corte giust., 22 giugno 2023, cause riunite C-711/21 e C-712/21, *Stato belga (Éléments postérieurs à la décision de retour),* ECLI:EU:C:2023:503, punto 46.

[16] Corte giust., 12 marzo 2009, causa C-132/07, *Beecham Group*, ECLI:EU:C:2009:145. In dottrina, M. BROBEN, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2021, spec. pp. 293 e 295.

[17] Corte giust., 29 gennaio 2020, causa C-371/18, *Sky*, ECLI:EU:C:2020:45.

[18] L'art. 363-*bis* c.p.c. sancisce: «Il giudice di merito può disporre con ordinanza, sentite le parti costituite, il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Cassazione per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto, quando concorrono le seguenti condizioni:1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi. L'ordinanza che dispone il rinvio pregiudiziale è motivata, e con riferimento alla condizione di cui al numero 2) del primo comma reca specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili. Essa è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione ed è comunicata alle parti. Il procedimento è sospeso dal giorno in cui è depositata l'ordinanza, salvo il compimento degli atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione oggetto del rinvio pregiudiziale. Il primo presidente, ricevuta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, entro novanta giorni assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto, o dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma. La Corte, sia a sezioni unite che a sezione semplice, pronuncia

giacché attraverso tale disposizione essa è chiamata a partecipare, «insieme con il giudice di merito, alla decisione finale della controversia, fissando una frazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale»[19]. Infine, si esamineranno le implicazioni sulle parti che potrebbero manifestarsi a seguito dell'approvazione e dell'entrata in vigore della proposta di regolamento recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia[20], che, oramai è noto, ha l'obiettivo, per quanto qui interessa, di trasferire talune competenze in materia di pronunce pregiudiziali al Tribunale, a norma dell'art. 256 del TFUE.

2. Il ruolo delle parti dinanzi al giudice nazionale di ultima istanza

Per quanto riguarda le ricadute sulle parti della violazione dell'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza, è ben chiaro che una pronuncia erronea di una Corte suprema – la cui giurisprudenza si consolida con maggiore forza ed autorità – comporta una lesione definitiva del diritto del singolo dovuta alla mancata o non corretta applicazione di una norma dell'Unione.

Più precisamente, quantunque il rinvio pregiudiziale non costituisca, come detto, un mezzo di ricorso a disposizione delle parti e non sia sufficiente «che una parte sostenga che la controversia verte su una questione di interpretazione del diritto dell'Unione perché l'organo giurisdizionale interessato sia tenuto a considerare che sussiste una questione sollevata ai sensi dell'articolo 267 TFUE»[21], è pur vero che

---

in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all'articolo 378. Con il provvedimento che definisce la questione è disposta la restituzione degli atti al giudice. Il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti».

[19] M. COMASTRI, *La pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di cassazione*, in C. CECCHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, p. 141 ss.

[20] Domanda presentata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'articolo 281, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di modificare il protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 dicembre 2022, disponibile in curia.europa.eu. Tra i primi commenti, A. TIZZANO, *Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE*, in *BlogDUE*, 11 gennaio 2023; C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *Dir. Unione eur.*, 2022, p. 14 ss.; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Preliminary Rulings before the General Court Crossing the last frontier of the reform of the EU judicial system?,* in *eulawlive.com*, Weekend Edition, n. 125, 17 December 2022.

[21] Corte giust., 3 luglio 2014, causa C-19/14, *Talasca*, ECLI:EU:C:2014:2049, punto 22; 10 gennaio 2006, causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, ECLI:EU:C:2006:10, punto 28. V. anche 1° marzo 2012, causa C-484/10, *Ascafor e Asidac*, ECLI:EU:C:2012:113, punto 33; 18 aprile 2013, causa C-368/12, *Adiamix*, ECLI:EU:C:2013:257, punto 17, e 14 novembre 2013, causa C-257/13, *Mlamali,* ECLI:EU:C:2013:763, punto 23.

nell'ipotesi in cui la richiesta di sottoporre la questione al vaglio del giudice di Lussemburgo venga posta ad un giudice nazionale di ultima istanza, questi ha l'obbligo di chiedere alla Corte di giustizia una pronuncia sull'interpretazione o sulla validità di una norma dell'Unione, nell'ipotesi in cui nutra un dubbio sulla normativa dell'Unione rilevante nella fattispecie di cui e stato investito. Peraltro, il fatto che le parti non siano in disaccordo in merito all'applicazione del diritto dell'Unione alla controversia nella causa principale non esime, di per sé, il giudice di ultima istanza da tale obbligo, così come non può rifiutarsi di sottoporre un quesito pregiudiziale se una parte del procedimento principale l'abbia sollevato troppo tardi[22]. Tale giudice è pure tenuto a motivare il rigetto dell'istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, per non incorrere nella violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU, richiamato dall'art. 47, par. 2, CdfUE[23].

Nel caso in cui il giudice di ultima istanza non dovesse rinviare, pur in presenza di dubbio, graverebbero sulle parti le conseguenze di una decisione definitiva presa in contrasto con il diritto dell'Unione. Ciò può verificarsi sia qualora il giudice apicale faccia valere una delle eccezioni all'obbligo di rinvio; sia nel caso in cui (deliberatamente) ometta di rinviare.

Con riferimento alla prima ipotesi, l'obbligo può venir meno se la questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione non sia rilevante ovvero se la disposizione sia già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure se la corretta interpretazione di tale diritto s'imponga con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.

Sebbene queste deroghe siano, da sempre, oggetto di accese critiche, soprattutto da parte della dottrina (ma non solo)[24], il giudice dell'Unione ha sempre ritenuto di dover confermare la validità dei criteri enunciati nella

---

[22] L'incidenza del rinvio sulla ragionevole durata del processo è stata risolta dalla stessa Corte che ha osservato come la questione costituirebbe un problema soltanto nell'ipotesi in cui l'obbligo di rinvio, in capo al giudice di ultima istanza, fosse incondizionato, prescindendo, cioè, da qualsiasi vaglio di rilevanza. In tal senso, Corte giust., 18 luglio 2013, causa C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi e Autorità garante della concorrenza e del mercato*, ECLI:EU:C:2013:489, punto 34.

[23] La Corte EDU ha espressamente chiarito, nella sentenza dell'8 aprile 2014, *Dhabbi*, che: «i giudici nazionali le cui decisioni non prevedono ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla CGUE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Devono dunque indicare le ragioni per le quali essi ritengono che la questione non sia pertinente, o che la disposizione di diritto dell'UE in causa sia già stata oggetto di interpretazione da parte della CGUE, o ancora che l'applicazione corretta del diritto dell'UE si impone con una evidenza tale da non lasciare posto ad alcun ragionevole dubbio» (punto 31). V. anche Corte EDU, 10 aprile 2012, *Vergauwen c. Belgio*, punti 89 e 90.

[24] Conclusioni dell'avvocato generale Bobek, 15 aprile 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:291, su cui v. P. DE PASQUALE, *La (finta) rivoluzione dell'avvocato generale Bobek: i criteri CILFIT nelle conclusioni alla causa C-561/19*, in *Dir. Unione eur.* (Osservatorio), 11 maggio 2021, p. 1 ss.

celeberrima sentenza *CILFIT*[25]. Così anche di recente, con riguardo alla teoria dell'*acte clair*[26], pur affermando che il giudice nazionale di ultima istanza possa escludere ogni ragionevole dubbio a seguito di un raffronto delle varie versioni linguistiche, che tenga conto delle divergenze, soprattutto quando sono esposte dalle parti e sono comprovate, non ha ritenuto di estendere tale esclusione all'ipotesi in cui la giurisprudenza comparata fosse «richiamata dalle parti e comprovata»[27]. Ed ha ribadito che il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imponga ai giudici apicali degli altri Stati membri[28].

La Corte ha pure precisato che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno «non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività»[29].

Con riguardo alla seconda ipotesi, ovvero di vera e propria violazione dell'art. 267, 3° c., TFUE, la portata dell'obbligo del giudice di ultima istanza è stata (e continua ad essere) oggetto di numerose pronunce, nazionali e sovranazionali, in quanto la sua inosservanza può dar luogo, oltre che ad un ricorso per infrazione[30], ad un'azione di risarcimento del

---

[25] Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, ECLI:EU:C:1982:335. V. anche 27 marzo 1963, cause riunite 28/62, 29/62 e 30/62, *Da Costa*, ECLI:EU:C:1963:6, punti 5 e 6; 19 febbraio 2002, causa C-35/99, *Arduino*, ECLI:EU:C:2002:97, punti 24 e 25; 9 settembre 2015, causa C-72/14, *X*, ECLI:EU:C:2015:564, punto 58; 9 settembre 2015, causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e a.*, ECLI:EU:C:2015:565, punto 40; 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, ECLI:EU:C:2016:603, punto 47 e seguenti.

[26] Cfr. D. SARMIENTO, *Las interpretaciones estratégicas del derecho comunitario y la crisis de la doctrina del acto claro*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, n. 9, p. 75 ss.; H. RASMUSSEN, *The European Court's acte clair strategy in C.I.L.F.I.T., or, Acte clair, of course!: but what does it mean?*, in *ELR*, 2015, p. 475 ss.; P. DE PASQUALE, *Inespugnabile la roccaforte dei criteri* CILFIT (causa *C-561/19)*, in *BlogDUE*, 6 ottobre 2021; F. MUNARI, *Il «dubbio ragionevole» nel rinvio pregiudiziale*, in *federalismi.it*, 2022, n. 18, p. 162 ss. Si precisa che la giurisprudenza della Corte non contiene alcuna indicazione secondo cui la dottrina dell'*acte clair* consenta al giudice di ultima istanza di tenere conto dell'importanza della causa per le parti o del prolungamento del procedimento che un rinvio comporterebbe.

[27] F. FERRARO, *Un piccolo passo in avanti sull'obbligo di rinvio pregiudiziale per chiarire i dubbi sollevati dal Consiglio di Stato*, in *BlogDUE*, 15 ottobre 2022; L. DANIELE, *Si può "migliorare"* CILFIT?, in *rivista.eurojus.it*, 2022, p. 1 ss.

[28] Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*, ECLI:EU:C:2021:799.

[29] *Ibidem*.

[30] Per il primo caso di condanna di uno Stato per violazione dell'obbligo di cui all'art. 267, 3° c., TFUE, v. Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia* (Anticipo d'imposta), ECLI:EU:C:2018:811.

danno[31], potendo determinare – come evidenziato – la violazione di diritti della parte in causa. Va da sé che il pregiudizio dei singoli non si limita alle sole situazioni di omesso rinvio, ma si estende alle pronunce del giudice nazionale confliggenti con i principi di diritto affermati dalla Corte di giustizia nella sentenza pregiudiziale. Anzi, una violazione di questo genere risulta, se possibile, ancor più grave, tenuto conto che il danno causato alla parte lesa è, in tal caso, certo e non solo potenziale.

È comunque paradossale, ed alimenta disagio, anche ritenere che il rimedio di tipo risarcitorio possa rappresentare "una pezza a colori" per giustificare l'impossibilità di ricevere tutela reale dinanzi al giudice di ultima istanza[32], giacché l'illegittimo esercizio di un potere dovrebbe sempre condurre, in via primaria, alla tutela reintegratoria; pena una grave violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale[33].

Senza contare poi le difficoltà che limitano o impediscono del tutto l'azione risarcitoria, dal momento che la violazione dell'obbligo di per sé non è sufficiente a determinarne l'azionabilità – tant'è che le richieste di risarcimento dei danni risultano, in generale, prive di fondamento, dilatorie e non accoglibili[34]. Nondimeno, lo spettro che aleggia sui giudici nazionali apicali di poter incorrere in una domanda di risarcimento del danno[35] ha

---

[31] Corte giust., 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, ECLI:EU:C:2003:513.

[32] «Tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»: così G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma, 1930, p. 110.

[33] G. TESAURO, *L'interpretazione della Corte costituzionale dell'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *federalismi.it*, 2020, n. 34, spec. pp. 253 e 254, con riferimento all'ordinanza n. 19598/2020 delle Sezioni Unite della Cassazione (di cui si veda il punto 31: «Di conseguenza, la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi e (o si afferma essere) irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sarebbero rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione stessa e a dare attuazione diretta agli interessi giuridici tutelati dal diritto dell'Unione». V., precedentemente, Cass., S.U., 4 febbraio 2014, n. 2403.

[34] Vale a dire che è estremamente complicato dimostrare l'esistenza delle tre condizioni sostanziali elaborate dalla Corte di giustizia (norma violata preordinata a conferire diritti ai singoli e violazione sufficientemente caratterizzata, danno reale ed effettivo e nesso di causalità), in assenza di altra violazione, da parte dell'organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, di norma, principio, diritto fondamentale o sentenza dell'Unione. Tali errori e inadempimenti «sono in pratica troppo facilmente giustificati» (conclusioni dell'avvocato generale Hogan, 9 settembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*, ECLI:EU:C:2021:725, par. 82). In dottrina, F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 113 ss.; *amplius*, F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione,* Milano, 2012, spec. p. 106; F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Dir. Unione eur.*, 2015, p. 589 ss.

[35] S. DE STEFANI, *Continua la "campagna" del CdS per ottenere chiarimenti sull'art. 267, comma terzo, TFUE (e "salvarsi" dal rischio di azioni di risarcimento per mancato rinvio)*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2022. Pare appena il caso di segnalare – prendendosene con fermezza le dovute distanze – che parte della dottrina ha proposto di sottoporre a responsabilità penale i giudici comuni che non richiedono – quando obbligati – l'intervento della Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale: A. VON BOGDANDY, L. D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse*

spinto molti di loro – ed è ipotizzabile che così continuerà ad essere nei prossimi anni – a sollevare rinvii pregiudiziali «di metodo»[36], al fine di avere chiarimenti sul rapporto fra obbligo di rinvio pregiudiziale e i principi internazionali e costituzionali della indipendenza del giudice e della ragionevole durata del processo[37].

L'atteggiamento difensivo del giudice di ultima istanza va salutato con favore, giacché ha permesso di ottenere chiarimenti sulle modalità di esercizio del rinvio e sull'ambito del proprio sindacato di ammissibilità nell'ipotesi di domanda formulata dal ricorrente[38].

Per quanto qui di interesse, con riferimento alle azioni risarcitorie poste in essere in assenza di altri rimedi a disposizione delle parti per mettere in discussione una sentenza passata in giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione, la Corte di giustizia – pur ribadendo il vincolo per gli ordinamenti nazionali di prevedere la riparazione degli errori giudiziari lesivi di diritti conferiti dall'Unione – ha negato l'esistenza di frizioni tra il diritto dell'Unione e le disposizioni nazionali che non consentono al singolo di contestare, per mezzo della revocazione[39] una sentenza di un giudice di ultima istanza confliggente con una sua decisione[40]. Ed ha precisato che, ancorché il diritto dell'Unione non impedisca di appellare dinanzi a un giudice di grado superiore la decisione di un tribunale di grado inferiore di effettuare un rinvio pregiudiziale, ciò non obbliga quest'ultimo ad adeguarsi all'esito di tale appello[41].

Il Consiglio di Stato ha pure stabilito che, se la decisione d'appello rifiuta il rinvio alla Corte di giustizia con una motivazione inconciliabile con quella sollevata dalla parte, essa non è viziata da un ordinario difetto

---

Solange, and the Responsibilities of National Judges, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 391 ss. Peraltro, gli stessi autori riconoscono che «To some, these responses will seem far-reaching» (p. 393).

36 F. FERRARO, *Un piccolo passo in avanti*, cit., p. 2.

37 *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 17 marzo 2022, n. 2545; 19 maggio 2022, n. 6013; 19 maggio 2022, n. 4741; 16 giugno 2022, n. 6410.

38 S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale,* in *federalismi.it*, 2021, n. 4.

39 A tal riguardo, è utile ricordare che nell'ordinamento italiano l'errore sulla violazione del diritto dell'Unione europea, derivante da omesso rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, non è motivo di revocazione della sentenza del giudice amministrativo, non rientrando nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. (a cui rinvia l'art. 106 c.p.a).

40 Corte giust., 7 luglio 2022, causa C-261/21, *F. Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:2022:534. Cfr. G. GRECO, *Azione di revocazione per "mancato" rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il Consiglio di Stato prova la via interna*, in *BlogDUE*, 10 ottobre 2022; ma v. già B. NASCIMBENE, P. PIVA, *Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell'Unione e diritto nazionale. Commento all'ordinanza n. 2327/2021 del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 30 luglio 2021. Sul ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione (Corte giust., 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*, ECLI:EU:C:2021:1037) *v.* l'Editoriale, *La Corte di Giustizia risponde alle S.U. sull'eccesso di potere giurisdizionale. Quali saranno i "seguiti" a Corte giust., G. S., 21 dicembre 2021, C-497/20,* Randstad Italia*?,* in *giustiziainsieme.it*, 10 gennaio 2022.

41 Corte giust., 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, ECLI:EU:C:2008:723.

di logicità – come tale inidoneo alla revocazione – bensì da una svista di natura percettiva (abbaglio dei sensi) che concretizza la fattispecie revocatoria di cui all'art. 395, n. 4., c.p.c.[42]. In realtà, da tempo, l'Adunanza plenaria ha precisato che il *fraintendimento* del giudice che non si sia accorto di un'eccezione d'inammissibilità del ricorso reiterata in appello può dar luogo a revocazione[43].

In questa scia si colloca un'altra questione, su cui la medesima Adunanza è stata chiamata a pronunciarsi[44]; ovvero se sia revocabile per errore di fatto, la sentenza del Consiglio di Stato che abbia rifiutato il rinvio pregiudiziale, ponendo a fondamento della decisione norme di diritto nazionale che la parte non aveva mai detto di voler contestare. Sulla base di quanto affermato in precedenza, essa ben potrebbe ravvisare un errore di fatto nel comportamento del giudice che, a causa di un «fraintendimento» sulla «questione di possibile incompatibilità delle disposizioni interne […] con il diritto dell'Unione europea prospettata dalla parte nei motivi di appello», decida di non operare il rinvio pregiudiziale. D'altronde, non sembra sbagliato far coincidere l'errore revocatorio con la svista percettiva sul contenuto di atti e documenti processuali e non sull'esistenza di fatti materiali allegati dalle parti[45].

In estrema sintesi: revocazione o azione risarcitoria? Si tratta di un dilemma sul quale il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 8436/2022, ha invitato l'Adunanza plenaria a riflettere, precisando che «ogni vicenda giudiziaria che si sia definitivamente conclusa, in virtù dell'esaurimento dei rimedi interni con un assetto di interessi contrastante con il diritto dell'Unione europea è suscettibile di innescare un correlato e

---

[42] Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2018, n. 2530.

[43] Cons. St., Ad. Plen., 22 gennaio 1997, n. 3. Inoltre, v. Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2021, n. 838: «l'istanza di rinvio pregiudiziale (non diversamente, del resto, da quello che accade nei casi in cui la questione interpretativa si collochi sul crinale del dubbio di legittimità costituzionale) va acquisita in termini di mera sollecitazione al rilievo officioso, essendo inidonea a strutturare, sul piano formale, una domanda (o una eccezione) in senso tecnico, in ordine alla quale operi, in chiave di doveroso, necessario e compiuto riscontro, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunziato (cfr. art. 112 cod. proc. civ.)». Pertanto, non è «possibile, per definizione, prospettare una omessa pronunzia sulla questione interpretativa, in ordine alla quale possa anche solo astrattamente prefigurarsi, nei sensi chiarito, un errore sensopercettivo del giudice, che – per una svista – abbia trascurato di apprezzarla». E, dunque, non sussisterebbe «la pretesa, tutelabile ex se, a 'conoscere, sulla vicenda, il punto di vista della Corte di giustizia' e tanto meno la possibilità di affidare tale pretesa ad una 'istanza precisa', articolata e formalizzata 'in stretta aderenza alle censure dedotte avverso l'atto impugnato', tale che il suo omesso vaglio […] possa prefigurare una fattispecie revocatoria».

[44] Cons. St., 3 ottobre 2022, n. 8436 (rimessione all'Adunanza plenaria), su cui, per più ampie considerazioni, si rimanda a M. MAGRI, *Rifiuto di rinvio pregiudiziale per travisamento dell'istanza di parte: revocazione della sentenza o "semplice" obbligo del giudice amministrativo di risarcire il danno? (Consiglio di stato, ordinanza 3 ottobre 2022, n. 8436, rimessione all'adunanza plenaria)*, in *giustiziainsieme.it*, 15 dicembre 2022.

[45] Cass., sez. VI, 21 luglio 2020, n. 15471; in dottrina, soprattutto, A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 197 ss.

complementare giudizio nel quale discutere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea al fine di accertare se sussistano le condizioni per la condanna al risarcimento del danno a beneficio del cittadino che in ragione di tale violazione abbia subito pregiudizio ai propri diritti. […] Sorge, però, un dubbio di ragionevolezza, poiché da una parte è preclusa la possibilità di emendare il vizio consistente nella violazione del diritto dell'Unione europea attraverso un rimedio di sicura efficacia e rapidità quale il rimedio revocatorio (da esperirsi in unico grado dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza) e, dall'altra, è ammessa l'introduzione di un giudizio risarcitorio, che per l'articolazione nei gradi ordinari è destinato in ogni caso a svilupparsi in un arco temporale più lungo con l'esito incerto dovuto all'accertamento delle condizioni per accedere al risarcimento. L'intima coerenza dell'ordinamento – ciò che lo rende razionale – è in tensione ove lo stesso errore non è considerato a tal punto ingiusto da portare alla revoca, ma le sue conseguenze ingiuste meritevoli di essere rimediate in via risarcitoria».

Invero, la debolezza insita nell'azione risarcitoria costituisce un vero e proprio *vulnus* nella tutela dei diritti del soggetto leso da un omesso rinvio pregiudiziale e «per molti soggetti i cui diritti dell'Unione non sono stati garantiti, un rimedio del tipo Francovich resta un'illusione piuttosto che una realtà»[46].

D'altronde, si tratta di una questione risalente, tanto da essere affrontata nel Progetto Spinelli che, all'art. 43, proponeva l'introduzione di un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso le decisioni dei giudici apicali che rifiutino di sottoporre una domanda pregiudiziale o che non diano corretta esecuzione alla pronuncia resa a seguito di rinvio[47].

In ogni caso, il problema non coinvolge soltanto l'ordinamento italiano; a titolo meramente esemplificativo, la Corte di Cassazione belga, con un orientamento oramai consolidato ritiene che le decisioni di rinvio, di per sé, non danneggiano le parti e che, pertanto, non possono essere impugnate[48]. Il Consiglio di Stato francese, dal canto suo, ha affermato che dalla giurisprudenza dell'Unione e, in particolare, dalla sentenza *Kobler*[49], il mancato rispetto dell'obbligo di rinvio «ne crée pas de droit au renvoi

---

[46] Conclusioni dell'avvocato generale Hogan, 9 settembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*, par. 82.

[47] Progetto di Trattato che istituisce l'Unione europea, 14 febbraio 1984, in *GUCE*, N. C 77/1, 19.03.1984; precisamente l'art. 43 prevedeva un ricorso «in cassazione dinanzi alla Corte [di giustizia] contro le decisioni giudiziarie nazionali rese in ultima istanza che rifiutino di rivolgere a essa una domanda pregiudiziale o non rispettino una sentenza pregiudiziale pronunciata dalla Corte». Tale soluzione non è mai stata accolta: in dottrina v. F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *op. cit.*, p. 139.

[48] Sentenza della Corte di cassazione belga/Hof van Cassatie del 30 marzo 2010 (P.09.1592.N).

[49] Sopra citata.

préjudiciel dans le chef des particuliers»[50]. La Corte suprema svedese, soltanto lo scorso dicembre, ha ritenuto che la violazione dell'art. 267, 3° c., TFUE, da parte dei giudici di ultima istanza, fosse qualificabile come grave errore procedurale ed ha riconosciuto finalmente che l'obbligo di rinvio debba essere rispettato anche in assenza di richiesta delle parti, a condizione, però, che l'esito della questione dipenda dall'interpretazione di una norma dell'Unione[51].

L'ordinamento spagnolo, invece, ha individuato una soluzione, per così dire, alternativa che rappresenta un valido modello su cui ragionare. In particolare, si fa riferimento al c.d. *recurso de amparo* che consente alla parte di investire direttamente il *Tribunal Constitucional* per il mancato rispetto dell'art. 267, 3° c., TFUE, e per la conseguente violazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e alla precostituzione del giudice (art. 24 della Costituzione spagnola)[52].

È, in effetti, fuor di dubbio che negare il rinvio, allorquando sia previsto come obbligatorio, equivale a precludere il diritto delle parti a che la causa sia effettivamente decisa dalla giurisdizione competente. Ed è assurdo che, sebbene sia ampiamente riconosciuto che il diritto dell'Unione prevale «finanche sulle norme della Costituzione, purché non si tratti di principi fondamentali e norme che tutelano diritti inalienabili della persona (controlimiti)[…] il rifiuto di giovarsi della co-giurisdizione della Corte di giustizia per la massima tutela possibile dei diritti» ha «ben altra rilevanza per il sistema, nazionale e dell'Unione, complessivamente considerato»[53].

---

[50] Decisione del 1° aprile 2022, n. 443882. Si ricordi che il *Conseil d'État* è stato "protagonista" del primo caso di condanna di uno Stato per violazione dell'obbligo di cui all'art. 267, 3° c., TFUE: Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-416/17, *Commissione c. Francia* (Anticipo d'imposta), cit.; ciò non ha impedito al *Conseil d'État* di continuare per la sua strada, affermando ancora una volta che la violazione dell'art. 267, 3° c., TFUE non determini un diritto in capo ai singoli.

[51] Decisione del 20 dicembre 2022, causa Ö5978-21. In passato, v. la procedura di infrazione attivata dalla Commissione nei confronti della Svezia per violazione dell'allora art. 234(3) TCE: The European Commission, Reasoned Opinion addressed to Sweden, 12 October 2003, 2003/2161 C(2004)3899. La problematica era già stata evidenziata dall'avvocato generale Tizzano nelle conclusioni, 21 febbraio 2002, alla causa *Lyckeskog*, C-99/00, ECLI:EU:C:2002:108, spec. par. 62.

[52] «1. Tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi senza che, in nessun caso, possa verificarsi la mancanza di difesa. 2. Similmente tutti hanno diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge […]». Per considerazioni di più ampio respiro in argomento, v. R. ALONSO GARCIA, J. M. BAÑO LEÓN, *El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el tribunal de justicia de la comunidad europea*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990, n. 29, p. 193 ss., spec. p. 211 ss.

[53] G. TESAURO, *L'interpretazione*, cit., p. 254. D'altronde, come l'A. giustamente nota: «Qualora, dunque, il giudice nazionale (soprattutto se di ultima istanza) ritenga che esista un contrasto tra la disciplina processuale interna (o la prassi interpretativa che su di essa si sia affermata) e il diritto dell'Unione, dovrà sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, al fine di evitare che si consolidi un'interpretazione di tale disciplina in violazione del diritto dell'Unione e, specificatamente, dei limiti esterni dell'art. 267, 3° c., TFUE. Soltanto in tal modo e assicurata una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (*ivi*, p. 252).

In una direzione più rispettosa del diritto delle parti di avvalersi del meccanismo di cui all'art. 267, 3° c., TFUE, sembra muoversi la Corte EDU. Infatti, essa è stata chiamata, di recente, a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU, da parte della Corte di Cassazione greca per aver respinto la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, senza fornire alcuna giustificazione per il suo rifiuto e senza menzionare la domanda del ricorrente. In particolare, la Corte di Strasburgo ha ritenuto violata la disposizione sull'equo processo, osservando che non poteva evincersi dal contenuto e dalla motivazione della sentenza della Corte di Cassazione greca se la questione fosse stata considerata irrilevante, oppure non sollevasse alcun dubbio ragionevole, o fosse stata semplicemente ignorata[54]. Essa ha poi aggiunto che, ancorché non fosse suo compito indicare allo Stato come porre fine ad una violazione della Convenzione e come rimediare alle conseguenze, l'adozione di misure da parte dello Stato per garantire la riapertura del procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione, ove richiesto, costituirebbe un adeguato rimedio alla violazione dei diritti del ricorrente[55].

Sebbene l'opzione prefigurata nella sentenza non abbia carattere vincolante, è auspicabile che faccia da apripista e spinga gli ordinamenti nazionali a consentire alle parti di richiedere la riapertura di procedimenti conclusi davanti alle giurisdizioni avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, qualora non abbiano preso in considerazione la loro richiesta di rinvio pregiudiziale. Ed altresì che induca la Corte di giustizia a legare la violazione dell'obbligo di rinvio a quella dell'art. 6, par. 1 CEDU, traducendo l'invito rivolto dalla Corte EDU in vincolo in capo agli Stati.

Un passo in questa direzione potrebbe essere pure compiuto se si desse un seguito all'opinione concordante del giudice Serghides, che ha distinto l'esecuzione dall'attuazione delle sentenze ed ha precisato che «The effective implementation of a judgment, which is a requirement of the principle of effectiveness as a norm of international law, should always be in the Court's mind when drafting its judgment and providing for general or individual measures to be taken by the relevant respondent State which is found to have violated a Convention provision»[56].

---

[54] Corte EDU, 14 marzo 2023, *Georgiou c. Grecia*. Si ricorda che nella causa *Vergauwen c. Belgio*, cit., la Corte ha stabilito che l'art. 6 par. 1 impone ai giudici interni l'obbligo di motivare, alla luce della legge applicabile, le decisioni con cui rifiutano di sottoporre una questione pregiudiziale; e che quando un'asserita violazione dell'art. 6, par. 1 è portata dinanzi alla Corte, il suo compito consiste nell'assicurare che la decisione di rigetto del rinvio sia debitamente corredata da motivazione (punti 89 e 90).

[55] Corte EDU, *Georgiou c. Grecia*, cit., punto 33.

[56] Concurring opinion of Judge Serghides, *Georgiou c. Grecia*, punto 7.

3. L'introduzione dell'art. 363-*bis* c.p.c. e le (eventuali) conseguenze per le parti

Passando ad esaminare i problemi nuovi, taluni di là da venire, va segnalato che, a seguito dell'entrata in vigore l'art. 363-*bis* c.p.c.[57], la Suprema Corte di Cassazione può essere chiamata a pronunciarsi su rinvio pregiudiziale su una questione di diritto «necessaria alla definizione anche parziale del giudizio, su cui la Corte non si sia pronunciata, per la quale sussistano gravi difficolta interpretative e che sia suscettiva di riproporsi in numerosi giudizi»[58]. Più precisamente, il giudice di merito «sentite le parti costituite», nei modi che ritiene opportuni, ha la possibilità di rimettere l'interpretazione di una disposizione alla Corte di Cassazione, motivando le ragioni della sua scelta e spiegando le diverse interpretazioni possibili; senza, però, che le parti possano pretendere che esso sollevi la questione od opporsi alla sua decisione di porre quesito pregiudiziale.

Per quanto qui rileva, conseguenze pregiudizievoli per le parti si potrebbero riscontrare qualora il quesito concerni un'interpretazione che palesemente coinvolge il diritto dell'Unione europea, eventualmente funzionale alla successiva disapplicazione della disposizione interna; oppure qualora il giudice *a quo* dovesse porre un problema di interpretazione alla Cassazione senza avvedersi che la sua soluzione implichi questioni di diritto dell'Unione europea.

Nel primo caso, un rinvio pregiudiziale alla Suprema corte, finalizzato a che sia essa a procedere alla rimessione alla Corte di giustizia (rinvio su rinvio o rinvio al quadrato), risulterebbe quantomeno improprio. La Corte di Cassazione non soltanto sarebbe chiamata a fare da semplice "passacarte", essendo il giudice *a quo* tenuto ad applicare la disposizione come interpretata alla fattispecie concreta, quanto si rischierebbe di snaturare il meccanismo, di cui all'art. 267 TFUE, che, come detto, si basa su un rapporto diretto tra i giudici dei due livelli.

---

[57] Il primo rinvio è stato effettuato il 2 marzo scorso dalla Corte di appello di Napoli, sez. VII. Ad esso già ne sono succeduti altri: v., ad es., Trib. Taranto, sez. lavoro, ord. 30 marzo 2023, r.g. 8225/2022.

[58] Per un primo commento, v. A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione,* in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa,* 21 dicembre 2022: l'A. sottolinea come questo rinvio sia stato costruito sul modello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (par. 1). V. anche A. MONDINI, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, *ivi*, 27 dicembre 2022; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, *ibidem*, 10 dicembre 2021; A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?,* in *giustiziainsieme.it*, 3 marzo 2023; M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Rivista di diritto processuale*, 2022, p. 197 ss.; C. V. GIABARDO, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile*, in *giustiziainsieme.it*, 22 giugno 2021; E. SCODITTI, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *questionegiustizia.it, 2021*, p. 105 ss.

È auspicabile, perciò, che il primo presidente – al quale spetta pronunciarsi, entro 90 giorni, sull'ammissibilità della domanda – rimetta al giudice di merito la questione, invitandolo a rinviare direttamente alla Corte di giustizia; ancorché segnalare al giudice *a quo* il binario di un nuovo rinvio e di una nuova sospensione risulti palesemente diseconomico. Purtuttavia, una lettura diversa dell'art. 363-*bis* c.p.c. risulterebbe in contrasto non soltanto con l'art. 267, 2° c., TFUE, ma altresì con una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che, a più riprese, ha invitato gli Stati membri a rimuovere ogni ostacolo legislativo che renda difficile o impedisca al giudice *a quo* di sollevare un rinvio pregiudiziale[59]. Tra l'altro, considerare il rinvio alla Corte di Cassazione uno *step* necessario per sottoporre un quesito al giudice del Kirchberg avrebbe ricadute negative per le parti, costrette a tempi lunghissimi prima che sia data una soluzione alla controversia che le vede protagoniste, mentre potrebbero trovare vantaggio da un unico ed immediato rinvio.

Pertanto, non è condivisibile l'opinione secondo cui, poiché la questione da sottoporre alla Suprema corte deve porre gravi difficoltà di interpretazione, risultanti da forti ambiguità del testo di legge, «ovvero dal contrasto, non facilmente componibile, tra la disposizione da applicarsi ed altra disposizione sulla medesima materia di fonte interna, unionale o internazionale», il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione sarebbe «logicamente a sua volta pregiudiziale al rinvio alla Corte di giustizia»[60]. Invero, ritenere che l'intervento della Cassazione sia "logicamente" pregiudiziale a quello del giudice di Lussemburgo riporta indietro, in maniera arbitraria e repentina, le lancette di qualche decennio. Non va dimenticato, infatti, che, in caso di contrasto tra norma interna e norma dell'Unione europea, se questa è dotata di efficacia diretta, il giudice nazionale (anche di merito) è tenuto a darne applicazione immediata; ovvero a *disapplicare* quella statale con essa contrastante[61]. Qualora, invece, la norma dell'Unione dovesse essere priva di effetto diretto – si fa riferimento soprattutto alle direttive non trasposte entro il termine o non trasposte correttamente – il giudice interno è tenuto, in primo luogo, a interpretare «il diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima»[62] e, se il

---

[59] Corte giust., 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, punti 40-45; 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ECLI:EU:C:2010:581, punto 25 e seguenti; 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan e a.*, ECLI:EU:C:2013:8, punti 65-73.

[60] A. MONDINI, *Il rinvio pregiudiziale,* cit., par. 2.3.

[61] Evidentemente, nell'ipotesi in cui la norma dell'Unione da applicarsi sia contenuta in una direttiva, e non in un regolamento, il giudice dovrà anzitutto cercare di interpretare la norma nazionale in maniera conforme a quest'ultima.

[62] Corte giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson*, ECLI:EU:C:1984:153; 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, ECLI:EU:C:2004:584.

testo si presentasse eccessivamente oscuro, a rimettere, tramite rinvio pregiudiziale, la questione alla Corte di giustizia. E chiaramente, può (e deve) farlo direttamente, senza il "filtro" o il passaggio alla Corte di Cassazione.

Ne consegue che la Corte di Cassazione dovrebbe essere investita di una questione pregiudiziale, nei casi in cui rilevino disposizione di diritto dell'Unione, se il giudice di merito ritenga che, sulla base di interpretazioni già fornite dalla Corte di giustizia o di una disciplina sufficientemente chiara, essa possa esaminare e risolvere una questione "ordinamentale", orientando la successiva giurisprudenza sia di merito sia di legittimità.

Il rinvio al quadrato potrebbe trovare invece più fertile applicazione nella seconda ipotesi quando, cioè, l'attività ermeneutica del giudice di legittimità dovesse risultare pregiudicata dalla necessità di conoscere prima la corretta portata di una norma dell'Unione, sfuggita all'analisi del giudice di merito o da questi trascurata. Qualora la Suprema corte non potesse procedere ad interpretare conformemente il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della norma rilevante dell'Unione[63], oppure se la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi non fosse già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o la sua corretta interpretazione s'imponesse con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi (*acte clair*), essa dovrà sollevare quesito pregiudiziale dinanzi al giudice dell'Unione per ottenere i chiarimenti necessari.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 363-*bis*, l'interpretazione è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione[64] e, se questo si estingue, nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti. È appena il caso di notare che, qualora la soluzione riguardasse il diritto dell'Unione e non convincesse il giudice del rinvio, questi ben potrebbe investire la Corte di giustizia, oppure, nel caso che la ritenesse confliggente con il diritto dell'Unione, discostarsene del tutto.

Se è vero che l'art. 363-*bis* deve ancora decodificato alla luce di «un sapiente comando da parte della stessa Corte di cassazione: specie con riguardo ai rispettivi presupposti applicativi e […] alla delimitazione del suo corretto perimetro d'ammissibilità»[65]; di certo, esso non è diretto a creare un "circuito chiuso" a livello nazionale ed a ridurre il confronto e il dialogo tra giudice nazionale e giudice dell'Unione, prospettando una modifica dell'interpretazione della questione astratta offerta dalla Suprema

---

[63] G. TESAURO, *Manuale*, cit., p. 263.

[64] Ciò vale a dire che, ove la questione sia stata sollevata da un giudice di primo grado, il vincolo riguarda anche il giudice di appello e la stessa Corte di Cassazione.

[65] A. FABBI, *Il rinvio pregiudiziale "alla Corte"*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa,* 11 aprile 2023.

corte soltanto «se la norma da applicarsi è abrogata, modificata o sostituita per effetto di *jus superveniens*, se è interpretata, con legge di interpretazione autentica, in modo diverso rispetto a quello individuato dalla Corte, se è dichiarata illegittima da parte della Corte Costituzionale o in contrasto con norma unionale da parte della Corte di Giustizia»[66].

È auspicabile, perciò, che i giudici di merito non si lascino tentare da un percorso "tutto nazionale" che potrebbe apparire più facile e che, al contrario, risulterebbe – per i motivi illustrati – più irto di ostacoli, più lungo, con pesanti conseguenze sul piano della economia processuale, e non conforme al dettato dell'art. 267 TFUE.

4. (segue): due esempi di prassi applicativa

Nella prospettiva di un uso non strumentale del nuovo istituto si collocano due ordinanze di rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c.: la prima del Tribunale di Verona del 4 aprile[67] e la seconda della Corte tributaria di Piacenza del 17 luglio scorso[68].

L'ordinanza del Tribunale di Verona, sebbene dichiarata non ammissibile, va segnalata perché è il primo caso che coinvolge direttamente il diritto dell'Unione europea e perché consente di mettere a fuoco le peculiarità del nuovo istituto. Ma soprattutto perché l'utilizzo del nuovo meccanismo non soltanto sembra in linea con la sua *ratio*, quanto risulta rispettoso delle esigenze delle parti o, ancor meglio, ad esse favorevole.

È utile ricordare che il giudice di merito aveva chiamato la Suprema corte a pronunciarsi sull'annosa questione relativa all'addizionale provinciale alle accise sull'energia elettrica, di cui all'art. 6, del d.l. n. 511/1988[69]; disposizione che obbliga i somministratori di energia elettrica al versamento dell'addizionale, salvo il loro diritto di rivalsa verso l'utente finale.

Senza voler entrare nel dettaglio di tale spinosa problematica che occupa da tempo la giurisprudenza dell'Unione e quella italiana, si rammenta che essa si inserisce nell'ampio novero delle cause promosse dai consumatori finali dopo due pronunce della Corte di giustizia, *Statoil*[70] e

---

[66] A. MONDINI, *Il rinvio pregiudiziale,* cit., par. 6.

[67] Trib. Verona, I sez. civ., r.g. n. 2228/2022.

[68] Corte trib. di Piacenza, II sez., ordinanza 61/2023.

[69] Rimborso che deve seguire il fornitore di energia elettrica, obbligato al pagamento dell'accisa (art. 6, 2° c., del d.l. n. 511/88) e successivamente condannato alla restituzione a terzi di somme indebitamente percepite a titolo di rivalsa.

[70] Corte giust., 5 marzo 2015, causa C-553/13, *Statoil Fuel & Retail*, ECLI:EU:C:2015:149.

Messer[71], per come successivamente interpretate dalla Suprema corte[72], che a più riprese ha affermato che l'addizionale provinciale, violerebbe il diritto dell'Unione, perché carente della finalità specifica, così come intesa dal giudice di Lussemburgo[73].

Ma, se la Suprema corte era già stata investita da un corposo contenzioso promosso da numerose società nei confronti dell'Agenzia delle Dogane, con l'ordinanza in esame veniva interrogata sulla possibilità che, in controversie tra privati, non fosse data applicazione all'art. 6, 2° c., d.l. n. 551/1988, in quanto in contrasto con la direttiva 2008/118/CE[74].

A giustificazione del rinvio, il Tribunale prospettava l'esistenza sul punto di orientamenti divergenti[75]. Secondo un primo filone, in una controversia tra privati, non è consentito al giudice disapplicare una disposizione nazionale contrastante con una direttiva, dal momento che ciò implicherebbe il riconoscimento dell'effetto orizzontale delle direttive. E, con riguardo alla fattispecie concreta, pur ammettendo che la direttiva produca effetti diretti, si sarebbe finito per riconoscere in capo ad un privato (fornitore) un obbligo aggiuntivo che, in assenza di direttiva non sussisteva[76]. Di converso, il secondo filone, prescindendo da ogni valutazione in merito agli effetti della direttiva 2008/118, rinviene nella giurisprudenza della Corte i principi utili a dipanare la matassa, principi – come risaputo – di immediata applicazione.

---

[71] Corte giust., 25 luglio 2018, causa C-103/17, *Messer France*, ECLI:EU:C:2018:587.

[72] Si fa riferimento soprattutto alle sentenze della Cassazione civile, sez. tributaria, del 4 giugno 2019, nn. 15198 e 15199, e del 15 ottobre 2020, n. 22343.

[73] Secondo la Corte di giustizia: «è necessario che l'imposta in questione miri, di per sé stessa, a garantire la realizzazione della finalità specifica invocata, e quindi che sussista un nesso diretto tra l'uso del gettito derivante dall'imposta e la predetta finalità specifica. In assenza di un siffatto meccanismo di destinazione predeterminata del gettito, un'imposta che grava sui prodotti sottoposti ad accisa può essere considerata perseguire una "finalità specifica" ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2008/118 soltanto qualora tale imposta sia concepita, quanto alla sua struttura, segnatamente riguardo alla materia imponibile o all'aliquota d'imposta, in modo tale da influenzare il comportamento dei contribuenti nel senso di consentire la realizzazione della finalità specifica invocata, ad esempio mediante una forte tassazione dei prodotti di cui trattasi al fine di scoraggiarne il consumo» (Corte giust., 5 marzo 2015, causa C-553/13, *Statoil Fuel & Retail*, cit., punti 41 e 42 e giurisprudenza ivi citata).

[74] Direttiva 2008/118/CE del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al regime generale delle accise e che abroga la direttiva 92/12/CEE, abrogata, più di recente, dalla direttiva (UE) 2020/262 del Consiglio, del 19 dicembre 2019, che stabilisce il regime generale delle accise (rifusione), in *GUUE* L 9, 14.01.2009, p. 12 ss.

[75] Cfr. Tribunale di Verona, ord., cit., punto 4.

[76] In argomento, più ampiamente, v. P. CRAIG, *Directives: Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, in *ELR*, 1997, p. 519 ss.; R. MASTROIANNI, *On the distinction between vertical and horizontal direct effects of community directives: What role for the principle of equality?*, in *Eur. Public Law*, 1999, p. 417 ss.; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 172 ss.; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 275 ss.

Come anticipato, il primo presidente ha affermato che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione era rinvenibile l'enunciazione di principi idonei ad orientare la risoluzione della questione interpretativa ed ha ritenuto che il rinvio pregiudiziale non potesse essere ammesso, facendo difetto il requisito della novità della questione, richiesto dall'art. 363-*bis* c.p.c.[77].

In effetti, la Corte di Cassazione, con ordinanza n. 31609 del 25 ottobre 2022, aveva stabilito, quale principio di diritto, che il fornitore, in caso di pagamento indebito, è l'unico soggetto legittimato a presentare istanza di rimborso all'Amministrazione finanziaria, mentre il consumatore finale, al quale il fornitore abbia addebitato le imposte, può, nel rispetto del principio di effettività della tutela: «a) esercitare nei confronti di quest'ultimo l'ordinaria azione di ripetizione dell'indebito; b) nel caso in cui dimostri l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di tale azione - da riferire alla situazione in cui si trova il fornitore e non al fatto che il pagamento indebito dell'imposta derivi dalla contrarietà alla direttiva n. 2008/118/CE della norma interna in tema di accise -, può eccezionalmente chiedere direttamente il rimborso all'Amministrazione finanziaria; c) può eventualmente esercitare azione nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento del danno subito per mancato adeguamento del diritto nazionale al diritto dell'Unione Europea».

Il caso rappresenta un esempio di *buona prassi* almeno sotto tre profili. In primo luogo, perché stabilisce un punto di cerniera tra ordinamenti, in cui la Corte di Cassazione (come logico che sia) si fa portavoce e, al contempo, garante di una corretta applicazione del diritto dell'Unione. In secondo luogo, perché potrebbe influenzare il percorso di una domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia, relativa alla medesima questione, presentata l'11 maggio dello scorso anno (dunque, prima dell'entrata in vigore dell'art. 363-*bis*) dal Tribunale di Como. Infatti, anche su istanza delle parti, tale Tribunale potrebbe ritirare il rinvio e risolvere la controversia, applicando i principi enunciati dalla Suprema corte nell'ordinanza di ottobre; oppure potrebbe rendere noto alla Corte di giustizia l'incidente processuale nazionale, determinato dal decreto del primo presidente, in quanto in grado di interferire sul procedimento pregiudiziale innanzi ad essa pendente. In terzo luogo, perché mette in luce i benefici per le parti, dal momento che "a fronte della *quaestio iuris* sottoposta", la Corte di Cassazione anticipa la soluzione, semplicemente richiamando principi da essa stessa già definiti.

Anche l'ordinanza della Corte tributaria di Piacenza, è relativa all'addizionale provinciale sulle accise. In questo caso, però, la Corte

[77] Decreto del 9 maggio 2023, r.g. n. 7959/2023.

tributaria si interroga sull'individuazione del destinatario della richiesta (Agenzia delle Dogane e dei Monopoli oppure Provincia), del venditore-fornitore di energia elettrica, di rimborso delle somme restituite al consumatore ed indebitamente versate a titolo di addizionale provinciale sulle accise. Problematica sulla quale esiste un persistente contrasto tra i giudici di merito ancora non risolto dalla Cassazione.

Peraltro, nel sottoporre i suoi quesiti, il giudice di Piacenza muove dal presupposto che l'illegittimità del prelievo in bolletta sia definitivamente accertata per contrasto con la disciplina dell'Unione e, dunque, sebbene le domande sembrino ad una prima lettura volte a chiedere alla Corte di cassazione di valutare anche la conformità della normativa nazionale con quella dell'Unione e, quindi, ad utilizzare in modo errato l'art. 363-*bis*, a ben vedere essi attengono a meri profili di diritto nazionale, che comunque dovranno essere risolti – come egli stesso evidenzia – nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza e, più in generale, del diritto dell'Unione.

5. L'incidenza sulle parti del trasferimento di talune questioni pregiudiziali al Tribunale

Altre questioni, infine, potrebbero sorgere dall'approvazione della proposta di regolamento recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia.

Va segnalato che su di essa si sono già accesi i riflettori e alle critiche si contrappongono reazioni più entusiastiche. In realtà, rimanendo nel campo di indagine che ci riguarda, va osservato che ove la proposta fosse approvata, taluni problemi potrebbero sorgere proprio con riguardo alle parti interessate dal rinvio, ancorché sia espressamente stabilito che, al fine di offrire agli interessati di cui all'art. 23 dello statuto, le stesse garanzie concesse dalla Corte di giustizia, il Tribunale si doterà di disposizioni procedurali equivalenti[78].

In realtà, si ravvisano diverse zone d'ombra.

La prima riguarda il fatto che, nelle materie devolute al Tribunale (il sistema comune di imposta sul valore aggiunto, i diritti di accisa, il codice doganale e la classificazione tariffaria delle merci nella nomenclatura combinata, compensazione pecuniaria e l'assistenza dei passeggeri, nonché il sistema di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra),

[78] Considerando n. 9 della domanda presentata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'articolo 281, cit. Inoltre, il nuovo art. 50 *ter,* par. 3, dello statuto della Corte sancisce che «Le domande di pronuncia pregiudiziale trasmesse al Tribunale sono attribuite, secondo le modalità previste nel suo regolamento di procedura, a sezioni designate a tale scopo. In tali cause, è designato un avvocato generale, secondo le modalità previste nel regolamento di procedura».

la Corte dovrà stabilire – secondo modalità che saranno precisate a seguito della modifica del suo RP – se una domanda di pronuncia pregiudiziale rientri "esclusivamente" in una o più di queste materie e, di conseguenza, spetti al Tribunale trattarla; oppure, se la domanda interessi più materie ed allora dovrà esaminarla essa stessa. Tale decisione prescinde, in ogni caso, da qualsiasi volontà delle parti che non avranno la possibilità di incidere né sulla devoluzione né sulla mancata devoluzione delle cause al Tribunale.

In secondo luogo, nel momento in cui la riforma entrerà in vigore, finalmente troverà applicazione il par. 3 dell'art. 256 TFUE, ai sensi del quale una questione devoluta potrà essere rinviata alla Corte, se il Tribunale ritenesse che la causa richieda una decisione di principio che potrebbe compromettere l'unita□ o la coerenza del diritto dell'Unione; ed eccezionalmente, «ove sussistano gravi rischi che l'unita□ o la coerenza del diritto dell'Unione siano compromesse», una decisione del Tribunale su questioni pregiudiziali potrebbe essere oggetto di riesame[79].

È evidente che, contrariamente alle ragioni di certezza del diritto e di celerità che hanno ispirato la riforma, le due procedure introducono sia fasi che necessariamente richiederanno tempi ulteriori[80] sia elementi di instabilità e di incertezza con ripercussioni sul godimento dei diritti da parte degli interessati.

Invero, tanto il rinvio quanto il riesame rappresentano procedimenti di controllo oggettivi che esulano da qualsiasi iniziativa delle parti e/o degli interessati[81]. Così, con specifico riguardo al ruolo delle parti, nel caso di rinvio alla Corte, esse saranno chiamate a partecipare nella misura e con i limiti propri del rinvio pregiudiziale[82], a cui si aggiunge un prolungamento

---

[79] Tale rischio e□ stato rinvenuto, ad esempio, nell'ipotesi in cui una sentenza che affermi un principio errato rappresenti un precedente rispetto a cause future (Corte giust., 17 dicembre 2009, causa C-197/09 RX-II, *M c. EMEA*, ECLI:EU:C:2009:804, punto 62; 28 febbraio 2013, causa C-334/12 RX-II, *Arangio Jaramillo c. BEI*, ECLI:EU:C:2013:134, punto 50); oppure si sia discostata da una giurisprudenza consolidata in materia (Corte giust., 19 settembre 2013, causa C-579/12 RX-II, *Commissione c. Strack*, ECLI:EU:C:2013:570, punto 40 e seguenti); ovvero abbia violato principi o norme fondamentali dell'Unione (*Arangio Jaramillo c. BEI*, cit., punto 53; *Commissione c. Strack*, cit., punto 40 e seguenti). In dottrina, v. A. TIZZANO, P. IANNUCCELLI, *Premières applications de la procédure de 'réexamen' devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Dir. Unione eur.*, 2010, p. 681 ss.

[80] Ai sensi dell'art. 62 dello statuto «La proposta di riesame deve essere presentata dal primo avvocato generale entro un mese a decorrere dalla pronuncia della decisione del Tribunale»; mentre ai sensi dell'art. 62 *bis* la Corte è chiamata a decidere «sulle questioni oggetto di riesame secondo una procedura di urgenza in base al fascicolo trasmessole dal Tribunale».

[81] Quanto al riesame, v. Corte giust., 17 dicembre 2009, causa C-197/09 RX-II, *M c. EMEA*, cit., punto 26.

[82] Come noto, le parti sono destinatarie della copia della domanda pregiudiziale, notificata dalla cancelleria, con la quale è fissato il termine dei due mesi entro cui potranno essere depositate le memorie o le osservazioni, nella lingua del processo, oppure, previa autorizzazione della stessa Corte, in altra lingua ufficiale. Durante la procedura scritta, le parti sono destinatarie di istanze, memorie, difese e osservazioni e, eventualmente, delle repliche, nonché di ogni atto e documento a sostegno, ovvero delle loro copie certificate conformi. La mancata presentazione di memorie od osservazioni alla fase scritta, non pregiudica la partecipazione delle parti alla fase orale ove, ai sensi

fisiologico della procedura; nell'ipotesi di riesame, invece, esse saranno avvisate della relativa decisione e potranno depositare, davanti al giudice di Lussemburgo, memorie od osservazioni scritte sulle questioni oggetto di riesame entro un mese dalla notifica, ed eventualmente partecipare alla fase orale, laddove fosse deciso di riaprirla.

Inoltre, nell'ipotesi di riesame le risposte soggette a revisione avranno effetto soltanto dopo il suo espletamento, allorquando cioè la Corte avrà deciso; e, se riterrà che «l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione» siano state compromesse, le sue decisioni sostituiranno quelle del Tribunale, affermando il corretto principio di diritto, destinato sì a trovare applicazione nella fattispecie concreta, ma altresì a produrre effetti *erga omnes*[83].

Non è difficile, dunque, immaginare che tali complicazioni possano alterare le caratteristiche tradizionali del rinvio, avendo ripercussioni negative sulla qualità dell'attività giurisprudenziale e, per di più, scoraggiare il giudice nazionale a sottoporre quesiti pregiudiziali, anche perché le parti in giudizio potrebbero "condizionarlo", manifestando preoccupazioni rispetto alla durata della procedura.

Un'ultima zona d'ombra si ravvisa nella possibilità che, per ragioni di economia processuale e, dunque, per evitare ipotesi di riesame o di rinvio alla Corte, i quesiti pregiudiziali siano formulati in modo da ricadere, da subito, nella sua sfera di competenza. Non va, cioè, escluso che il giudice nazionale "modelli" le domande, ad esempio, inserendo problemi che tocchino più materie ovvero ponendo questioni di principio di rilevanza costituzionale. Il rischio è, però, che il giudice dell'Unione possa ritenere la sua pronuncia non necessaria per risolvere la controversia pendente dinanzi al giudice nazionale o comunque senza un collegamento sufficiente con l'oggetto della causa[84]. In questo caso l'interesse della parte

---

dell'art. 97, par. 3, RP CG, dovranno essere rappresentate nel rispetto della disciplina nazionale; ciò vale a dire che, se consentito dall'ordinamento nazionale, le parti possono farsi rappresentare da un difensore non avvocato o difendersi personalmente.

[83] B. CORTESE, *Commento artt. 62, 62 bis e 62 ter, dello Statuto della Corte di giustizia* e R. KLAGES, *Commento artt. 193 e 194 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, entrambi in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente p. 323 ss. e p. 916 ss.

[84] Corte giust., 27 giugno 2018, causa C-230/17, *Altiner e Ravn*, ECLI:EU:C:2018:497, punto 22: «[...] Il rifiuto della Corte di statuire su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con l'effettività o con l'oggetto della causa di cui al procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte»; in tal senso v. anche 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, ECLI:EU:C:2012:233, punto 42; 29 gennaio 2013, causa C-396/16, *Radu*, ECLI: EU:C:2018:109, punto 22; 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carratù c. Poste Italiane,* ECLI:EU:C:2013:830, punto 23; 20 dicembre 2017, causa C-516/16, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse*, ECLI:EU:C:2017:1011, punto 80; 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro*, ECLI:EU:C:2018:166, punto 21; 3 giugno 2021, causa C-942/19, *Servicio Aragonés de Salud*, ECLI:EU:C:2021:440, punto 29. Sullo stesso punto, in relazione a questioni di

o delle parti a che la questione fosse risolta alla luce della sentenza della Corte di giustizia sarebbe completamente frustrato.

6. Conclusioni

Una breve notazione finale va fatta in una prospettiva più ampia, comunque comprensiva del ruolo delle parti. In realtà, sembra opportuno sottolineare che il rinvio pregiudiziale è stato chiamato, negli ultimi anni, a svolgere una funzione molto diversa da quella a cui era predestinato secondo la lettera dei trattati originali e che ha svolto in modo compiuto, contribuendo all'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea, grazie ad un'interpretazione e, quindi, un'applicazione del diritto dell'Unione uniforme in tutti i Paesi membri, in modo che esso abbia dovunque la stessa efficacia[85].

Il nuovo *trend* è strettamente collegato al – o meglio, determinato dal – mutamento del tessuto normativo dell'Unione. Infatti, in un primo momento (dagli anni '60 agli inizi degli anni '90), la Corte si è pronunciata, soprattutto in via interpretativa, su norme dalle maglie molto larghe, che ha dovuto precisare e chiarire, formulando principi e massime che sono oramai parte integrante del sistema e che hanno trovato applicazione – come noto – ben oltre la fattispecie concreta. Più precisamente, ha contribuito a tale significativa giurisprudenza la necessità emersa in quegli anni di garantire il funzionamento del mercato unico e, dunque, le libertà, assicurando alle posizioni individuali – nelle declinazioni che il trattato conosce – un elevato livello di tutela rispetto ad ipotesi di discriminazioni e di restrizioni, sorte dalla profonda diversità normativa esistente all'epoca tra gli Stati membri.

A ciò si aggiunga l'iniziale ritrosia dei giudici nazionali rispetto al nuovo strumento pregiudiziale che li induceva a sottoporre alla Corte di giustizia un quesito soltanto qualora nutrissero seri e fondati dubbi sull'interpretazione o sulla validità del diritto UE o qualora le perplessità riguardassero la compatibilità di norme nazionali con il diritto dell'UE (funzione c.d. "alternativa").

Per tali motivi, le pronunce avevano quasi sempre una grande e fondamentale ricaduta sull'intero ordinamento, tanto da qualificarsi come *grands arrets*[86], attraverso i quali la Corte contribuiva a consolidare l'edificio comunitario.

---

validita , v. Corte giust., 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco*, ECLI:EU:C:2002:741, punti 34 e 35.

[85] Corte giust., 16 gennaio 1974, causa 166/73, *Rheinmühlen*, ECLI:EU:C:1974:3, punto 2.

[86] A. TIZZANO, *I* «grands arrêts» *della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, 2012.

Attualmente, invece, il diritto dell'Unione è costituito da «silos di normativa […] che sono di intensissima regolamentazione positiva […] e che pongono e impongono sanzioni di carattere quasi dirigista rispetto all'esercizio delle attività economiche […] perché le finalità che gli Stati intendono perseguire attraverso l'Unione europea sono profondamente cambiate»[87]. Dacché, l'intervento della Corte è stato privato di quel respiro ampio che lo aveva elevato a gioiello di «ingegneria giuridica»[88], essendo finalizzato principalmente a risolvere, nei limiti delle circostanze, la controversia pendente ed essendo le sentenze pregiudiziali modellate sul giudizio *de quo*. D'altro canto, le stesse domande sono spinte da ragioni, per così dire, strettamente connesse ad assicurare giustizia nel caso concreto: cioè, il rinvio pregiudiziale è diventato uno strumento di mero ausilio e supporto al giudice nazionale che vi ricorre sempre più di frequente, quasi a voler trasferire sulla Corte di giustizia la responsabilità della decisione. Per meglio dire, la collaborazione con la Corte «appare tanto più utile, se non necessaria, se si considera che i […] giudici nazionali sono chiamati a confrontarsi con un sistema normativo estremamente complesso, qual è quello dell'Unione: un sistema che si articola in una vasta ed intricata panoplia di testi, tutti facenti fede a pari titolo nelle numerose lingue ufficiali, e destinati a produrre effetti in modo uniforme per una pluralità di Stati e di ordinamenti»[89].

Il nuovo scenario ha determinato un aumento considerevole di *revirement* – o meglio di allontanamento, talvolta momentaneo, dai principi elaborati in una decisione precedente – che, se in passato la Corte era attenta a mascherare, adesso sono quasi giustificati e motivati alla luce di un *corpus* normativo compiuto e dettagliato che richiede soltanto piccoli interventi chirurgici per calare la specifica disposizione nella singola fattispecie[90].

---

[87] M. CONDINANZI, Intervento all'Incontro fra i giovani studiosi del Diritto dell'Unione europea: "L'effettività del diritto dell'Unione europea tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati", III ed., Villa Ruspoli, Firenze – 22 maggio 2023, registrazione disponibile sul sito aisdue.eu.

[88] G. TESAURO, *Manuale*, cit., p. 357.

[89] A. TIZZANO, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 403 e 404.

[90] Si fa riferimento ai c.d. *revirement* taciti, ovvero alle pronunce nelle quali il cambiamento e l'abbandono di una linea giurisprudenziale precedente non viene dichiarato in maniera esplicita, seppure traspaia chiaramente l'intento del cambiamento giurisprudenziale attuato. Ma altresì ai *revirement* che offrono una rilettura pretestuosa della giurisprudenza precedente, modellandola sulle caratteristiche del caso di specie. A titolo meramente esemplificativo: Corte giust., 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Laboratoires pharmaceutiques Bergardem SA e Jean-Jacques Goupil c. Commissione*, ECLI:EU:C:2000:361, rispetto a 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Zuckerfabrik*, ECLI:EU:C:1971:116; 9 novembre 1995, causa C-479/93, *Francovich*, ECLI:EU:C:1995:372, rispetto a 22 gennaio 1976, causa 60/75, *Russo c. AIMA*, ECLI:EU:C:1976:9; 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punto 30, ECLI:EU:C:1999:126, rispetto a 27 settembre 1988, causa 81/87, *Daily Mail*, ECLI:EU:C:1988:456, punto 28. Più di recente, Corte giust., 9 febbraio 2023, causa C-555/21, *Unicredit Bank Austria*, ECLI:EU:C:2023:78, rispetto a 11 settembre 2019, causa C-383/18, *Lexitor*, ECLI:EU:C:2019:702.

Non vi è dubbio che la nuova funzione del rinvio – seppure, occorre precisare, fisiologica in considerazione dell'aumento degli Stati membri e, quindi, della crescita esponenziale delle domande, nonché dell'intensificazione normativa – ricada pesantemente sulle parti che, come già notato, non soltanto hanno un ruolo marginale rispetto ad una dialettica che li riguarda direttamente, quanto subiscono un allungamento dei tempi processuali.

In definitiva, è auspicabile che il vento di riforma che ha cominciato a soffiare su questo istituto, con la proposta di trasferimento di talune competenze al Tribunale, e che dovrebbe rivalorizzare la funzione nomofilattica della Corte – almeno con riguardo alle competenze che restano ad essa riservate ed alle ipotesi in cui sarà chiamata a pronunciarsi su questioni che riguardano l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione – porti con sé anche soluzioni procedurali innovative dirette ad accrescere la partecipazione delle parti, e precisamente dei terzi[91]. Specificamente, senza ricorrere al complesso *iter* di revisione dei trattati, attraverso una più semplice modifica del regolamento di procedura o mediante raccomandazioni della Corte, dovrebbe essere ampliato il novero dei soggetti che possono presentare osservazioni in fase scritta e presenziare all'udienza di discussione[92]. Non è infatti ammissibile che una pronuncia resa su rinvio pregiudiziale, destinata ad avere una valenza generale e ad incidere pesantemente sugli ordinamenti di 27 Stati membri, possa essere presa con una partecipazione di terzi interessati assai limitata, quale quella oggi contemplata dagli art. 23 dello statuto e 97 RP CG. In una prospettiva futura, si potrebbe perfino immaginare che lo statuto ed il RP CG accolgano una nozione "comunitaria" di parte ammessa a stare in giudizio ed introducano l'istituto dell'intervento nel processo pregiudiziale dinanzi alla Corte, mutuandolo, con i dovuti distinguo, da quello disciplinato per i ricorsi diretti. In questo modo sarebbe garantita una maggiore effettività della tutela giurisdizionale, soprattutto dei terzi; tutela dinanzi alla quale anche l'autonomia procedurale degli Stati è recessiva[93].

---

[91] M. CONDINANZI, *Intervento*, cit.

[92] Così, M. CONDINANZI, *La partecipazione al pregiudiziale:* tertium non datur, in C. AMALFITANO, Z. CRESPI REGHIZZI, S. VINCRE (a cura di), *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali: poteri e tutele*, Atti del convegno "I terzi nei processi nazionali e sovranazionali: poteri e tutele", organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, 2 dicembre 2022, Torino, 2023, in corso di pubblicazione.

[93] Corte giust., 16 dicembre 1976, causa 45/78, *Comet*, ECLI:EU:C:1976:191, punti 13-16; 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, punti 14 e 15; 29 marzo 2007, causa C-347/04, *Rewe Zentralfinanz,* ECLI:EU:C:1983:318, punto 5; 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, punto 43. V. anche Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan,* ECLI:EU:C:2001:465, punto 29; 19 giugno 2003, causa C-467/01, *Eribrand*, ECLI:EU:C:2003:364, punto 62; 11 settembre 2003, causa C-13/01, *Safalero*, ECLI:EU:C:2003:447, punto 49.

ABSTRACT

L'obiettivo del presente lavoro è quello di esaminare talune questioni (ancora) aperte relative al ruolo delle parti nel contesto della procedura pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. Particolare attenzione sarà inoltre dedicata alle difficoltà che potrebbero sorgere a seguito dell'introduzione, nell'ordinamento italiano, dell'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione (art. 363-*bis* c.p.c.). Infine, il lavoro si concentrerà sulle problematiche legate alla (futura) adozione della proposta di regolamento che modifica il protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia, che mira a riconsiderare il riparto di competenze tra Corte di giustizia e Tribunale nel trattamento delle domande pregiudiziali.

Le présent article a pour objet d'examiner certaines questions (encore) ouvertes concernant le rôle des parties dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel, conformément à l'article 267 du TFUE. Une attention particulière sera également accordée aux questions susceptibles de se poser en raison de l'introduction, dans le système juridique italien, de l'institution du renvoi préjudiciel à la Cour de cassation (article 363-bis du code de procédure civile italien). Enfin, les travaux se concentreront sur les difficultés supplémentaires qui pourraient résulter de la future entrée en vigueur de la proposition de Règlement modifiant le Protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice, qui vise à reconsidérer la répartition des compétences entre la Cour de justice et le Tribunal dans le cadre du traitement des demandes de décision préjudicielle.

The purpose of this paper is to examine some (still) open questions related to the role of the parties in the context of the preliminary reference procedure, pursuant to Art. 267 TFEU. Special attention will also be paid to the potential issues that may arise because of the introduction, within the Italian legal system, of the institution of the preliminary referral to the Court of Cassation (Art. 363-*bis* of the Italian Code of Civil Procedure). Lastly, the work will focus on the further difficulties that may occur as a result of the future entry into force of the proposed Regulation amending Protocol No 3 on the Statute of the Court of Justice, which aims to reconsider the allocation of jurisdiction between the Court of Justice and the General Court in the processing of the requests for preliminary rulings.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

ARTICOLI

UNE RÈGLE « *DE MINIMIS* » POUR LES INFRACTIONS AU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ?

*Una regola «*de minimis*» per le infrazioni del diritto dell'Unione europea?*

*A «*de minimis*» rule for the infringements of the European Union law?*

MASSIMO CONDINANZI*

SOMMARIO : 1. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission européenne dans le domaine des manquements des États membres. – 2. Les infractions et les droits des particuliers. – 3. Les priorités politiques dans une procédure de contrôle juridictionnel. – 4. La sanction pécuniaire à l'épreuve de la proportionnalité.

1. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission européenne dans le domaine des manquements des États membres

On connait par cœur que la procédure en manquement est l'une de

* Professeur en Droit de l'Union européenne, Université de Milan. Coordinateur de l'unité pour les procédures d'infraction à la Présidence du Conseil des Ministres, Rome. L'article constitue une version élargie et partiellement modifiée du rapport intitulé « *Principe* de minimis *et appréciation de l'importance des manquements étatiques* » présenté au Colloque organisé par l'Université Paris-Panthéon-Assas, Centre de droit européen, sous la direction du Professeur Fabrice Picod, « *De minimis non curat praetor* », Paris, 8 décembre 2022.

« clés de voute »[1] du système juridique sui generis qu'est le droit de l'UE[2]. Son existence figure parmi les principales caractéristiques qui le distinguent des systèmes de coopération les plus poussés du droit international classique[3].

On s'est tellement familiarisé à la procédure en manquement qu'il est facile de perdre de vue le caractère extraordinaire d'une procédure judiciaire qui permet d'aboutir à une condamnation vis-à-vis d'un État souverain. Ce qui reste encore aujourd'hui extraordinaire[4].

La Commission européenne est chargée d'une tâche essentielle par l'article 17 TUE : elle « veille » à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci et elle *« surveille »*

---

[1] Le terme est habituellement utilisé pour décrire le renvoi préjudiciel. Cf., par exemple, avis de la Cour, 8 décembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, ECLI:EU:C:2014:2454, point 176; arrêts de la Cour, 6 mars 2018, affaire C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, ECLI:EU:C:2018:158, point 37; 24 octobre 2018, affaire C-234/17, *XC*, ECLI:EU:C:854:2018, point 41; 24 juin 2019, affaire C-619/18, *Commission c. Pologne*, ECLI:EU:C:2019:531, point 45. Comme il ressort de la jurisprudence citée, le juge de Luxembourg ne s'est exprimé que récemment (mais à plusieurs reprises) en ces termes. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes,* Leiden, 1972, réimprimée par Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 73, nous parle d'une « cohésion structurelle entre la Cour et l'exécutif communautaire, spécialement dans le domaine des recours pour manquement d'Etat ».

[2] Le système juridique de l'Union européenne a été défini comme un « nouvel ordre juridique » depuis le célèbre arrêt de la Cour, 5 février 1963, affaire 26/62, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1, p. 23.

[3] Dès l'entrée en vigueur du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (« traité CECA »), le système du respect du droit « communautaire » par les États membres s'est caractérisé par l'existence d'un mécanisme dont la fonctionnalité allait bien au-delà des normes admises jusqu'alors en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États : les traités ont en effet introduit une procédure qui, pour la première fois au sein d'une organisation internationale, a permis à un organisme spécifique d'intervenir contre un État contractant qui n'aurait pas rempli ses obligations conventionnelles. Dans la doctrine cf., *ex multis*, J-P. DELORME, *L'article 169 du Traite De Rome ; la constatation du manquement des États à leurs obligations communautaires*, Centre de documentation et de recherche européennes, Université Lyon, 1971, p. 174; J-V. LOUIS, *Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice*, F. CAPOTORTI, C-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR (eds.), *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 387 et suiv. La Cour de justice s'était également exprimée en des termes similaires : cf. arrêt de la Cour, 15 juillet 1960, affaire 25/59, *Pays-Bas c. Haute Autorité*, ECLI:EU:C:1960:34, p. 734.

[4] Dans la doctrine il a été écrit : « Il est peu courant de voir une institution d'une organisation internationale poursuivre un État pour la violation d'un traité, le droit international classique organisant le plus souvent un recours d'un État contre un autre État », T. MATERNE, *La procédure en manquement d'État. Guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 3.

l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice (en italien, nous trouvons le même verbe : *vigilare*)[5].

L'obligation de surveillance, introduite par le Traité de Lisbonne, aurait dû entraîner une « contrainte » quant à la grande marge d'appréciation garantie à la Commission par le choix de décider : quand engager une procédure en manquement, la vitesse/les délais pour les différents passages (lettre de mise en demeure, lettre de mise en demeure complémentaire, avis motivé, avis motivé complémentaire, décision de recours, dépôt du recours au greffe de la Cour). Chaque passage est marqué par le plus grand choix discrétionnaire de la Commission[6].

En effet, la CE semble n'avoir pas subi de grandes conséquences par l'ajout du devoir de veiller et de surveiller. Elle montre vouloir garder toute son pouvoir d'appréciation discrétionnaire et de gérer le choix des manquements à reprocher aux EM en dehors de tout contrôle, à la fois politique et juridictionnel.

Par ailleurs, la Cour a affirmé à plusieurs reprises dans sa jurisprudence l'impossibilité d'introduire à la fois un recours en annulation contre une initiative de la Commission, et un recours en carence en l'absence de son action[7]. Cela a évidemment des répercussions

---

[5] Il a été précisé que la tâche de « vigilance » incombe, évidemment, à la Commission, alors que le véritable « surveillance » de la légalité de l'action des États membres est remis à la Cour de justice, cf. A. TIZZANO, *Commento all'art. 169*, R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, B. CONFORTI (eds.), *Commentario al trattato CEE*, Milano, 1965, p. 1213.

[6] Sur le pouvoir discrétionnaire de la Commission, cf., *ex plurimis*, P. CAHIER, *Les articles 169 Et 171 du Traite instituant la Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour*, *CDE*, 1974, p. 3 et suiv.; A.C. EVANS, *The Enforcement Procedure of Article 169 EEC : Commission Discretion*, *E. L. Rev.*, 1979, p. 442 et suiv.; R. MASTROIANNI, *La procedura di infrazione e i poteri della Commissione: chi controlla il controllore?*, *Riv Dir Intern*, 1994, p. 1021 et suiv.; A. BONNIE, *Commission discretion under Art.171(2) EC*, *E. L. Rev.*, 1998, p. 537 et suiv.; A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2010; E. VARNAY, *Discretion in the Articles 258 and 260(2) TFEU Procedures*, *MJECL*, 2015, p. 836 et suiv.

[7] En ce sens, par exemple, v. arrêt de la Cour, 14 février 1989, affaire C-247/87, *Star Fruit Company SA c. Commission*, ECLI:EU:C:1989:58, point 11, dont le recours avait été introduit à la fois en vertu de l'article 173 TCEE et au sens de l'article 175 TCEE. En ce qui concerne le seul recours en annulation, il a été affirmé que : « les particuliers ne seraient pas habilités à contester le refus de la Commission d'engager une procédure en manquement au titre de l'article 226 CE, l'adoption par la Commission d'une position sur cette question n'étant pas un acte produisant des effets juridiques définitifs ». Cf. ordonnance du Tribunal, 13 novembre 1995, affaire T-126/95, *Dumez c. Commission*, ECLI:EU:T:1995:189, point 37; arrêt du Tribunal, 15 décembre 2005, affaire T-33/01, *Infront WM AG c. Commission*, ECLI:T:EU:2005:EU:WM:P:461, point 65. Uniquement en ce qui concerne le recours en carence, voir ordonnance de la Cour, 30 mars 1990, affaire C-371/89, *Emrich c. Commission*, ECLI:EU:C:1990:158; points 5-6; ordonnance du Tribunal, 29 novembre 1994, affaire T-479/93, *Giorgio Bernardi c. Commission*, ECLI:27-27:1994,

pratiques sur la marge d'appréciation avec laquelle la Commission agit (ou reste inerte), car elle est bien consciente que sa conduite ne peut en aucune cas être contrôlée. Toutefois, le raisonnement opposé et contraire doit également être reconnu sur ce point : jouissant d'un pouvoir discrétionnaire absolu, il serait inapproprié de soumettre son action à un contrôle juridictionnel[8].

L'étendu du pouvoir de la CE est aussi une façon d'utiliser le manquement comme instrument au service des priorités politiques de la Commission. Le pouvoir discrétionnaire se traduit fondamentalement par la possibilité de décider – dans les limites légales qui s'imposent – s'il faut agir ou non, quand agir et de quelle manière[9]. D'une manière générale, l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne dispense pas la personne chargée de la fonction publique de l'obligation de motiver les actes, ni n'exclut le contrôle juridictionnel de ces actes[10]. Par ailleurs, comme on l'a vu, la Commission, dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dont elle jouit conformément aux articles 258 et 260 TFUE, semble être « insensible » à ces limites. La jurisprudence de la Cour de justice a non seulement déclaré à plusieurs reprises l'impossibilité de contester l'action et l'inaction de la Commission, mais elle a également précisé que « la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt à agir *ni à indiquer les motifs qui l'ont amenée à*

EU:277, points 30-31. Tout récemment, v. ord. Tribunal 2 février 2023, T-680/22, *Anita c. Commission.*

[8] Il convient de signaler que, *mutatis mutandis*, dans le cadre de la responsabilité non contractuelle au titre des articles 268 et 340 TFUE, il est vrai que la Cour de justice a précisé que lorsque les institutions jouissent d'une large marge d'appréciation, elles ne peuvent être tenues responsables de leur action (« en agissant » donc licitement dans cette marge), mais il est également vrai que les juges ont également statué que ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec « diligence », cf., *ex multis*, arrêt du Tribunal, 16 septembre 2013, affaire T-333/10, *Animal Trading Company (ATC) BV c. Commission*, ECLI:EU:T:2013:451, point 84. Il s'agit d'une procédure différente, mais le principe qui y est énoncé pourrait également s'appliquer, avec le tempérament qui s'impose, à la procédure d'infraction.

[9] Cf. E. VÁRNAY, *Discretion in the Articles 258 and 260(2) TFEU Procedures*, cit., p. 838.

[10] Il semble opportun de rappeler brièvement que, d'une manière générale, les traités prévoient que les actes juridiques de l'Union doivent être motivés (art. 296, alinéa 2, TFUE) et susceptibles d'un contrôle juridictionnel au sens de l'art. 263 TFUE, ainsi que l'abstention illégale de leur adoption peut faire l'objet d'une appréciation de la Cour au sens de l'art. 265 TFUE. Cela, évidemment, même dans les hypothèses où les institutions, organes ou organismes de l'Union jouissent d'un pouvoir discrétionnaire dans leur action. V., *amplius*, A. ALBANESE, *Il sindacato sulla discrezionalità nell'ordinamento europeo*, S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità*, Torino, 2018, p. 243.

introduire un recours en manquement » (soulignement ajouté)[11]. Le seul acte qui, dans le cadre de la procédure d'infraction, doit être accompagné d'une motivation appropriée est, en effet, l'avis motivé, mais non pas tant pour assurer un devoir général de transparence ou de « bonne administration », mais dans le seul but de protéger les droits de la défense des États[12]. Sur ce point, il est indéniable que la formulation de l'article 258 TFUE, notamment l'expression « Si la Commission estime » (« *quando reputi* » en italien), confère *de facto* à la Commission le pouvoir de déterminer en toute autonomie les situations qui constituent des infractions et celles qui ne le sont pas. Il en résulte, évidemment, que si la gardienne des traités ne considère pas un comportement comme une infraction, formellement ce comportement ne constitue pas un manquement (qu'il le soit ou non). Par conséquent, la formule « estime » donne à l'institution une très grande marge de manœuvre pour éluder les cas qu'elle ne souhaite en aucune manière poursuivre. Cela donne peut être raison à ceux qui ont avancé la thèse selon laquelle cette faculté n'est pas imputable *stricto sensu* au concept de « discrétion », mais elle est plutôt encadrée comme un « subjective jugement », en raison du fait que l'article 258 TFUE confère à la Commission une liberté de choix illimitée et non simplement le pouvoir d'apprécier entre des options définies et prédéterminées, ce qui impliquerait l'utilisation effective d'un pouvoir discrétionnaire[13].

L'avocat général Paolo Mengozzi avait mis en lumière, sur ce point, que « la Commission doit être mise en mesure d'agir suivant un ordre de priorités qui tienne compte de la nature et de la gravité des infractions ainsi que de l'importance des effets qui s'y rattachent. Au regard de ces objectifs, l'application de critères souples se justifie dans le cadre de

---

[11] V. arrêt de la Cour, 3 mars 2016, affaire C-12/14, *Commission c. Malte*, EU:C:2016:135, point 26; ainsi que les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott, 5 mars 2020, affaire C-66/18, *Commission c. Hongrie*, ECLI:EU:C:172:2020, point 82. Au même temps, elle n'est évidemment pas tenue de motiver le choix de ne pas introduire un recours en manquement (et, avant cela, l'activation de la procédure d'infraction). Voir, par exemple, arrêt de la Cour, 26 juin 2001, affaire C-70/99, *Commission c. Portugal*, ECLI:EU:C:2001:355, point 17 : « [...] la Commission apprécie librement l'opportunité d'engager ou non une action en manquement sans devoir justifier son choix, les considérations qui déterminent ce choix ne pouvant affecter la recevabilité de l'action ».

[12] Cf. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 62; considèrent qu'il devrait y avoir un «onere di motivazione adeguato rispetto ai diversi passaggi della procedura», G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 278.

[13] Cf. M. SMITH, *Centralised Enforcement, Legitimacy and Good Governance in the EU*, London, 2012, p. 87.

l'appréciation du caractère raisonnable de la durée de cette période »[14].

Et en effet, depuis le milieu des années 90, la Commission a formellement annoncé la définition des priorités dans le traitement des dossiers. Ce choix a coïncidé avec l'« augmentation spectaculaire »[15] du nombre de décisions de mise en demeure qui a marqué ces années : le manque indéniable de ressources humaines et financières dont dispose la Commission pour faire face à un nombre potentiellement exponentiel d'infractions, l'oblige inévitablement à faire des choix de priorité[16].

2. Les infractions et les droits des particuliers

Mais il ne faut pas oublier que, d'autre part, le manquement a été aussi un moyen de protection des droits individuels, chaque fois que l'action individuelle ne pouvait pas aboutir en raison de l'absence d'effet direct, des limitations de l'effet direct « horizontale » ou des contraintes qui découlent de l'action en réparation devant le juge national, notamment en ce qui concerne les limites de la preuve, les délais de prescription et les autres éventuelles limitations découlant de la procédure nationale. En effet, bien que la procédure d'infraction soit une procédure bilatérale ne concernant que les États membres et la Commission[17], il est également vrai que, comme la Commission l'a elle-même reconnu[18], les plaignants jouent un

---

[14] Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, 16 novembre 2006, affaire C-523/04, *Commission c. Pays-Bas*, ECLI :EU:C:2006:717, par. 86.

[15] Cf. *Quinzième rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire*, COM(1998) 317 final, 27 mai 1998, *JOUE*, C 250 du 10 août 1998, p. 1 et suiv., p. 8.

[16] Cf. P. CAHIER, *Les articles 169 Et 171 du Traité instituant la Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour*, cit., p. 6; A. GIL IBAÑEZ, *The administrative supervision and enforcement of EC Law. Powers, Procedures and Limits,* Londra, 1999, p. 151 et suiv. et p. 204; T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2003, p. 312.

[17] Cf. la Communication de la Commission au Parlement européen et au médiateur européen concernant les communications avec les plaignants en matière d'infractions au droit communautaire, COM(2002) 141, *JOUE*, C 244 du 10 octobre 2002, p. 6, point 2; ainsi que les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet, 5 septembre 2013, affaires jointes C 514/11 P et C 605/11 P, *Liga para a Protecção da Natureza (LPN) et Finlande c. Commission*, ECLI:EU:C:2013:738, par. 54; confirmées dans l'arrêt de la Cour, 14 novembre 2013, affaires jointes C 514/11 P et C 605/11 P, *Liga para a Protecção da Natureza (LPN) et Finlande c. Commission*, ECLI:EU:C:2013:738, point 19. Par ailleurs, en ce qui concerne la bilatéralité de la relation, il convient de noter que, conformément à l'article 40 du statut de la Cour, les (autres) États membres peuvent évidemment intervenir en justice.

[18] Les occasions où la gardienne des traités a reconnu l'importance du rôle des plaignants sont multiples. Par exemple, le *20ème Rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit communautaire* (2002), COM(2003) 0669 final, p. 6: « Sur un plan général, il convient

rôle essentiel dans l'application correcte du droit de l'Union, étant l'une des principales sources d'informations sur l'existence d'infractions commises par les États membres, et la procédure d'infraction constitue pour eux un moyen de « protection », bien que non juridictionnel.

La liaison entre *public enforcement* et *private enforcement* du droit de l'UE est aussi une caractéristique de l'ordre juridique européen, en tant que communauté de droit, qui s'impose de la même manière aux particulier et aux EM[19]. On a ainsi assisté à des manquements que la CE s'est refusé, et encore se refuse, de clôturer tout en attendant que le plaignant soit tenu quitte et indemne ou que l'administration nationale soit en condition de s'arranger à l'amiable avec le plaignant.

Cette façon de gérer le manquement a été renforcée avec l'instrument EU-Pilot, souvent utilisé pour des affaires « mineures » ou bien « minimales »[20]. Le Pilot, normalement, est le résultat d'une plainte par laquelle le particulier se plaint d'une violation de ses droits qui découlent de l'ordre juridique de l'Union européenne[21].

Et, face à la plainte, la Commission elle va croiser les chemins : d'une part, elle prend les informations fournies par le particulier afin de soulever

---

toutefois de souligner que les plaintes constituent la source la plus importante de détection des infractions ».

[19] Encore une fois, v. l'arrêt *Van Gend en Loos*.

[20] Les dernières communications ont établi que le Pilot serait principalement utilisé pour des violations techniques. Cela n'a pas toujours été le cas : à partir de fin 2011, son utilisation devint la règle. La raison principale en était la capacité reconnue du Pilot à «résoudre un problème plus rapidement que par la procédure d'infraction» (v. le rapport de la Commission d'évaluation du projet « EU Pilot », Bruxelles, 3 mars 2010 COM(2010) 70 def., p. 4). Cette pratique avait d'ailleurs été critiquée (et donc supprimée): « there is no reason to delay the beginning of the formal procedure. The EU Pilot phase would be unlikely to bring any benefit and only prolong the procedure », v. L. PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 361. Il faut toutefois souligner que d'autres auteurs ont soutenu une thèse différente, que l'on partage ici : « Some may also argue that the EU Pilot does nothing but prolong the existing procedures. In certain cases, in particular where a Member State is stubborn enough to maintain its position until the (sometimes) bitter end, this may be true. Yet, one should keep in mind that the EU Pilot is not a completely new thing. Even before it came to existence, the European Commission had a practice of sending the Member States the so-called "pre-226 letters" the purpose of which was to clarify the situation and, if appropriate, request more information from the Member State before an infringement procedure is launched. The EU Pilot simply replaces this practice (and only organizes it in a more systematic fashion) », v. D. HADROUŠEK, *Speeding up Infringement Procedures: Recent Developments Designed to Make Infringement Procedures More Effective*, *JEEPL*, 2012, p. 235 et suiv., spec. p. 252.

[21] Sur les relations avec le plaignant dans le cadre du programme Pilot, cf. le document de la Commission "*EU Pilot: guidelines for the Member states*", Secreéariat-géneral, Unit f.3 – *Implementation and enforcement of EU law*, juillet 2020.

des contestations à l'encontre d'un EM, d'autre parte, elle soumet les justifications et les explications qu'elle reçoit des autorités nationales à l'appréciation du particulier : ainsi, comme il ressort de ce qui précède, la démarche est tout-à-fait favorable au particulier qui trouve dans la CE un avocat très puissant et, de surcroît, gratuit.

Depuis 2017, suite à la publication de la communication intitulée « Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats »[22], la Commission européenne a introduit une nouvelle approche stratégique vis-à-vis la gestion des procédures d'infractions. Dans ce cadre, la Commission s'est engagée à poursuivre des cas prioritaires, tels que les cas dans lesquels les États membres n'ont pas communiqué leurs mesures de transposition ou dans lesquels ces mesures ont mal transposé les directives, les cas dans lesquels ils ont gravement porté atteinte aux intérêts financiers de l'UE ou enfreint les compétences exclusives de l'UE au sens de l'article 2, paragraphe 1, du TFUE en liaison avec l'article 3 de celui-ci, ou encore en cas d'infractions qui entravent les libertés et les valeurs fondamentales de l'UE.

Cette communication est particulièrement remarquable. La Commission avait commencé à fixer des priorités depuis les années 90, mais elle ne l'avait jamais fait en termes de « soustraction », mais seulement en termes d'accélération et de rationalisation du travail. En revanche, par cette communication, la Commission a pour la première fois non seulement indiqué les manquements qu'elle considérait comme prioritaires, mais également ceux qui n'auraient pas été systématiquement poursuivis ; tout cela dans une logique de « soustraction » et non plus seulement de « rationalisation » du travail[23].

3. Les priorités politiques dans une procédure de contrôle juridictionnel

Par conséquent, la Commission montre vouloir s'éloigner de la stratégie *one size fits for all*. Cette stratégie avait caractérisé la Commission conduite par Roy Jenkis (1977-1981), qui avait pris la décision de « prosecute infringements much more vigorously than in the past »[24], mais aussi les

---

[22] In *JOUE*, C 18 du 19 janvier 2017, p. 10 et suiv.

[23] V. R. ADAM, *Una nuova Comunicazione della Commissione in materia di rispetto del diritto dell'Unione: "risultati migliori attraverso una migliore applicazione", ma con minor controllo?*, *dUE*, 2017, p. 1 et suiv., p. 2.

[24] Cf. A. DASHWOOD, R. WHITE, *Enforcement Actions under Articles 169 and 170 EEC*, *E. L. Rev.*, 1989, p. 388 et suiv., p. 400.

Commissions présidées par Gaston Thorne (1981-1985) et Jacques Delors (1985-1989)[25].

Aujourd'hui, le manquement n'est réservé qu'aux grandes violations de la légalité européenne. Pour les petites violations c'est la dimension judiciaire nationale qui doit être suffisante. C'est la Commission elle-même, dans la communication de 2017 « Une meilleure application pour de meilleurs résultats » et dans la dernière communication « Faire appliquer le droit de l'Union pour permettre à l'Europe de tenir ses engagements » de fin 2022[26], qui a confié au juge national la tâche de « l'aider » à veiller à l'application correcte du droit de l'Union européenne[27]. D'où l' importance accrue pour le bon fonctionnement de la justice nationale, qui est une règle de l'état de droit[28], mais aussi un moyen pour éviter de plus en plus la procédure en manquement pour les violations mineures.

Toutefois, le fait de réserver ce pouvoir aux autorités nationales – dans une sorte d' « estensione del principio di sussidiarietà all'*enforcement* » [29]– bien que formellement cela pourrait paraître correct, en réalité, en plaçant également la fonction de contrôleur dans les mains du contrôlé, il conduit à un chevauchement injustifié entre les deux entités.

En tout état de cause, veiller au bon fonctionnement du système judiciaire national implique, bien entendu, de veiller au bon déroulement du renvoi préjudiciel. C'est dans cette perspective qu'il est possible d'observer un phénomène récent : le changement d'approche de la Commission à l'égard des violations de l'article 267, alinéa 3, TFUE. En effet, la Commission a longtemps été « réticente »[30] à engager des procédures d'infraction contre les États membres dont les juridictions de dernière instance

---

[25] *Ibidem*, spec. p. 401.

[26] Communication du 13 octobre 2022, COM(2022) 518 final.

[27] Communication du 2017, p. 11; communication du 2022, pp. 7-8.

[28] Une récente jurisprudence de la Cour de justice – spécialement celle inaugurée avec l'arrêt 27 février 2018, affair C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, définie comme «*ground-breaking*», par sa portée historique, par M. BONELLI, M. CLAES*, Judicial serendipity: how Portoguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, *EuConst*, 2018, p. 622 et suiv., p. 622. – a affirmé que l'article 19 TUE, qui concrétise la valeur de l'État de droit affirmé à l'article 2 TUE, confie la charge de garantir le contrôle juridictionnel dans l'ordre juridique de l'Union non seulement à la Cour, mais aussi aux juridictions nationales.

[29] Cf. M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La procedura di infrazione dieci anni dopo Lisbona*, *Federalismi*, 2020, p. 217 et suiv., p. 243.

[30] Cf. M. BROBERG, *National Courts of Last Instance failing to make a Preliminary Reference: the (possible) consequences flowing therefrom*, *EPL*, 2016, p. 243 et suiv., p. 251. V. aussi C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen: guide pratique*, Bruxelles, 2010, p. 53 et suiv.; M. TABOROWSKI, *Infringement proceedings and non-compliant national Courts*, *CMLR*, 2012, p. 1881 et suiv.; M. BROBERG, N. FENGER, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2021, spec. p. 201 et suiv.

violeraient l'obligation de saisir la Cour de justice par le biais du mécanisme de renvoi préjudiciel. Certes, le fait que des violations du droit de l'Union puissent résulter du comportement des tribunaux nationaux fait depuis longtemps l'objet de la jurisprudence « communautaire »[31], mais la Commission n'avait jamais saisi la Cour au titre de l'article 258 TFUE afin de faire constater un défaut de renvoi, au moins jusqu'à la célèbre arrêt *Commission c. France* du 4 octobre 2018[32]. La réticence de la Commission repose probablement (si repose-t-elle?) sur la volonté d'éviter des conflits qui pourraient compromettre la relation fiduciaire entre la Cour de justice et les juges communs nécessaire au succès du mécanisme d'*enforcement* décentralisé.

Pour ce qui concerne les cas EU Pilots, suivant la nouvelle approche, la Commission limite l'utilisation de cet outil aux cas de nature technique, ou lorsqu'elle souhaite recueillir les informations d'ordre factuel ou juridique, nécessaires pour mener son évaluation. Cependant, cet outil n'est pas utilisé lorsque l'infraction est bien documentée, évidente ou reconnue par l'État membre, ainsi que dans des affaires plus sensibles, dans lesquels les discussions au niveau technique sont moins susceptibles d'aboutir à un résultat positif. Toutefois, en cas de clôture négative du dossier EU Pilot, les services de la Commission devront toujours se conformer aux principes généraux afin d'apprécier s'il y a lieu de poursuivre le dossier dans le cadre d'une procédure formelle d'infraction.

En effet l'approche lancée en 2017 a été récemment confirmée et spécifiée dans ladite communication « Faire appliquer le droit de l'Union afin de permettre à l'Europe de tenir ses engagements » du 13 octobre 2022. Dans ce document, au sujet d'« un usage efficace des procédures d'infractions », la Commission souligne que « les procédures d'infraction se concentrent rarement sur des questions individuelles, mais plutôt sur des questions systémiques et structurelles touchant un grand nombre de personnes ou d'entreprises dans un État membre donné ou dans l'ensemble de l'Union »[33].

La Commission vise, donc, à remédier à de nombreux cas particuliers de mauvaise application dans le cadre d'une seule procédure d'infraction. À cet égard, les cas environnementaux sont particulièrement exemplaires de cette nouvelle approche. La Commission rappelle qu'elle avait pour ha-

---

[31] Cf., par exemple, les célèbres arrêts de la Cour, 9 décembre 2003, affaire C-129/00, *Commission c. Italie*, ECLI:EU:C:2003:656; et 12 novembre 2009, affaire C-154/08, *Commission c. Espagne*, CLI:EU:C:2009:695.

[32] Cf. arrêt de la Cour, 4 octobre 2018, affaire C-416/17, *Commission c. France*, ECLI:EU:C:2018:811.

[33] Cf. p. 22 de la communication.

bitude d'ouvrir des dossiers individuels dans le cas d'une décharge particulière non conforme ou d'une agglomération qui ne se conformait pas à la législation sur les eaux urbaines résiduaires, alors que, désormais, elle se concentre sur les cas systémiques, qui parfois concernent des centaines d'agglomérations dans un seul dossier de traitement des eaux urbaines résiduaires ou à des dizaines de décharges dans des dossiers en matière de déchets.

Cette approche n'est pas entièrement nouvelle. Dans le passé, la Commission, afin de rationaliser la procédure d'infraction, avait « [...] "raggruppato" casi relativi allo stesso settore, avviando procedimenti "orizzontali" al fine di colpire problemi sistemici di cattiva implementazione » [34], mais cette attitude n'était pas systématique, mais plutot « aléatoire ». En d'autres termes, la Commission, au lieu d'ouvrir de multiples procédures sur des cas similaires (par exemple, une procédure pour chaque décharge illégale présente sur le territoire d'un État membre), n'en ouvre qu'une seule en syndiquant un problème « général ». Il s'ensuit que, si la Commission le juge approprié, elle pourra, au fil du temps, « insérer » dans un seul dossier le plus grand nombre de cas. La conséquence fondamentale de cette pratique est que, pour la clôture de la procédure, il ne suffira pas à l'État d'éliminer une seule infraction (relative à un cas spécifique), mais il sera tenu d'éliminer toutes les infractions relatives à un secteur et, surtout, de les prévenir.

Par conséquent, selon la Commission, les cas isolés d'une éventuelle mauvaise application du droit de l'Union, qui ne soulèvent pas de questions de principe générales (telles que la transposition incorrecte d'une directive ou l'entrave à la procédure préjudicielle), l'absence de preuve d'une pratique générale ou de défaillances systémiques, sont traités plus efficacement par les juges nationaux, car ceux-ci peuvent offrir des solutions plus rapides et directes.

En plus, au-delà de la difficulté pour l'institution exécutive de l'UE d'enquêter sur de tels cas sur le terrain et de la longueur d'une procédure d'infraction au niveau de l'UE, la communication d'octobre 2022 souligne qu'un arrêt de la Cour de justice s'adresse à un État membre et ne peut répondre qu'indirectement au problème d'un particulier[35]. Il est bien connu que, la Cour ne peut pas condamner l'État membre à verser des dommages et intérêts à un particulier lésé par une violation du droit de l'Union et, pour demander réparation ou obtenir l'annulation d'une me-

[34] Cf. A. GUAZZAROTTI, *Il contenzioso*, in G. DI COSIMO (eds.), *L'Italia inadempiente. La difficile attuazione del diritto europeo in materia ambientale*, Padova, 2012, p. 191 et suiv., p. 204.

[35] Cf. p. 23 de la communication.

sure nationale, les plaignants doivent en tout état de cause saisir une juridiction nationale. Cependant, cette approche présuppose l'existence de règles nationales prévoyant des procédures de recours efficaces en cas d'infraction au droit de l'Union, au moyen d'un système judiciaire indépendant et efficient.

Cependant, dans la pratique, la Commission ne respecte pas toujours les principes décrits ci-dessus, et leur application est parfois discutable. À cet égard, il peut être utile de présenter quelque cas emblématique dont il ressort que, parfois, la Commission poursuit des infractions que l'on pourrait définir comme minimales et qui, dans la plus parts des cas, concernent des situations individuelles.

On peut citer la procédure no. 2021/2075 « Transposition incomplète de la directive 2013/48/UE relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires », dans laquelle la Commission a contesté aux autorités italiennes de ne pas avoir pleinement mis en œuvre l'art. 5, alinéa 2, de la directive 2013/48/UE[36] – intitulé « Le droit d'informer un tiers de la privation de liberté » – parce qu'il n'avait pas été prévu d'informer un adulte, autre que le parent, de la privation de liberté personnelle d'un enfant, si l'information du parent était contraire aux intérêts de l'enfant. Dans un cas comme celui-ci, où la prévision d'une obligation spécifique, purement détaillée, faisait défaut pour l'essentiel, la Commission, pour se conformer à ses communications, aurait dû considérer que l'ouverture de la procédure n'était pas appropriée.

Il s'agit d'un cas particulier et exemplaire, même si l'on considère que la Commission a clôturé la procédure au début de cette année, bien avant l'accomplissement de l'Italie (qui n'a eu lieu qu'avec le tout récent décret « sauf infractions »[37]). Cette décision, « risquée » puisque l'Italie aurait pu ne pas accomplir à son devoir, n'est pas conforme à la pratique de l'institution qui tend à archiver les procédures au moins après la publication de la loi de réforme au journal officiel.

Enfin, il convient d'observer que l'intention de la Commission de « maximiser les avantages concrets que ses efforts de mise en œuvre et de contrôle de l'application de la législation apportent aux citoyens de l'UE dans leur vie quotidienne » risque d'être contredite par l'application de sa nouvelle stratégie. En effet, l'intention de poursuivre les infractions généralisées, au détriment de celles individuelles, risque de priver les

[36] Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2011, L 294 du 6 novembre 2013.

[37] Décret-loi du 13 juin 2023, no. 69, *GURI* no. 136 du 13 juin 2023.

citoyens de l'action en indemnisation non contractuelle à l'encontre de l'État membre responsable. En revanche, puisque l'arrêt en manquement sur lequel s'appuie le recours en indemnité devant le juge national sanctionne une situation de non-respect généralisé, le requérant peut avoir de la difficulté à prouver l'existence d'un lien de causalité entre l'acte dommageable, imputable à un État membre, et le préjudice subi[38].

4. La sanction pécuniaire à l'épreuve de la proportionnalité

Le dernier point est bien celui de la sanction pécuniaire, somme forfaitaire et astreinte.

Il est évident que le facteur de gravité, qui est pris en compte lors de la quantification de la sanction[39], conduit à des petites sanctions pour des petites violations. Il s'agit également de respecter le principe de proportionnalité.

Par contre, la CJ n'est pas toujours d'accord d'appliquer l'astreinte de manière dégressive. La dégressivité de l'astreinte permet à la CE d'apprécier les efforts au maximum pour l'exécution de l'arrêt de la Cour.

Dans une affaire de recouvrement d'aides d'État, où la dégressivité de l'astreinte en principe s'impose, la CJ a estimé que l'état d'avancement de la récupération des aides en cause était significatif. L'Italie était donc en mesure de parvenir dans un court délai à une exécution complète de la décision de la Commission. Pour ces raisons, la demande de l'Italie à ce que l'astreinte soit dégressive a été rejetée.

Le cas d'espèce est la procédure no. 2012/2202 « Non-recouvrement des aides octroyées en faveur des entreprises sur le territoire de Venise et de Chioggia », qui a pour objet le non-respect de l'ordre de récupération des aides illégalement octroyées, sous forme d'allègements de charges sociales, en faveur des entreprises des territoires de Venise et de Chioggia, constaté par arrêt de la Cour du 6 octobre 2011[40].

---

[38] L'existence d'un arrêt en manquement n'est pas une condition nécessaire à l'action en réparation, cependant « dans l'application des règles internes de procédure, l'existence d'un tel arrêt peut avoir une importance : nous pensons tout particulièrement à la détermination du point de départ des délais de prescription. De plus, l'existence d'un arrêt de manquement devrait permettre d'engager plus facilement la responsabilité de l'État », cf. conclusions de l'avocat général Philippe Léger, 20 juin 1995, affair C-5/94, *The Queen contre Ministry of Agriculture Fisheries and Food. Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, ECLI:EU:C:1995:193, par. 177.

[39] Sur la méthode de calcul des amendes au sens de l'article 260, alinéa 2, TFUE, v. la communication la plus récente en la matière : « *Sanctions pécuniaires dans les procédures d'infraction* », 2023/C 2/01, in *JOUE*, C 2 du 4 janvier 2023, p. 1 et suiv.

[40] Arrêt de la Cour, 6 octobre 2011, affaire C-302/09, *Commission c. Italie*, ECLI:EU:C:2011:634. Cf. aussi la décision 2000/394/CE du 25 novembre 1999 relative

Donc, si le montant à récupérer est faible, l'État membre doit être en mesure de le faire toute de suite dans la foulée. La Cour montre de ne pas considérer que parfois la difficulté de l'exécution arrive à la toute fin du procès : malgré la complexité des cas, les recours de droit national, les suspensions de l'activité de recouvrement, malgré la pandémie, la perception de l'astreinte (80.000 euros par jour) se fait strictement jusqu'au remboursement du dernier centime du capital et des intérêts

A mon avis, dans certains domaines, notamment la récupération d'aides d'état et les violations en matière d'environnement (déchets, qualité des eaux, etc.), on arrive à un certain moment où il y a si peu des choses à réparer, que l'astreinte non dégressive perd inévitablement sa proportionnalité.

Il est possible, par exemple, se référer à la procédure no. 2007/2195 « *Emergenza rifiuti in Campania* ». L'Italie, par arrêt du 16 juillet 2015[41], a été condamnée à une astreinte fixe de 22 millions d'euros par semestre et à une astreinte journalière de 120.000 euros.

Bien que l'affaire ait été particulièrement grave et ait donné lieu à une « crise des déchets »[42] , avec de graves répercussions sur l'environnement et la santé humaine, il est également vrai que le cadre existant au moment de l'imposition de la sanction et la gravité même de la situation en Campanie ont aujourd'hui profondément changés. La sanction imposée par la Cour était en effet liée à la « capacité de traitement des déchets estimée encore nécessaire par la Commission par catégorie d'installations *au jour du prononcé* [2015] du présent arrêt sur la base des données objectives mises à disposition par la République italienne à cette fin dans un délai de 30 jours après la date dudit prononcé » (soulignement ajouté)[43]. Aujourd'hui, le contexte factuel à objectivement changé, notamment en raison de l'approbation en 2016 du nouveau Plan régional de gestion des déchets[44]. Toutefois, la Commission s'est abstenue de se prononcer sur l'adéquation du Plan, se contentant de constater que le système n'était pas encore pleinement opérationnel, ce qui ne justifiait donc pas une réduction de la sanction. En effet, tout en reconnaissant les efforts considérables déployés par

---

aux mesures d'aide en faveur des entreprises dans les territoires de Venise et de Chioggia prévues par les lois no. 30/1997 et no. 206/1995, concernant les allégements de charges sociales (*JOCE*, L 150 du 23 juin 2000, p. 50 et suiv.).

[41] Arrêt de la Cour, 16 juillet 2015, affaire C-653/13, *Commission c. Italie*, ECLI:EU:C:2015:478.

[42] Cf. arrêt de la Cour, 4 mars 2010, affaire C-297/08, *Commission c. Italie*, ECLI:EU:C:2010:115, point 12, commentée par C. FELIZIANI, *The Duty of Member States to Guarantee the Right to a Healthy Environment: A Consideration of European Commission v Italy (C-297/08)*, *JEL*, 2012, p. 535 et suiv.

[43] Cf. arrêt de la Cour, affaire C-653/13, *Commission c. Italie*, cit., point 84.

[44] Délibération no. 685 du 6 décembre 2016, *BURC* no. 85 du 12 décembre 2016.

la Région au cours de ces dernières années (par exemple, l'augmentation de la collecte sélective et la diminution de la mise en décharge), l'institution a estimé que l'infrastructure générale était encore insuffisante.

Ce n'est que récemment que la Commission a (pour la première fois en Italie) accordé une réduction du montant de l'astreinte (qui reste fixe mais d'un montant réduit). Par ailleurs, en raison précisément du changement de scénario factuel, il était indéniable que la sanction avait, au moins dans ce cas spécifique, perdu sa fonctionnalité par rapport à la poursuite des objectifs visés, en imposant à l'Italie un sacrifice économique disproportionné par rapport à la gravité actuelle de la situation, et donc peut-être même illégitime.

Sur la base de ces considérations, il semblerait possible de répondre à une question fondamentale, à savoir si la notion d' « infractions minimales » peut exister dans le cadre de la procédure d'infraction. Si, dans le passé, la réponse pouvait (ou plutôt devait) être négative, aujourd'hui, sur la base de l'analyse qui a été effectuée, il est possible, avec la prudence qui s'impose, de donner une réponse (tendanciellement) positive. Plus la violation est vraisemblablement insignifiante, plus il est probable que la Commission ne la contestera pas. On pourrait donc soutenir que l'absence de « quantité » de l'infraction constitue une sorte de « *de minimis* » dans la procédure d'infraction. Bien entendu, il s'agit d'un manque de pertinence difficilement quantifiable *ex ante* et donc difficilement prévisible. Il faut se rappeler, en effet, que la Commission, hors de ses proclamations de principe, n'est pas toujours cohérente avec ses déclarations et parfois ses choix sont imprévisibles et aléatoires, au détriment, en premier lieu, de la sécurité juridique et du droit de la défense des États membres.

ABSTRACT

La décision de la Commission européenne de poursuivre plus vigoureusement les violations systémiques et généralisées au détriment des violations mineures et individuelles, annoncée en 2017 et confirmée en 2022, conduit à réfléchir à l'application de la règle « *de minimis* » dans le cadre de la procédure d'infraction. L'article a donc pour objet d'analyser les décisions et la pratique de la Commission et d'apprécier si l'extension éventuelle de cette règle à la procédure prévue aux articles 258 et 260 du TFUE peuvent comporter des risques en termes de protection des droits des particuliers, de bon fonctionnement du système juridictionnel et de respect du principe de proportionnalité.

La decisione della Commissione europea di perseguire con maggior vigore le violazioni sistemiche e generalizzate a discapito di quelle minori e "individuali", annunciata nel 2017 e da ultimo confermata nel 2022, induce a riflettere attorno all'applicazione della regola "*de minimis*" nell'ambito della procedura di infrazione. Il contributo si propone, quindi, di analizzare le decisioni e la prassi della Commissione e di valutare se l'eventuale estensione di tale regola al procedimento di cui agli artt. 258 e 260 TFUE possa comportare dei rischi in termini di tutela dei diritti dei privati, corretto funzionamento del sistema giurisdizionale e rispetto del principio di proporzionalità.

The European Commission's decision to prosecute more vigorously systemic and generalized breaches at the expense of minor and individual ones, announced in 2017 and last confirmed in 2022, prompts reflection on the application of the rule "*de minimis*" as part of the infringement procedure. The paper is therefore intended to analyze the decisions and practice of the Commission and to assess whether the possible extension of this rule to the procedure referred to in Articles 258 and 260 TFEU could entail risks in terms of protection of individuals' rights, proper functioning of the judicial system and respect for the principle of proportionality.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

ARTICOLI

UN (POSSIBILE) DIALOGO TRA L'ORDINAMENTO DELL'UNIONE E QUELLO NAZIONALE. LE «CAUSE PILOTA» E IL RINVIO PREGIUDIZIALE AVANTI LA CORTE DI CASSAZIONE

Un (possible) dialogue entre l'UE et le système juridique italien. Les «affaires pilotes» et le mécanisme préjudiciel devant la Cour de cassation italienne

A (potential) conversation between the EU and the Italian legal system. The «pilot case» and the preliminary reference before the Italian Supreme Court

SARA PINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il (nuovo) istituto delle «cause pilota» avanti al Tribunale UE. – 3. (segue): la trattazione delle cause avanti al Tribunale UE tra efficienza del sistema e tutela del principio del contraddittorio. – 4. Il rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di cassazione. – 5. (segue): i presupposti del nuovo art. 363-*bis* c.p.c. – 6. (segue): i rapporti con il rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia. – 7. Le «cause pilota» e l'ordinamento nazionale: una (possibile) applicazione. – 8. Conclusioni.

1. Premessa

Con le modifiche apportate al regolamento di procedura del Tribunale UE, il processo europeo rinnova gli obiettivi di flessibilità, semplificazione e tutela del contraddittorio[1]. La riforma ha introdotto un

* Dottoranda di ricerca in Diritto processuale civile, Università di Bologna.

[1] Cfr. Modifiche del regolamento di procedura del Tribunale del 30 novembre 2022, in *GUUE* L 44, 14.02.2022, p. 8 ss., entrate in vigore il 1° aprile 2023; Modifiche delle norme pratiche di esecuzione del regolamento di procedura del Tribunale, in *GUUE* L 73, 10.03.23, p. 58 ss. Cfr. anche Comunicato n. 58/23, 31.03.2023, in *https://curia.europa.eu*. Sul punto, v. D.P. DOMENICUCCI, *L'intervento di terzi nei ricorsi diretti dinanzi al giudice dell'unione: questioni scelte*, in questa rivista, 2023, p. 40.

In particolare, con la revisione delle RP Trib., il legislatore europeo ha sia riformato alcune previsioni strutturali ed organizzative dell'organo – accogliendo così le esperienze acquisite durante il periodo Covid-19 –, sia introdotto delle novità in materia di trattazione delle cause. Se in merito alle prime, la Corte si è limitata a recepire quanto già sperimentato durante la crisi pandemica,

nuovo articolo nel Titolo III, diretto a regolare il meccanismo delle c.d. cause pilota, già in uso nel processo avanti al Tribunale UE – in materia, tra le altre, di aiuti di Stato – al fine di ottimizzare la durata dei processi e promuovere una «giustizia moderna ed efficiente»[2].

Come sarà evidenziato nelle pagine a seguire, la codificazione del meccanismo delle «causa pilota» si inscrive nel perdurante «sforzo degli organi dell'Unione ad assicurare una tutela giurisdizionale completa, adeguata ed efficace»[3]. La scommessa si fonda sulla possibilità di trasporre il ragionamento giuridico applicato dal Tribunale (ovvero, nell'ambito di un'eventuale impugnazione, dalla Corte di giustizia) nei procedimenti sospesi, realizzando l'effetto indiretto di rafforzare la coerenza della giurisprudenza e l'efficienza del sistema.

A ben vedere, le potenzialità del meccanismo delle «cause pilota» possono rappresentare un'occasione anche per il processo civile.

Si intende dunque in questa sede indagare la (potenziale) estensione della *ratio* ispiratrice di un meccanismo processuale di derivazione europea nell'ambito del nuovo istituto del rinvio pregiudiziale avanti la Corte di cassazione di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. In particolare, si esaminerà la possibile applicazione dello strumento delle «cause pilota» sia avanti al giudice di merito – nei procedimenti concernenti la risoluzione di una medesima questione interpretativa –, sia quando quest'ultima sia comune ad un rinvio pregiudiziale e a un ricorso ordinario pendente avanti la Corte di cassazione.

Ciò non deve stupire, in quanto le istanze deflattive e di uniformità del sistema sono prerogative comuni tanto all'ordinamento nazionale, quanto a quello dell'UE.

2. Il (nuovo) istituto delle «cause pilota» avanti al Tribunale UE

Le recenti modifiche al Regolamento di procedura del Tribunale (RP Trib.) si inseriscono nel quadro di una più ampia stagione di riforme che

---

ridefinendo di conseguenza l'organizzazione delle udienze mediante il ricorso alla videoconferenza, con riferimento alle seconde, la riforma ha portato all'introduzione di due nuovi strumenti: l'«udienza di discussione comune» (cfr. art. 106-*bis*; tale previsione si ispira all'art. 77 RP CG, per la cui analisi si rinvia a M. COURNOT, *sub* art. 77, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea: commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 549) e il meccanismo delle «cause pilota» (cfr. art. 71-*bis*).

[2] La menzionata riforma si pone in continuità con le riforme che hanno precedentemente interessato il regolamento di procedura, il quale negli ultimi vent'anni è stato oggetto di una «vera e propria "ricodificazione"», cfr. CONDINANZI, *Innovazione e continuità alla Corte di giustizia,* in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, p. 13.

[3] C. RASIA, *Il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2016, p. 630.

mira a ridefinire l'architettura del processo avanti alla Corte di giustizia UE[4]. Gli obiettivi di qualità ed efficienza della giustizia hanno caratterizzato (e caratterizzano) le principali linee di riforma del processo dinanzi al giudice dell'UE: ne sono un esempio, come detto, le recenti revisioni al RP Trib.

Si legge nei lavori preparatori che l'obiettivo dell'istituto della «causa pilota» di cui all'art. 71-*bis* è «trattare nel modo più efficiente possibile le cause, e in particolare i gruppi di cause»[5], dando così attuazione al principio di buona amministrazione della giustizia, obiettivo di interesse generale dell'ordinamento dell'UE[6]. Accanto a ciò, lo strumento mira a «garantire la coerenza della giurisprudenza resa dal giudice dell'Unione»[7]: all'efficienza della trattazione sembra dunque accostarsi la volontà di conseguire l'uniforme applicazione del diritto.

Con la riforma, il legislatore europeo sceglie di codificare un meccanismo che nella prassi già trovava applicazione[8]. Infatti, seppure in assenza di una disciplina *ad hoc*, il Tribunale UE perseguiva le finalità proprie della «causa pilota» attraverso l'applicazione combinata dell'art. 68 e degli artt. 69, 70 e 71 RP Trib[9].

---

[4] Per una bibliografia generale sul processo avanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, v. C. RASIA, *Civil procedure in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2022; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea: commento articolo per articolo*, cit.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009.

Per una ricostruzione generale delle principali linee di riforma si veda C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Il giudice dell'Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall'incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano, 2022, *passim*; M. CONDINANZI, *Innovazione e continuità alla Corte di giustizia,* cit., p. 6 ss.; A. ALEMANNO, L. PEC, *Thinking Justice Outside the Docket: A Critical Assessment of the Reform of the EU's Court System,* in *CMLR,* 2017, p. 132 ss.; C. RASIA, *Il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea*, cit., p. 613 ss.

[5] Consiglio dell'Unione europea, *Progetto di modifica del regolamento di procedura del Tribunale*, 5.10.2022, 12697/1/22 REV, disponibile in *https://www.consilium.europa.eu*.

[6] Corte giust., 28 giugno 2012, causa C-404/2010 P, *Commissione c. Èditions Odile Jacob s.a.s. e a*, ECLI:EU:C:2012:393, punto 132; 12 febbraio 2015, causa C-567/13, *Nóra Baczó,* ECLI:EU:C:2015:88, punto 51. In ordine alle istanze di efficientamento, già in questo senso C. RASIA, *Il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea,* cit., p. 631; P. BIAVATI, *Europa e processo civile*, Milano, 2003, p. 121 ss.

[7] Consiglio dell'Unione europea, *Progetto di modifica del regolamento di procedura del Tribunale*, cit.

[8] Dall'analisi delle pronunce del Tribunale si evince che quest'ultimo già ricorreva all'applicazione della procedura pilota prima della riforma del 2023; cfr. ad esempio Trib., 10 febbraio 2021, cause riunite T-345/19, T-346/19, da T-364/19 a T-366/19, da T-372/19 a T-375/19 e T-385/19, *Santini c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:T:2021:78, punto 39. Cfr. anche ordinanza del Vicepresidente della Corte del 17 agosto 2022, causa C-4/22 P(I), *SJM Coordination Center c. Magnetrol International e Commissione*, ECLI:EU:C:2022:626, punto 52.

[9] Tali previsioni disciplinano, da un lato, la riunione e, dall'altro, la sospensione dei processi. Il combinato disposto dei due istituti consentiva al Tribunale di procedere alla trattazione congiunta di più liti aventi il medesimo oggetto, individuando una o più cause quali "pilota" e procedendo alla sospensione delle altre fino al passaggio in giudicato delle prime.

Ai sensi del nuovo art. 71-*bis* RP Trib., in presenza di controversie pendenti che sollevano una medesima questione di diritto, una (o anche più di una) di queste viene individuata come "pilota" e le altre vengono sospese in attesa della definizione della prima. La causa pilota, per espressa previsione normativa, sarà giudicata in via prioritaria rispetto alle altre liti, derogando al loro normale ordine di trattazione.

3. (segue): la trattazione delle cause avanti al Tribunale UE tra efficienza del sistema e tutela del principio del contraddittorio

Venendo ora alla disciplina applicabile alla procedura della "causa pilota" (in prosieguo la "procedura pilota"), l'art. 71-*bis* RP Trib. la descrive nei suoi tratti essenziali, rinviando agli artt. 69, lett. c) e d), 70 e 71, la cui disciplina si deve intendere, per quanto compatibile, richiamata.

La disposizione in esame si occupa tanto dei presupposti applicativi della procedura, quanto dei suoi aspetti dinamici.

Si rileva, innanzitutto, che la trattazione delle controversie secondo la procedura pilota può essere disposta quando: *a)* vi sono più cause pendenti avanti al Tribunale che sollevano la «stessa questione di diritto»; *b)* la loro trattazione parallela appare in contrasto con l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia.

Quanto al punto sub *a)*, la nozione di «stessa questione di diritto», parametro utile per l'identificazione delle controversie assoggettabili alla procedura pilota, è soddisfatto in presenza di una connessione oggettiva tra le liti[10].

Alle medesime conclusioni si approda muovendo dalla lettera degli artt. 27 e 68 RP Trib.[11] che presuppongono una connessione oggettiva tra le distinte liti, ovvero in ragione del *petitum* e della *causa petendi,* tralasciando una connessione meramente soggettiva[12]. In particolare, l'art. 27 RP Trib.

---

[10] Il parametro è anche richiamato all'art. 132 RP Trib. in forza del quale, con ordinanza motivata il Tribunale, sentite le parti, può dichiarare il ricorso manifestamente fondato quando la Corte di giustizia o il Tribunale ha già statuito «su una o più questioni di diritto identiche a quelle sollevate nei motivi di ricorso». Cfr. K. ANDOVÁ, *Commento all'art. 132 RP Trib.,* in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo,* cit., p. 1281 ss.

[11] Cfr. art. 27, par. 2, RP Trib., il quale recita: «per tener conto della connessione di oggetto in determinate cause, il presidente del Tribunale, con decisione motivata e dopo aver consultato i giudici relatori interessati, può riattribuire le cause per consentire a uno stesso giudice relatore di istruire tutte le cause interessate. Qualora il giudice relatore al quale le cause sono riattribuite non appartenga alla sezione alla quale le cause sono state inizialmente attribuite, le cause sono giudicate dalla sezione di cui fa parte il nuovo giudice relatore» e 68, par. 1, in forza del quale «In qualsiasi momento, più cause aventi il medesimo oggetto possono essere riunite per ragioni di connessione, d'ufficio o su domanda di una parte principale, ai fini, alternativamente o cumulativamente, della fase scritta od orale del procedimento o della decisione che definisce il giudizio».

[12] C. RASIA, *Civil procedure in the European Union*, cit., p. 141; P. BIAVATI, *op. cit.*, 2015, p. 213; I. ANRÒ, *sub* art. 68, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del*

prevede che, per tener conto della connessione di oggetto, il presidente del Tribunale può riattribuire le cause per consentire che siano istruite da un medesimo giudice[13]. Ancora, presupposto per l'applicabilità dell'art. 68 è parimenti la sussistenza di «più cause aventi il medesimo oggetto» che potranno, se del caso, essere riunite per ragioni di connessione[14]. Ai fini dell'applicazione dell'art. 71-*bis*, occorre dunque che tra i giudizi vi sia una connessione oggettiva.

Quanto al punto sub *b)*, il Tribunale è anche chiamato a verificare l'ulteriore requisito, ovvero se, nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia, sia opportuno escludere la trattazione parallela delle cause connesse, applicando invece la procedura pilota.

In presenza di una pluralità di giudizi pendenti che sollevano la stessa questione di diritto, si ritiene che la trattazione secondo la procedura pilota sia preferibile rispetto alla trattazione parallela, in quanto più coerente con la *ratio* ispiratrice della riforma, tesa a garantire «una ripartizione equilibrata del carico di lavoro», in adesione al principio di ragionevole durata del processo[15].

Pertanto, verificata la sussistenza dei predetti requisiti, il presidente individua la "causa pilota" – ovvero quella che è più «idonea all'esame di tale questione»[16] – e provvede alla sospensione delle altre.

Trattasi dunque di una valutazione discrezionale operata dal presidente, il quale indentifica una causa come "pilota" mentre la trattazione delle altre connesse sarà sospesa in attesa della definizione del processo relativo alla prima causa.

---

processo, cit., p. 1101 ss.

[13] In ordine all'introduzione dell'art. 27 RP Trib. si veda C. RASIA, *Il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea,* cit., p. 620, ove l'a. precisa che le riattribuzioni di cui all'articolo in commento sono subordinate alla presenza di una connessione oggettiva o dell'interesse ad una buona amministrazione della giustizia che il presidente accerta dopo aver sentito i giudici e i presidenti di sezione interessati.

[14] Come l'art. 68 RP Trib., così anche l'art. 71-*bis* non prevede espressamente che la riunione possa operare solo tra controversie della «medesima natura aventi lo stesso oggetto», come accade invece per la riunione dei giudizi avanti alla Corte di giustizia (cfr. art. 54 RP CG). Sul punto, I. ANRÒ, *sub* art. 68, cit., p. 1102. Pertanto, non sembra potersi escludere che la procedura della "causa pilota" potrà trovare applicazione anche laddove la «stessa questione di diritto» sorga nell'ambito di procedimenti aventi tra loro distinta natura.

[15] Cfr. Corte giust., 2 ottobre 2014, causa C-127/13, *Strack c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2250, punto 50-52, richiamata in C. RASIA, *Il nuovo regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione europea,* cit., p. 620, spec. note 19-20, ove l'a. afferma che «secondo la Corte, la riassegnazione di una causa, nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia e di ripartizione equilibrata del carico di lavoro, persegue l'obiettivo di trattare le cause entro un termine ragionevole, conformemente all'art. 47, 2° c., della Carta dei diritti fondamentali».

[16] Non vi sono precisi indici in ordine alla determinazione dell'"idoneità" del giudizio a costituire la "causa pilota". In via di prima approssimazione, si può ritenere che il presidente indentificherà come pilota la causa che presenta la minore complessità sotto il profilo soggettivo ovvero quella che include il più ampio numero di motivi di ricorso allo scopo di fornire una risposta esaustiva che inglobi ogni possibile censura invocata dai ricorrenti nelle cause sospese.

La sospensione è pronunciata, ai sensi dell'art. 69 lett. c) e lett. d) RP, d'ufficio ovvero su domanda di una parte principale con l'accordo espresso dell'altra parte o, in altri casi particolari, qualora lo richieda il principio di buona amministrazione. La domanda deve essere presentata – in assenza di un termine concordato – in «tempo utile», ossia «prima della pronuncia della sentenza, al fine di consentire una efficace amministrazione della giustizia»[17].

Alla sospensione provvede il presidente della sezione avanti alla quale pendono la pluralità di giudizi concernenti la medesima questione di diritto, ovvero, se pendenti avanti a diverse sezioni, il presidente del Tribunale[18].

Prima di pronunciarsi, il presidente invita le parti principali nei giudizi in cui il processo può essere sospeso a presentare osservazioni in merito all'eventuale sospensione della lite indicando «a tali parti la questione di diritto di cui trattasi e la causa che può essere individuata come causa pilota»[19].

Tale facoltà può essere esercitata solo dalle parti principali dei procedimenti che saranno sospesi in applicazione della procedura pilota, nel rispetto del principio del contraddittorio e dell'equo processo. Lo stesso non accade invece per le parti del processo "pilota" per le quali non è prevista la possibilità di proporre osservazioni, in quanto quest'ultime beneficiano solamente della trattazione prioritaria prevista dall'art. 71-*bis*, par. 3, senza subire le conseguenze della decisione pilota.

A presidio dell'effettività della tutela giurisdizionale, le parti possono dunque prendere posizione sulla "questione di diritto" come circoscritta e indicata loro dal presidente, nonché sull'"idoneità" della lite individuata come pilota. Si osserva tuttavia che in caso di mancato accoglimento della predetta istanza, la parte non dispone di alcun rimedio per censurare la pronuncia sulla sospensione in quanto quest'ultima non è impugnabile[20].

Il par. 1 della norma in commento prevede inoltre che i procedimenti rimangono sospesi sino alla «definizione della causa pilota». È dunque rimessa al presidente la fissazione di un termine corrispondente alla definizione della controversia, che, a seconda del singolo caso, può corrispondere alla pronuncia o al passaggio in giudicato della stessa[21].

---

[17] I. ANRÒ, *sub* art. 70, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo,* cit., p. 1112, ove l'a. evidenzia che, secondo Corte giust., 20 ottobre 2011, causa C-67/11 P, *DTL Corporaciòn SL c. UAMI*, ECLI:EU:C:2011:683, punto 35, la domanda non è presentata in tempo utile quando perviene al Tribunale poco prima della pronuncia della sentenza.

[18] I. ANRÒ, *op. cit.*

[19] I. ANRÒ, *op. cit.*

[20] Cfr. art. 70 RP Trib., v. P. BIAVATI, *op. cit.*, 2015, p. 325.

[21] Cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Progetto di modifica del regolamento di procedura del Tribunale*, cit.

Si osserva da ultimo che l'esigenza di garantire l'effettiva esplicazione delle garanzie difensive permea l'intero processo, e dunque anche la fase conclusiva e le conseguenze che quest'ultima produce nei giudizi sospesi. Sulla scorta di tale obiettivo, in sede di riassunzione del processo, le parti nelle liti sospese hanno la facoltà di presentare le loro osservazioni riguardo alla decisione emessa nella causa pilota e riguardo alle conseguenze di tale decisione su quella sospesa[22].

4. Il rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di cassazione

Con l'introduzione del rinvio pregiudiziale avanti la Corte di cassazione di cui all'art. 363-*bis* c.p.c., il legislatore nazionale coniuga agli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo da un lato, e al rafforzamento della funzione nomofilattica dall'altro[23].

Il nuovo istituto consente al giudice di merito di sospendere il giudizio e di sottoporre direttamente alla Corte di cassazione la questione di diritto sulla quale si deve pronunciare e sulla quale ha preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti. In altri termini, diversamente dal ricorso per cassazione nell'interesse della legge di cui all'art. 363 c.p.c., l'enunciazione del principio di diritto su una nuova questione è rimessa all'attenzione della Corte in via preventiva[24].

---

[22] Cfr. art. 71-*bis*, par. 3, RP Trib.

[23] L'istituto in esame è introdotto in attuazione dell'art. 1, 9° c., lett. g), della Legge 23 luglio 2021, n. 106, Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, in *GURI* n. 176, 24.07.2021.

La sintesi tra funzione nomofilattica e celerità si inquadra nello spirito deflattivo dell'intera riforma che mira a restituire efficienza al processo civile. Ciò emerge chiaramente nella Relazione della Commissione incaricata per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi (c.d. "Commissione Luiso"), laddove si è affermato che l'obiettivo è «permettere che la Cassazione affermi celermente, prevenendo un probabile contenzioso su una normativa nuova o sulla quale non si è ancora pronunziata la giurisprudenza di legittimità, una regola ermeneutica chiara, capace di fornire indirizzi per il futuro ai tribunali di merito», in *Proposte normative e note illustrative,* 24.5.2021, in *www.giustizia.it,* p. 73.

In argomento, F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione,* in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pisa, 2023, pp. 525-526; A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo,* in *Judicium,* 21 dicembre 2022, pubblicato anche in *Il Proc.,* 2022, p. 949; A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa",* in *Giur. it.,* 2023, pp. 467-468.

In via generale, per la trattazione del nuovo art. 363-*bis* c.p.c. si rinvia a F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile,* Milano, 2023, p. 192 ss.; F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit, p. 524 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, II ed., 2023, p. 278 ss.; M.A. COMASTRI, *La pregiudiziale interpretativa innanzi alla corte di cassazione,* in C. CECCHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma,* Bologna, 2023, p. 141 ss.; A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa",* cit., p. 467 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* in *Il proc.*, 2023, p. 51 ss.; A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione,* cit., p. 947 ss.

[24] B. CAPPONI, *La Corte di Cassazione e la «nomofilachia» (a proposito dell'art. 363 c.p.c.)*, in *Riv. trim.*

La novità risiede dunque nell'anticipazione della risoluzione dell'incertezza interpretativa, «senza attendere che un caso giunga alla sua attenzione attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, mentre nell'attesa si formano letture contrastanti»[25].

Il risultato è l'attribuzione di una funzione ermeneutica ad un giudice diverso rispetto a quello che deve trarne le conseguenze applicative nel caso concreto[26], con l'obiettivo di ovviare alla lentezza nella formazione di orientamenti chiari su questioni di diritto controverse.

La ricerca di un bilanciamento tra le predette esigenze che animano la disciplina del nuovo istituto rischia di pregiudicare l'efficacia stessa dello strumento[27].

Anche a prescindere da situazioni patologiche, è stato evidenziato che il recupero di efficienza del processo sarebbe frustrato dall'aumento del carico di lavoro della Corte di cassazione, nonché dall'allungamento della durata del giudizio di merito[28].

---

dir. e proc. civ., 2020, p. 405 ss.; M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.,* in *Riv. dir. proc.,* 2013, p. 32 ss.; A. BRIGUGLIO, *Commento all'art. 363,* in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione,* Padova, I ed., 2009, p. 110 ss.

[25] C.V. GIABARDO, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione nel progetto di riforma del Codice di procedura civile,* in *Giustizia Insieme,* 22 giugno 2021. Con ciò si accoglie quanto auspicato in P. BIAVATI, *Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria*, in *Giustizia Insieme*, par. 6, in ordine alla necessità di anticipare la risposta della Corte di cassazione rispetto alla risoluzione di questioni "seriali", ovvero di significativa rilevanza sul piano economico-sociale, come nel caso dell'interpretazione dell'art. 1218 c.c. nel quadro della crisi pandemica, al quale l'a. più specificamente si riferisce nel suo scritto.

[26] Sulla natura di «rinvio pregiudiziale interpretativo» e la conseguente funzione consultiva si veda A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, cit., pp. 947-948.

[27] Ed infatti, seppure l'introduzione dell'istituto sia in via generale accolta con favore e si collochi in continuità con le linee di riforma dell'architettura del processo civile, non manca tuttavia chi ha evidenziato l'insorgere di inconvenienti pratici. Si veda A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363-bis c.p.c. – Prima Puntata*, in *Judicium*, 6 giugno 2023, par. 1. Sul punto anche G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Bari, 2022, pp. 256-257; F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., p. 527 ss.

Ad avviso di certa dottrina, l'introduzione dell'istituto determinerebbe una deresponsabilizzazione del giudice *a quo*, che potrebbe sottrarsi discrezionalmente alla decisione della questione sottoposta al suo esame e rimetterla al giudice di legittimità. Il giudice di merito potrebbe dunque spogliarsi della decisione rimettendo la risoluzione della questione interpretativa (che risolve – parzialmente o totalmente – la questione a lui sottoposta) alla Corte di cassazione, con pregiudizio all'efficienza del processo. Cfr. B. CAPPONI, A. PANZAROLA, *Questioni e dubbi sulle novità del giudizio di legittimità secondo gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII (breve contributo al dibattito),* in *Giustizia Insieme*, 21 maggio 2021; F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., p. 527.

[28] B. CAPPONI, *Prime note sul maxi-emendamento al d.d.l. n. 1662/S/XVIII*, cit., par. 5; F. BARBIERI, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in cassazione: il giudice di merito* superiorem recognoscens, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, p. 369 ss.

A ciò si aggiunga che la sospensione disposta dal giudice *a quo* determina di per sé un aumento della durata del processo, senza peraltro escludere una possibile impugnazione del provvedimento pronunciato a seguito del rinvio pregiudiziale. Invero, si osserva che, posto il carattere vincolante

Se è vero che l'introduzione di un meccanismo preventivo rafforza la funzione nomofilattica, si è osservato che l'attribuzione di nuove competenze alla Corte conduce ad un inevitabile aggravio della sua attività, con possibili ripercussioni sulla durata dei ricorsi proposti e dunque in contrasto con lo «spirito deflazionistico e acceleratorio»[29] dell'istituto.

Peraltro, gli effetti pregiudizievoli conseguenti all'introduzione dell'istituto riguarderebbero non solo l'assetto organizzativo della Corte ma anche quello funzionale.

Vi è chi sostiene che si assista ad un "accentramento verticistico" della funzione nomofilattica, che sottovaluta il ruolo della giurisprudenza di merito nella formazione degli orientamenti giurisprudenziali[30]. Al contempo, l'effettività della funzione sarebbe vanificata dall'assenza nel nostro ordinamento del principio della vincolatività del precedente giudiziario.

Certo è che la valorizzazione della "nomofilachia" passa attraverso l'attribuzione di un potere preventivo ed immediato in capo alla Corte di cassazione, che vincola il giudice di merito all'osservanza dell'interpretazione offerta dal giudice di legittimità.

5. (segue): i presupposti del nuovo art. 363-*bis* c.p.c.

In breve, l'attivazione del meccanismo in esame presuppone la sussistenza di una questione di diritto, sia questa sostanziale ovvero processuale[31], *a)* che sia necessaria alla definizione anche parziale del giudizio; *b)* non sia ancora risolta dalla Corte di cassazione[32]; *c)* presenti

---

della pronuncia pregiudiziale, il mancato adeguamento al principio enucleato dalla Corte da parte del giudice *a quo* genera un vizio denunciabile in appello e in cassazione come nel caso della mancata conformazione al principio di cui all'art. 384, 2° c., c.p.c. Cfr. A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa",* cit., p. 472; F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., p. 540. Sulla portata della decisione interpretativa della Corte di cassazione e sull'estensione del vaglio del giudice in sede di impugnazione, si veda E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 73 ss.

[29] F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., p. 527.

[30] M. GATTUSO, *La riforma governativa del primo grado: il rischio di un suo fallimento e alcune proposte alternative,* in *Questione Giustizia*, 2021, p. 10, ove l'a. afferma che la centralità assunta dalla giurisprudenza di legittimità «rischia di sacrificare, sull'altare della speditezza e dell'efficienza (peraltro con risultati assai dubbi, a partire dal rischio di sospensione del processo ogniqualvolta il giudice pensi, a ragione o a torto, di avere dinnanzi una questione giuridica complessa), l'altrettanto rilevante esigenza di un diritto aderente alla evoluzione della realtà sociale e economica».

[31] Sul punto, E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 59; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, II ed., 2023, pp. 278-279; F.P. LUISO, *op. cit.*, 2023, pp. 194-195.

[32] Ne consegue che è da escludersi l'ammissibilità di un rinvio pregiudiziale per mere ragioni di nomofilachia: il requisito è soddisfatto solo laddove la questione interpretativa costituisca un antecedente logico rispetto alla decisione della causa principale. Sul punto, si veda A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia*, in *Giustizia Insieme,* par. 2, ove l'a. definisce il rinvio pregiudiziale con una «nuova occasione di nomofilachia a portata di

gravi difficoltà interpretative; e, *d)* da ultimo, che sia suscettibile di porsi in numerosi giudizi.

Tali presupposti hanno natura concorrente, sicché l'ammissibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione è subordinata al soddisfacimento dei requisiti della "serialità", della attitudine della questione alla definizione (anche parziale) del giudizio, nonché della sua novità e gravità[33].

Il giudice di merito sospende con ordinanza il suo giudizio e si rivolge al giudice di legittimità per la risoluzione di una questione interpretativa di diritto quando questa sia «necessaria alla definizione anche parziale del giudizio». In altri termini, l'art. 363-*bis*, 1° c., n. 1 c.p.c. esclude un rinvio per mere ragioni di nomofilachia[34].

La questione rimessa al giudice di legittimità deve rappresentare un antecedente logico rispetto alla decisione (totale o parziale) della causa principale, sicché la risoluzione della *quaestio* interpretativa è condizione necessaria ai fini dell'emanazione della decisione.

Unitamente alla "necessarietà", l'ammissibilità è subordinata al requisito della "novità" della questione interpretativa.

Tale requisito deve essere inteso in senso ampio[35], pertanto la questione è certamente "nuova" quando è relativa ad una normativa di recente emanazione. Tuttavia, si considera tale anche quando la questione non è stata ancora portata all'attenzione dalla Corte di cassazione: diversamente, se la Corte si è già pronunciata, sussiste un precedente e dunque il rinvio pregiudiziale non ha alcuna utilità. Ed infatti, laddove ne venisse ammessa la proposizione in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il rinvio «si risolverebbe in un anomalo

---

mano».

[33] Quanto ai presupposti applicativi dell'art. 363-*bis* c.p.c., si rinvia a E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 59 ss.; F. SANTAGATA, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.,* cit., p. 530 ss.; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 192 ss.

Ci si limita a ripercorrere qui brevemente la disciplina processuale applicabile, dedicando invece l'attenzione ai presupposti applicativi dell'istituto. Si osserva che il procedimento incidentale prende avviso con l'ordinanza del giudice *a quo*, che dovrà mostrare la sussistenza dei presupposti di legge, e, in particolare, far emergere le possibili opzioni interpretative, dando così atto della novità e – soprattutto – della difficoltà interpretativa. L'ordinanza è immediatamente trasmessa alla Corte di cassazione e il processo viene sospeso, salvo il compimento di atti urgenti e delle attività istruttorie non dipendenti dalla soluzione della questione pregiudiziale. Ai sensi del 3° c. della disposizione in esame, il Primo presidente della Corte di cassazione, ricevuta l'ordinanza, effettua un vaglio di ammissibilità, assegnando – in caso di esito affermativo – la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice che procedono all'enunciazione del principio di diritto a norma dell'art. 363-*bis* c.p.c. Al contrario, se dichiara l'inammissibilità del rinvio, la questione ritorna al giudice a *quo*.

[34] Al pari del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di cui all'art. 267 TFUE, ovvero del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

[35] *Proposte normative e note illustrative,* cit., p. 73.

meccanismo di revisione dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità»[36].

Tale presupposto si lega con quello della "grave difficoltà interpretativa" di cui all'art. 363-*bis,* n. 2, c.p.c., sicché la questione è nuova anche in presenza di divergenti opinioni interpretative[37]. Ne consegue che l'interpretazione della norma rilevante ai fini della decisione deve sollevare dubbi che non siano facilmente risolvibili. Il requisito di cui all'art. 363-*bis*, n. 2, c.p.c. non dispensa il giudice di merito dall'onere di interpretare la norma e dunque di ricercare tra le «diverse interpretazioni possibili»[38] quella che appare più confacente rispetto al caso concreto. Laddove questo non fosse possibile, senza celare il timore di certa dottrina verso una (potenziale) «deresponsabilizzazione» del giudice[39], il rinvio pregiudiziale promosso dal giudice di merito sarà ammissibile.

Il quadro si completa con il presupposto della "serialità giudiziaria" della questione, ovvero la sua attitudine a riproporsi in una pluralità di casi, non esaurendosi nella singola fattispecie sottoposta al giudice *a quo*[40].

La serialità, unitamente ai predetti principi, costituisce un parametro per il giudice di merito ai fini della proposizione del rinvio, imponendo a quest'ultimo di verificare se tale questione si ponga o meno in altri processi. Al contempo, i predetti principi rappresentano un limite all'ammissibilità del rinvio, che sarà soggetto al vaglio da parte del Primo presidente della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 363-*bis,* 2° c., c.p.c.

Tuttavia, il suo accertamento non è agevole in quanto – come è stato osservato – [41], non è chiaro quale sia il parametro per verificare se la

---

[36] L. SALVATO, *Verso la riforma del processo tributario: il "rinvio pregiudiziale" ed il ricorso del P.G. nell'interesse della legge,* in *Giustizia Insieme*, 19 luglio 2021, par. 3.1.

[37] A titolo esemplificativo, si consideri l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 31 maggio 2023 del Tribunale di Treviso, rel. dott. Barbazza, in merito alla questione del cumulo della domanda congiunta di separazione e divorzio, in *https://www.cortedicassazione.it*. Argomentando sulla "difficoltà interpretativa" della questione, il Tribunale di Treviso ricostruisce il complesso degli orientamenti giurisprudenziali in relazione alla questione controversa, evidenziando che «i Tribunali di merito hanno condiviso soluzioni contrastanti oppure si sono riservati di adottare ulteriori provvedimenti in tema, ritenendo che allo stato attuale "gli orientamenti dei Tribunali non appaiono sufficientemente stabilizzati" (cfr. nota del Tribunale di Macerata del 21 aprile 2023)».

[38] A. GRAZIOSI, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione*, in *Judicium,* 2022.

[39] B. CAPPONI, A. PANZAROLA, *Questioni e dubbi sulle novità del giudizio di legittimità secondo gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII (breve contributo al dibattito),* cit.

[40] In particolare, in ordine alla "serialità", si veda F. SANTAGATA, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.,* in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., pp. 533-534.

[41] E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., pp. 62-63; F. SANTAGATA, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.,* cit., pp. 533-534. Le autrici evidenziano che le medesime difficoltà sono segnalate anche con riferimento alla *saisine* francese: in particolare, ciò emerge dal *Rapport de la Commission de rèflexion sul la Cour di Cassation 2030*, luglio 2021, in *www.courdecassation.fr,* p. 55, ove si afferma che «*il est très difficile pour un juge de savoir si la question qu'il souhaite prèsenter se pose dans beaucoup d'autres affaires*». *Contra* A. GRAZIOSI, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione nell'anno 2022,* cit., p. 19, ove l'a. afferma che si tratta di una valutazione basata su riscontri empirici e aventi carattere complesso.

questione sia suscettibile di proporsi in numerose controversie. Ebbene, i giudici di merito e la Corte di cassazione non dispongono di univoci dati statistici in ordine al carattere "seriale": da qui il rischio che la valutazione della Corte si traduca in una verifica discrezionale o, addirittura, una «scelta di politica giudiziaria del Primo Presidente»[42].

Il procedimento si conclude con l'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte, espressamente previsto come vincolante nel giudizio da cui si è originato il rinvio[43]. Ne consegue che, qualora la questione venga rimessa al giudice di legittimità dal giudice di primo grado, il principio di diritto dovrebbe essere vincolante non solo per il giudice che, ritenuti sussistenti i presupposti di legge, ha deciso di sollevare la questione pregiudiziale, ma anche nei confronti del giudice di secondo grado, seppure quest'ultimo non abbia effettuato alcun vaglio in ordine ai requisiti di ammissibilità di cui all'art. 363-*bis* c.p.c.

Allo stesso modo, in caso di estinzione del giudizio, il vincolo si estende anche al nuovo processo instaurato tra le stesse parti, con la riproposizione della medesima domanda.

6. (segue): i rapporti con il rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia

Secondo parte della dottrina, l'istituto del rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. sembra evocare quello avanti alla Corte di giustizia[44].

---

[42] A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, cit., par. 4, ove l'a. prospetta che il requisito della "serialità" possa essere inteso – secondo una concezione funzionale – quale "numerosità", ovvero «andrebbe intesa con riguardo ad una "serie" omogenea e cioè ad un rilevante settore di contenzioso con connotazioni sostanziali e "di merito" identiche, solo in tal caso – e perfino a protezione della stessa Suprema Corte da un aumento futuro del carico di lavoro in sede impugnatoria – giustificandosi la momentanea compressione sospensiva delle esigenze di tutela dei singoli nel giudizio a quo».

In F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile,* cit., p. 194, la nozione di "serialità" o, più precisamente, il fatto che la questione possa porsi in numerosi giudizi viene associato alla generalità ed astrattezza delle norme.

[43] A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa",* cit., pp. 470-471; F. SANTAGATA, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.*, cit., p. 539 ss., spec. 541, ove si evidenzia che il vincolo sul procedimento, per quanto di rilievo, non è assimilabile a quello che deriva dal giudicato.

Altro è il tema degli effetti della pronuncia pregiudiziale sugli eventuali procedimenti pendenti nell'ambito dei quali viene in rilievo la medesima questione di diritto che risulta, alla luce del dato letterale, escluso. Sul punto, E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 66, ove l'a. evidenzia che *prima facie* appare opportuno porre i predetti giudizi in uno stato di quiescenza, senonché ciò può risultare in contrasto con le istanze di efficientamento del sistema; A. GRAZIOSI, *Note sulla riforma del giudizio in cassazione nell'anno 2022,* cit., p. 16, che ritiene perseguibile l'obiettivo solo se, unitamente ad un intervento procedurale, sia rafforzato il valore del precedente e ripensare il ruolo stesso della Corte di cassazione.

[44] In relazione al rapporto tra art. 363-*bis* c.p.c. e 267 TFUE si veda A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa",* cit., p. 467 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il*

Non c'è dubbio che si possano individuare nel nuovo istituto introdotto nel codice di rito alcuni elementi comuni al rinvio pregiudiziale disciplinato dal diritto UE.

Innanzitutto, entrambi gli strumenti di rinvio hanno in comune il carattere facoltativo[45]: il giudice di merito può – e non deve – rinviare la questione, rispettivamente, alla Corte di cassazione ovvero ai giudici di Lussemburgo.

In secondo luogo, come nel caso del rinvio pregiudiziale di cassazione, il rinvio alla Corte di giustizia serve a «fornire l'interpretazione degli atti normativi oggetto di applicazione da parte di altri giudici»[46]. La questione interpretativa deve essere rilevante ai fini della definizione del giudizio: il che significa che il giudice del rinvio potrà rivolgersi rispettivamente alla Cassazione ovvero alla Corte di giustizia solamente laddove la sua risoluzione sia necessaria ai fini della definizione – anche solo parziale – del processo[47].

I due modelli trovano un punto di incontro anche in ordine alla "vincolatività" della pronuncia nel giudizio dove il rinvio ha avuto origine. Come nel caso dell'istituto dell'art. 363-*bis* c.p.c., la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che la pronuncia pregiudiziale vincola il giudice *a quo* nella definizione della controversia avanti a lui pendente[48].

Tuttavia, seppure sussistano punti di contatto tra la normativa europea e quella nazionale, il rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c. si allontana dallo strumento europeo per il profilo della serialità, che costituisce un presupposto indefettibile dello strumento italiano, avvicinandolo invece allo strumento di nomofilachia francese della *saisine*

---

rinvio pregiudiziale in Cassazione, cit., p. 61; F. SANTAGATA, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.,* cit., p. 528 e nota 12.

In via generale, in ordine alla disciplina del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, da intendersi come «architrave, pilastro o pietra miliare del sistema giuridico dell'Unione» così in B. NASCIMBENE, P. DE PASQUALE, *Il diritto dell'unione europea e il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale,* in *rivista.eurojus.it*, 2023, p. 5 ss., si veda F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020; R. MASTROIANNI, A. MAFFEO, *Commento all'art. 23*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea: commento articolo per articolo*, cit., p. 125 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 186 ss.; B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia,* in *Riv. it. dir. pubb. com.,* 2009, p. 1675 ss.; C. RASIA, *Civil procedure in the European Union,* cit., p. 66 ss.

[45] Ai sensi dell'art. 267, 3° c., TFUE l'obbligo di rinviare la questione alla Corte di giustizia sussiste infatti solo in capo al giudice di ultima istanza, ovvero quando la questione è sollevata in un giudizio pendente davanti a un «organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno».

[46] Così A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa"*, cit., p. 469.

[47] Cfr. *retro* par. 5.

[48] Cfr. *ex multis* Corte giust., 15 marzo 2017, causa C-13/16, *Aquino* c. *Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2017:209, punto 34.

pour avis, del quale a ben vedere è la copia quasi perfetta, se non per la mancanza di vincolatività della decisione di merito[49].

Tale profilo caratterizza il perimetro di ammissibilità del rinvio nazionale e non trova riscontro nel meccanismo dialogico che lega il giudice nazionale alla Corte di giustizia.

Ed infatti, ai fini della proponibilità del rinvio pregiudiziale, la Corte di Lussemburgo non è tenuta a verificare che la questione sia suscettibile di porsi in numerose e future controversie[50].

Nemmeno l'art. 99 RP CG stabilisce tale requisito per l'applicazione della procedura semplificata di trattazione del procedimento pregiudiziale, nonostante ritenga fondamentale quello della non novità della questione pregiudiziale, che si considera integrato quando questa sia «identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio»[51].

Ciò a dimostrazione che la potenziale serialità non è elemento caratterizzante il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, né tale da accelerare la trattazione del procedimento avanti alla Corte.

Pertanto, non mi sembra condivisibile quanto sostenuto da parte della dottrina la quale, prescindendo dall'espressa presa di posizione della Commissione Luiso, che lo associa al predetto modello francese[52], ritiene

---

[49] La relazione illustrativa espressamente rinvia al modello francese della *saisine pour avis de la Cour de cassation en matière civile,* disciplinato dagli artt. 441-1 ss. del *Code de l'Organisation Judiciaire (COJ)* e dagli artt. 1031-1 a 1031-7 del *Nouveau Code de Procédure civile (NCPC)*; cfr. anche *Proposte normative e note illustrative,* cit., p. 73. In ordine all'istituto francese di nomofilachia preventiva, cfr. C. SILVESTRI, *La saisine povis della Cour de Cassation,* in *Riv. dir. civ.,* 1998, p. 495 ss.; L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile,* Torino, 2018, p. 94 ss., nonché E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 53 e F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., pp. 529-530, spec. nota 18 e bibliografia ivi citata.

Tuttavia, come detto, non mancano assonanze con altri istituti vigenti nel nostro ordinamento, ovvero la questione di legittimità costituzionale, l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi di cui all'art. 420-*bis* c.p.c., il meccanismo introdotto dal Protocollo 16 addizionale alla CEDU. Cfr. F. SANTAGATA, *Rinvio pregiudiziale in cassazione*, cit., pp. 528-530; E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo,* Torino, 2022, p. 73 ss.

[50] Al contrario, come è stato evidenziato, in forza dell'art. 363-*bis* c.p.c. il Primo presidente dichiarerà inammissibile il rinvio, laddove sulla medesima questione i giudici di legittimità si siano già pronunciati; cfr. par. 5.

[51] Art. 99 RP CG, ove si afferma che «Quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata». R. SCHIANO, *La procedura del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, cit., p. 191; J. INGHELRAM, *Commento all'art. 99*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea: commento articolo per articolo*, cit., p. 625 ss.

[52] *Proposte normative e note illustrative*, cit., p. 73.

l'istituto di cui all'art. 363-*bis* c.p.c. maggiormente affine al modello di rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia[53].

Da qui l'impossibilità di giungere ad una completa sovrapposizione tra i due istituti, pur sussistendo profili comuni alle due discipline.

7. Le «cause pilota» e l'ordinamento nazionale: una (possibile) applicazione

È di tutta evidenza che, con l'introduzione del rinvio pregiudiziale avanti la Corte di cassazione, il legislatore intende ridurre i contrasti giurisprudenziali e, di conseguenza, il contenzioso seriale in materia civile.

Come è stato detto, la disciplina introdotta nel nuovo 363-*bis* c.p.c. mira, da un lato, a contrastare il rischio di una «indiscriminata attivazione del rimedio»[54] – e così l'aumento delle pendenze, invece che la loro riduzione – e dall'altro, a valorizzare la funzione nomofilattica[55].

Nella Relazione della Commissione Luiso[56], si legge che l'art. 363-*bis* è «uno strumento di nomofilachia» che conduce all'adozione di un autorevole precedente nel sistema di riferimento, non esaurendosi di conseguenza nella singola fattispecie.

La sua implementazione, perché sia effettiva, richiede un esercizio cauto dello strumento[57], per assicurare la qualità e dunque l'autorevolezza delle decisioni pronunciate dalla Corte di cassazione[58], ovvero che lo strumento si traduca in un inutile aggravio dell'attività della Corte.

Esigenze principalmente deflattive e di uniformità del sistema hanno invece condotto il legislatore europeo a ricorrere alla suesposta procedura pilota. Si è detto infatti che tale procedura intende «garantire la coerenza della giurisprudenza resa dal giudice dell'Unione»[59] e lo fa attraverso l'introduzione sul piano normativo di un meccanismo che consente

---

[53] A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa"*, cit., p. 473.

[54] F. DE STEFANO, *La riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21*, in *Giustizia Insieme*, 13 dicembre 2021, par. 4.5.

[55] E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., pp. 52-53; G. COSTANTINO, *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Bari, 2022, p. 257.

[56] *Proposte normative e note illustrative*, cit., p. 73. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 192.

[57] Allo stato è ancora prematuro effettuare una valutazione complessiva circa l'approccio adottato dai giudici di merito e degli orientamenti in tema di vaglio di ammissibilità da parte del primo presidente della Corte di cassazione. Tuttavia, come agevolmente verificabile (cfr. *https://www.cortedicassazione.it*), il numero di rinvii pregiudiziali proposti non è trascurabile.

[58] E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 75, in cui l'a. rivolge lo sguardo al modello francese, il quale – come detto – costituisce un parametro di riferimento per il legislatore nazionale. Cfr. *retro* par. 4; F. SANTAGATA, *Commento all'art. 363-bis c.p.c.,* cit., p. 541, ove l'a. auspica che il rinvio sia limitato alle disposizioni caratterizzate da un elevato tecnicismo.

[59] Cfr. *retro* par. 2.

l'efficiente trattazione delle cause nel rispetto del principio di buona amministrazione della giustizia.

Nonostante le peculiarità dello strumento, mi sembra che il meccanismo delle «cause pilota» possa trovare spazio anche nel nostro processo civile.

Più precisamente, nell'architettura del nuovo istituto del rinvio pregiudiziale avanti alla Corte di cassazione, ritengo che l'istituto della «cause pilota» ora formalizzato nel RP Trib. possa costituire un modello da utilizzare anche nel nostro ordinamento.

Ad avviso di chi scrive, la *ratio* della procedura pilota può acquisire rilevanza nell'ambito della disciplina del rinvio pregiudiziale *ex* art. 363-*bis* c.p.c., sia avanti al giudice di merito nell'ambito dei procedimenti aventi ad oggetto la risoluzione di una medesima questione interpretativa, sia quando quest'ultima sia comune ad un rinvio pregiudiziale e a un ricorso ordinario pendente avanti la Corte di cassazione.

In particolare, quanto alla prima ipotesi, il meccanismo della procedura pilota potrebbe trovare applicazione quando avanti al medesimo Ufficio giudiziario siano pendenti più procedimenti nell'ambito dei quali si sollevi la «stessa questione di diritto». Il meccanismo delle cause pilota potrebbe qui operare quale strumento di coordinamento, favorendo l'affermazione di un orientamento unitario. Ciò presupporrebbe la piena conoscenza da parte del presidente del Tribunale, ovvero del presidente di sezione[60] delle controversie (*rectius* delle questioni interpretative) pendenti avanti i singoli giudici. Tale risultato potrebbe essere raggiunto, per esempio, attraverso delle riunioni di coordinamento, previste dall'art. 47-*quater* O.G.[61].

Quanto alla seconda ipotesi prospettata, il tema non è nuovo. In relazione all'istituto francese della *saisine pour avis*[62], la giurisprudenza d'oltralpe[63] si è espressa per l'inammissibilità del rinvio pregiudiziale laddove fosse già pendente un ricorso ordinario in relazione alla medesima questione.

---

[60] Cfr. art. 168-*bis,* 1° c., c.p.c., nelle ipotesi in cui il Tribunale sia diviso in più sezioni.

[61] Tali difficoltà non sembrano essere superate dalla previsione di cui all'art. 47-*quater* c.p.c., Regio Decreto n. 12 del 30 gennaio 1941, in forza del quale: «1. Il presidente di sezione, oltre a svolgere il lavoro giudiziario, dirige la sezione cui è assegnato e, in particolare, sorveglia l'andamento dei servizi di cancelleria ed ausiliari, distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione. Collabora, altresì, con il presidente del tribunale nell'attività di direzione dell'ufficio. 2. Con le tabelle formate ai sensi dell'articolo 7-*bis*, al presidente di sezione può essere attribuito l'incarico di dirigere più sezioni che trattano materie omogenee, ovvero di coordinare uno o più settori di attività dell'ufficio».

[62] Sul punto A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione*, cit., p. 969.

[63] *Cour de cassation*, *Avis* 22 ottobre 2012, n. 12-00.012, *Bull., avis,* n. 9.

La nostra dottrina non ritiene che nell'ordinamento italiano si possa arrivare alla medesima soluzione[64] in quanto il rinvio *ex* art. 363-*bis* c.p.c. necessita del requisito della «novità» e la mancata definizione del ricorso ordinario non impedisce la pronuncia sul primo. Di conseguenza, il rinvio pregiudiziale sarà ammissibile, ma occorrerà «adoperare strumenti di coordinamento interno con il pendente giudizio ordinario (assegnazione alla medesima sezione ed al medesimo collegio, fissazione alla medesima udienza anche senza formale riunione)».

Così argomentando, il Primo presidente della Corte di cassazione, previo contraddittorio delle parti e in presenza di distinti procedimenti – l'uno pregiudiziale e l'altro ordinario, concernenti la soluzione della medesima questione interpretativa – potrebbe disporre, a guisa di «causa pilota», la sospensione del ricorso ordinario con prosecuzione di quello pregiudiziale. Il ragionamento giuridico della Corte di cassazione adottato nell'uno potrebbe dunque essere utilizzato nei ricorsi ordinari (pendenti ma sospesi) a vantaggio della coerenza e uniformità delle decisioni.

Alla luce delle considerazioni svolte, ritengo che le esigenze emergenti nelle fattispecie prospettate possano trovare una risposta nella *ratio* del meccanismo delle «cause pilota» di cui all'art. 71-*bis* RP Trib. Nonostante le peculiarità del meccanismo europeo, la disciplina introdotta avanti al Tribunale UE mira a favorire una trattazione unitaria delle cause laddove queste riguardino la risoluzione di una identica questione di diritto, senza tuttavia dare luogo ad un pregiudizio alle garanzie difensive delle parti.

Tuttavia, occorre rilevare che l'applicazione della procedura pilota avanti al Tribunale UE si realizza a fronte della sussistenza di un contenzioso ridotto, dell'unitarietà dell'organo giurisdizionale avanti al quale esso trova attuazione, nonché alla luce dei poteri che sono attribuiti in capo al Presidente del Tribunale UE.

Se questo non sembra rappresentare un limite per l'introduzione dell'istituto avanti la Corte di cassazione in caso di contestuale pendenza di un rinvio pregiudiziale e di un ricorso ordinario relativi alla medesima questione di diritto, maggiori difficoltà si verificano in sede di merito. Qui, non sussistono in capo al presidente del Tribunale le medesime prerogative che sono riconosciute in capo al Primo presidente della Corte di cassazione, al quale viene riconosciuto un potere di ammissibilità dello strumento interpretativo.

8. Conclusioni

[64] A. BRIGUGLIO, *op. cit.*; *contra* E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* cit., p. 61, nota 28.

Nell'ordinamento europeo affiorano esigenze comuni a quelle che impegnano gli studiosi del processo civile italiano: il rafforzamento della nomofilachia e l'efficiente gestione del contenzioso seriale.

Il legislatore europeo con la formalizzazione del meccanismo delle «cause pilota» ricerca nel processo gli strumenti per la gestione di gruppi di cause, favorendo le priorità complessive del sistema giustizia, mentre quello italiano coniuga gli obiettivi di rafforzamento della nomofilachia con gli effetti deflattivi, introducendo l'istituto del rinvio pregiudiziale avanti la Corte di cassazione, le cui decisioni possono avere efficacia fortemente persuasiva (seppure non vincolante) anche in altri processi.

Ad avviso di chi scrive, il piano europeo – seppure autonomo nella regolazione del processo avanti alle proprie autorità giurisdizionali – può trovare un punto di dialogo con quello nazionale.

Ciò si realizza, per quel che qui rileva, attraverso la (potenziale) estensione delle soluzioni adottate in ambito europeo per la trattazione delle cause anche nell'ordinamento italiano.

Non si tratta di vera e propria «armonizzazione» tra il modello europeo e nazionale – e certamente non di pura e semplice «unificazione»[65]–, quanto piuttosto di un confronto tra modelli processuali autonomi che tuttavia ugualmente ricercano efficaci soluzioni per rispondere a comuni esigenze che superano le prerogative nazionali.

Un meccanismo come quello europeo potrebbe fungere da strumento di coordinamento interno avanti ai giudici di merito e avanti alla Corte di cassazione, al fine di consentire – o, quantomeno, agevolare – il perseguimento degli obiettivi fissati dal legislatore nazionale con il nuovo art. 363-*bis* c.p.c. di fronte al contenzioso seriale.

Se nel giudizio di cassazione ciò può trovare piena attuazione, così non avviene avanti ai giudici di merito, per i quali, ripetesi, risulta necessario un rafforzamento dei poteri in capo al Presidente dell'Ufficio nel coordinamento e nel controllo del contenzioso.

---

[65] P. BIAVATI, *L'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa: una messa a punto,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2023, p. 769 ss.

ABSTRACT

Il presente contributo analizza le caratteristiche della «causa pilota» introdotta con la riforma del RP del Tribunale UE e la sua potenziale estensione nell'ambito del rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di cassazione disciplinato dall'articolo 363-*bis* c.p.c. introdotto dal Decreto Legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022. Il saggio affronta anche i presupposti applicativi delle nuove disposizioni sia in una prospettiva italiana che europea.

L'essai analyse les caractéristiques du «Affaires pilotes» introduit avec la réforme du RP de la Cour de l'UE et son application potentielle dans le contexte du mécanisme préjudiciel devant la Cour de Cassation italienne établi par l'article 363-*bis Code de Procédure civile*, introduit par le décret législatif n° 149 du 10 octobre 2022. L'essai traite également des conditions préalables d'application des nouvelles dispositions d'un point de vue italien et européen.

The essay deals with the features of the new «pilot case» introduced with the reform of the RP of the GC and its potential application in relationship with the preliminary reference before the Italian Supreme Court governed by Article 363-bis of the Italian Code of Civil Procedure, introduced by the Legislative Decree No. 149 of October 10, 2022. The essay also addresses the application prerequisites of the new provisions both under an Italian and European perspective.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

BREVI NOTE SULL'INTERVENTO DEL TERZO NEL PROCEDIMENTO NAZIONALE SOSPESO A SEGUITO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Note brève sur l'intervention du tiers dans le procès national suspendu à la suite du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice

A brief commentary on third party intervention in the national proceedings suspended following the preliminary reference to the Court of Justice

Ordinanza del 22 dicembre 2022, non pubblicata, del Tribunale di Milano

LINDA PAGLIERANI
(Dottoranda in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano)

Con ordinanza resa in data 22 dicembre 2022, non pubblicata, la Sezione specializzata in materia di impresa "B" del Tribunale di Milano ha permesso a un terzo interveniente nel procedimento dinanzi ad essa pendente di partecipare al procedimento pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, sebbene il suo intervento nel giudizio *a quo* fosse stato spiegato durante la fase di sospensione del processo, conseguita al rinvio.

La decisione del Tribunale di Milano non sembra priva di rilievo in quanto è proprio dopo la sospensione, e più in particolare dopo la pubblicazione dei quesiti pregiudiziali nella *GUUE*, che il rinvio pregiudiziale diviene noto al pubblico ed è soprattutto da quel momento che può sorgere l'interesse di terzi a rappresentare la propria posizione al Giudice del Kirchberg. Tuttavia, nei procedimenti dinanzi al giudice civile è stata sempre esclusa (contrariamente a quanto accade di fronte al giudice amministrativo) la possibilità di presentare un intervento nelle more della sospensione, impedendo così ai soggetti che non erano già parti del processo al momento della proposizione dei quesiti pregiudiziali di partecipare al giudizio incidentale a Lussemburgo.

Senza entrare in considerazioni sull'istituto della partecipazione del terzo al procedimento pregiudiziale (per le quali si rinvia, da ultimo, ai contributi di M. CONDINANZI e I. ANRÒ), in questa sede si analizzerà la

possibilità di divenire parte di tale procedimento successivamente alla proposizione dei quesiti.

Si ricorda, brevemente, che nel procedimento di cui all'art. 267 TFUE possono presentare osservazioni scritte alla Corte, ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione ("St."), solo «le parti in causa, gli Stati membri, la Commissione, nonché l'istituzione, l'organo o l'organismo dell'Unione che ha adottato l'atto di cui si contesta la validità o l'interpretazione». Le «parti nel procedimento principale», ai sensi dell'art. 97, par. 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia ("RP CG"), sono determinate dal giudice del rinvio, sulla base delle disposizioni del diritto nazionale. Ciò assume particolare rilievo con riferimento alla qualificazione di coloro che intervengono nel procedimento davanti al giudice *a quo* dopo che quest'ultimo abbia investito la Corte della questione pregiudiziale.

La posizione di tali soggetti, che si "aggiungono" al procedimento pregiudiziale quando lo stesso sia già stato avviato e, quindi, in pendenza della sospensione di quello principale, è prevista e disciplinata a livello "comunitario": ai sensi dell'art. 97, par. 2, RP CG «quando il giudice del rinvio comunica alla Corte l'intervento di una *parte nuova* [enfasi aggiunta] nel procedimento principale, e la causa è già pendente dinanzi alla Corte, la nuova parte accetta di assumere la causa nello stato in cui essa si trova all'atto di tale informazione».

Tuttavia, stante il rinvio dell'art. 97, par. 1, RP CG alle norme nazionali, è solo sulla base di queste ultime che dev'essere valutata la possibilità di estendere la partecipazione al procedimento pregiudiziale, essendo questa condizionata dall'ammissibilità dell'intervento nel procedimento *a quo* sospeso (si veda sul punto M. CONDINANZI, *Commento all'art. 97 Regolamento di procedura della Corte di giustizia*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 614 ss.; per una ricognizione sull'intervento del terzo in ordinamenti nazionali diversi da quello italiano, si veda J. KROMMENDIJK).

Nell'ordinamento italiano, la possibilità di intervenire in giudizio dopo il rinvio pregiudiziale alla Corte differisce a seconda che ci si trovi dinanzi al giudice civile o a quello amministrativo e, talvolta – anche all'interno della medesima giurisdizione – a seconda dell'orientamento giurisprudenziale seguito.

Per quanto riguarda il processo amministrativo, il Consiglio di Stato ammette l'intervento di terzi anche nella fase di quiescenza del processo a seguito di rinvio pregiudiziale. In particolare, rilevando come l'ordinamento consenta l'assunzione di provvedimenti urgenti anche nello

stato di sospensione del giudizio principale (nelle more della sospensione sono, ad esempio, ritenuti possibili il rilascio della procura a un nuovo difensore e l'espletamento della prova testimoniale), il giudice amministrativo ritiene che il diritto di difesa del terzo interessato, venuto a conoscenza del contenzioso dopo l'ordinanza di rimessione, non possa essere pregiudicato.

Così, data l'impellenza della statuizione rispetto alla quale occorre provvedere, il giudice amministrativo si pronuncia sull'ammissibilità dell'intervento in udienza camerale, fissata ai sensi dell'art. 87 c.p.a., non decidendo in senso definitivo l'ammissibilità dell'intervento, ma compiendo una valutazione interinale funzionale alla risoluzione di una questione processuale urgente (si veda l'ordinanza del TAR Piemonte, Sez. I, 24 gennaio 2019, n. 77, che ha ammesso l'intervento in giudizio delle associazioni di categoria nel processo dinanzi alla Corte di giustizia per la tutela di interessi comuni alla categoria, espressamente indicati nei loro statuti, nonostante la intervenuta sospensione del processo; si veda altresì la sentenza non definitiva del TAR Bologna del 29 giugno 2020, n. 434, con la quale si è ammesso l'intervento successivo al rinvio pregiudiziale, sul rilievo che «a prescindere dalle qualificazioni del diritto processuale interno in tema di intervento adesivo di tipo autonomo o dipendente, [l'art. 28, comma 2, c.p.a.] deve comunque essere interpretato nel senso di garantire agli odierni intervenienti la partecipazione al giudizio pregiudiziale, al fine di non vanificare l'effetto utile delle predette norme comunitarie»; per un'analisi più approfondita, si rinvia a G. F. LICATA).

Nel processo civile, la Corte di cassazione adotta un orientamento differente, escludendo generalmente la possibilità di intervenire nel processo sospeso (si veda A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 327 ss.).

Si applica, infatti, il regime della sospensione processuale di cui agli artt. 297 e 298 c.p.c., non derogato dalla l. n. 204/1959: durante la sospensione non possono essere compiuti atti del procedimento, né quelli di natura decisoria, né quelli di carattere "interlocutorio" rispetto alla dinamica processuale (si vedano le sentenze della Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 2000, n. 13595 e 2 marzo 2004, n. 4427; per un approfondimento, si rinvia a R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la cassazione è «più realista del re»?*, in *DUE*, 2000, p. 91 ss.).

Non sono ammessi neppure gli atti di impulso processuale, in quanto, ai sensi del secondo comma dell'art. 298 c.p.c., la sospensione interrompe (tutti) i termini, i quali (ri)cominciano a decorrere dopo che la causa di sospensione è cessata.

A tale interpretazione rigida dell'art. 298 c.p.c. della Cassazione si è contrapposta l'ordinanza del 22 dicembre 2022 del Tribunale di Milano. Quest'ultimo, in particolare, ha qualificato un terzo come parte (interveniente) in virtù del suo intervento spiegato in un procedimento già sospeso a seguito del rinvio. Così, in quanto "part(*e*) in causa" ai sensi dell'art. 23 St. l'interveniente ha potuto partecipare alla fase pregiudiziale.

Nel caso di specie, il procedimento è stato sospeso a seguito dell'ordinanza del 16 settembre 2022, con la quale il Tribunale ha proposto alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali interpretative concernenti alcune norme della direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali.

Il giudizio principale, ad oggi pendente, verte sull'azione collettiva promossa ai sensi dell'art. 840 *bis* c.p.c. da alcuni abitanti di Taranto contro Acciaierie d'Italia S.p.A. ("ex Ilva"). Gli attori agiscono per la protezione, in via di inibitoria dell'attività produttiva svolta nel noto stabilimento siderurgico, di asseriti diritti individuali omogenei dei residenti di Taranto e dei comuni limitrofi, pregiudicati, in tesi, dall'attività produttiva dello stabilimento.

Ebbene, durante la sospensione del procedimento, due soggetti terzi – la Regione Puglia e il Gruppo d'Intervento Giuridico ODV – hanno proposto istanza di intervento adesivo al Tribunale di Milano, al fine di acquisire la qualità di parte nel processo (principale), così da poter partecipare (anche) alla causa pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte di giustizia.

In particolare, in data 12 dicembre 2022, in fase di quiescenza del giudizio *a quo* (quasi tre mesi dopo la sua sospensione), la Regione Puglia è intervenuta *ad adiuvandum* rispetto alle ragioni dei ricorrenti e ha chiesto al Tribunale di darne notizia alla Cancelleria della Corte di giustizia, in modo da poter intervenire tempestivamente nel procedimento incidentale.

Il Tribunale di Milano ha ritenuto che «l'istanza di intervento, di natura meramente formale, [potesse essere] accolta in attuazione del principio di collaborazione tra il giudice del rinvio e la Corte di giustizia, in forza del quale il primo deve informare la seconda dei fatti processuali rilevanti occorsi medio tempore nel procedimento a quo». Pertanto, il 15 dicembre 2022 ha trasmesso, ai sensi dell'art. 97, par. 2, RP CG, l'istanza di intervento alla Corte. Quest'ultima, non potendo autonomamente qualificare tale soggetto, con nota del 19 dicembre 2022, ha chiesto al giudice del rinvio di precisare se la Regione Puglia fosse una parte del procedimento principale. Solo in quel caso, infatti, sarebbe stata legittimata a presentare le proprie osservazioni.

In risposta, con l'ordinanza del 22 dicembre 2022, il Tribunale ha qualificato la Regione, seppure intervenuta in fase di quiescenza del giudizio, come parte del giudizio principale. Conseguentemente, il 31

gennaio 2023, la Regione ha depositato le proprie osservazioni presso la Cancelleria della Corte (sul ruolo delle regioni di fronte alla Corte di giustizia, si vedano I. ANRÒ e C. PESCE). Le osservazioni supportavano la posizione dei ricorrenti nel giudizio principale – che a loro volta denunciavano l'incompatibilità delle disposizioni italiane in materia di valutazioni e autorizzazioni sanitarie e ambientali con il diritto UE. Tali ragioni risultavano nettamente diverse rispetto a quelle sostenute nella medesima causa dallo Stato italiano, il quale propendeva, invece, per la conformità del diritto nazionale con la direttiva 2010/75/UE. Lo Stato italiano, convenuto in giudizio in persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, si trova così di fronte alla Corte di giustizia chiamato a difendere tesi e ad esporre argomenti affini a quelli che lo stesso Governo sta rappresentando alla Commissione nel contesto della procedura di infrazione ancora pendente.

Senza entrare qui nel merito delle discordanti posizioni della Regione e dello Stato avanti al giudice nazionale (e quindi avanti alla Corte), il punto saliente dell'ordinanza risiede nell'individuazione del modo e del momento in cui un soggetto terzo può assumere la qualità di parte processuale, *status* rilevante – come detto – ai sensi dell'art. 23 St.

Il Tribunale di Milano, al riguardo, muove dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale, «in caso di intervento adesivo, l'interventore diventa parte del giudizio» (si vedano, ad esempio, le sentenze della Cass. civ., sez. un., n. 27846 del 2019 e Cass. civ., sez. III, n. 4213 del 2007). In applicazione di tale orientamento, il Tribunale di Milano ha ritenuto che la qualità di parte, necessaria per partecipare al giudizio *ex* art. 267 TFUE, fosse stata acquisita con il deposito dell'istanza di intervento.

Ne è seguito che, da quel momento, la Regione Puglia è stata considerata "parte" interveniente e, quindi, legittimata a presentare le proprie osservazioni dinanzi alla Corte di giustizia.

Ciò, tuttavia, secondo il Tribunale, non equivale a ritenere l'intervento della Regione ammissibile nel giudizio principale: si precisa, infatti, che la decisione sulla qualità di parte «non può essere in alcun modo ritenuta integrare una decisione del Tribunale in ordine all'ammissibilità dell'intervento della Regione Puglia, considerando che il procedimento è sospeso e non è pertanto consentito suscitare, in proposito, alcuna forma di contraddittorio con le altre parti processuali».

Ad ogni modo, nonostante non sia possibile valutarne l'ammissibilità, l'intervento può comunque essere presentato nelle more della sospensione. Invero, l'ordinamento giuridico consente l'intervento (litisconsortile) durante lo stato di sospensione (e di interruzione) del

giudizio. E citata, sul punto, la sentenza Cass. civ., sez. II, n. 765 del 1976: «il terzo […] ben può intervenire […] nel processo sospeso o interrotto per morte dell'attore, a ciò non ostando l'art. 304 cod. proc. civ. – che stabilisce non potersi compiere durante l'interruzione atti del procedimento –, poiché l'atto di intervento non appartiene al procedimento interrotto, ma ad altro che vi si inserisce con diversa finalità. Il terzo interventore, poi, avendo acquistata la qualità di parte, ben può riassumere il processo interrotto».

La fattispecie, per il Tribunale di Milano, è assimilabile all'intervento adesivo finalizzato alla presentazione delle osservazioni alla Corte di giustizia, laddove l'atto di intervento appartiene al giudizio "comunitario", inserito nel procedimento sospeso. Quest'ultimo, invece, rimane oggettivamente invariato: la Regione Puglia, domandando l'integrale accoglimento del ricorso introduttivo del procedimento, non ha sottoposto alcun nuovo elemento alla valutazione del giudice e, pertanto, non ha modificato né snaturato il perimetro della controversia.

L'impostazione così strutturata sembra postulare uno scollamento tra il momento dell'acquisizione della qualità di parte (ai fini della partecipazione alla fase pregiudiziale) e quello della decisione del giudice nazionale sull'ammissibilità dell'intervento. Mentre il primo coincide con la presentazione dell'istanza, il secondo potrà avvenire soltanto in sede di riassunzione, allorché sarà suscitabile il contraddittorio tra le parti. La conseguenza è che, in quest'ottica, gli interessati (anche solo) al giudizio pregiudiziale possono ambire a divenire parte del giudizio incidentale anche dopo la rimessione dei quesiti, presentando istanza d'intervento. Se, poi, in sede di riassunzione del giudizio nazionale, l'intervento non sarà ritenuto ammissibile, le considerazioni in esso spiegate non formeranno oggetto della decisione del giudice.

In linea di principio potrebbe apparire singolare consentire ad un soggetto di partecipare al procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia senza avere stabilito, di fatto, se il suo intervento dinanzi al giudice nazionale sia ammissibile o meno. Va, tuttavia, considerato che il Tribunale di Milano ha svolto una valutazione *prima facie* sull'ammissibilità degli interventi, spiegati da due soggetti portatori di interessi collettivi sicuramente implicati nel caso di specie, quali la Regione e un'associazione di protezione ambientale riconosciuta. Il loro interesse intrinseco all'oggetto della causa (sia principale sia incidentale) – e il loro interesse a prendere parte al processo nelle aule del Kirchberg derivante dagli effetti che la pronuncia resa in tale sede avrà sui loro diritti – sembra fondare l'ammissibilità degli interventi. Non è, infatti, priva di rilievo la considerazione nel merito del giudice milanese sull'opportunità che, su

tematiche di rilevanza assoluta per i residenti di un intero comune, possano pronunciarsi anche tali soggetti istituzionali.

Questa apertura all'intervento nel procedimento principale, finalizzato alla partecipazione a quello incidentale, appare a prima vista in contrasto con la risalente giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale «non può riconoscersi la qualità di "parte nel procedimento principale" ai sensi dell'art. 96, par. 1, RP CG, letto in combinato disposto con l'art. 23 St., ad una persona, e quest'ultima non può essere ammessa ad un procedimento dinanzi alla Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE, qualora questa persona introduca dinanzi a un giudice nazionale la sua domanda di intervento non per assumere un ruolo attivo nella prosecuzione dell'azione dinanzi al giudice nazionale, ma al solo fine di partecipare al procedimento dinanzi alla Corte» (ordinanza del 16 dicembre 2009, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a.*, spec. punto 9).

Tuttavia, nel caso che qui interessa, nessun elemento sembra indicare che la Regione e il Gruppo di Intervento Giuridico non intendessero assumere un ruolo attivo nel procedimento dinanzi al giudice del rinvio e volessero manifestarsi esclusivamente nel contesto del procedimento dinanzi alla Corte (in questi termini, sentenza resa nella causa C-64/14, *Orizzonte Salute*, spec. punto 36). Entrambi i soggetti, infatti, sostengono le posizioni dei ricorrenti sia per quanto riguarda i profili di contrasto con il diritto dell'Unione sia per quanto concerne le questioni di diritto interno, la cui valutazione è rimessa al solo giudice nazionale. L'ordinanza del Tribunale di Milano risulta, così, in linea con più recente e da ultimo citata giurisprudenza "comunitaria".

Adottando questa linea interpretativa, il Tribunale risponde anche all'esigenza di massimizzare la raccolta di informazioni e dati rilevanti ai fini della decisione della Corte. Come evidenziato nelle conclusioni dall'avvocato generale Bobek nella causa C-352/19 P: «in sede pregiudiziale, la Corte non raccoglie alcuna prova, non ascolta praticamente mai periti, e l'accertamento dei fatti (o più frequentemente, purtroppo, in cause tecniche così complesse, il non accertamento dei fatti) è rimesso in via esclusiva al giudice del rinvio. Per effetto dei limiti al numero di potenziali intervenienti, la Corte è spesso costretta a decidere su questioni profondamente scientifiche e di fatto sulla base di scarsi dati provenienti dalle parti intervenienti o dal giudice del rinvio».

Anche la Corte si dimostra favorevole a una maggior partecipazione al pregiudiziale: escludendo di poter valutare l'ammissibilità di un intervento dinanzi al giudice *a quo*, si limita a rilevare la decisione che ha consentito l'intervento, fintantoché essa non sia stata revocata nell'ambito

dei mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale (si veda, *ex multis*, *Orizzonte Salute*, cit., spec. punto 33).

D'altro canto, non ammettere l'intervento di soggetti interessati nel giudizio nazionale, impedendo loro di presentare le osservazioni alla Corte di giustizia, non sempre limita l'ingresso delle loro istanze nel giudizio. Al contrario, può incentivare pratiche meno trasparenti e tracciabili volte a far pervenire ai giudici un'ulteriore posizione per vie indirette. Si richiamano di seguito due esempi in questo senso.

In un caso, l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, non essendo stato ammesso a intervenire nel giudizio nazionale in un caso in materia di asilo, ha pubblicato online le proprie osservazioni, le quali sono giunte alla Corte per il tramite di un allegato alle osservazioni della parte nel giudizio principale (cfr. conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa C-285/12, spec. nota a piè di pagina n. 13).

In un altro caso, la Migration Law Clinic (gruppo di studio della VU University Amsterdam), che pur non richiedendo di intervenire nel *giudizio a quo* relativo al controllo giurisdizionale sulle misure di trattenimento, ha predisposto un parere (dettagliato sino al punto di proporre una risposta al quesito pregiudiziale) che è stato allegato alle osservazioni di una delle parti e che poi ha coinciso con la soluzione adottata dalla Corte (cause riunite C-704/20 e C-39/21).

Anche alla luce di tali precedenti, si ritiene che consentire ai portatori di interessi collettivi, per il tramite dell'intervento nel giudizio nazionale di rinvio, di presentare le osservazioni alla Corte e di partecipare anche alla fase nazionale successiva alla riassunzione del giudizio garantirebbe una migliore tutela degli interessi in gioco.

Ciò appare coerente con una concezione del pregiudiziale come strumento processuale non tanto diretto a risolvere il singolo caso, ma piuttosto a consentire alla Corte di pronunciarsi in una prospettiva interpretativa di valore nomofilattico e, quindi, alla luce della più ampia informazione possibile.

Il procedimento dinanzi al Tribunale di Milano di cui si è trattato sottende un ulteriore profilo meritevole di segnalazione. Si tratta dell'intervento nel giudizio *a quo* del Gruppo d'Intervento Giuridico ODV, avvenuto non solo dopo la proposizione dei quesiti, ma anche dopo la conclusione della fase scritta dinanzi alla Corte di giustizia. Tale tardivo intervento ha avuto come conseguenza l'obbligatorietà della fase orale del procedimento *ex* art. 267 TFUE.

Come noto, l'udienza è un momento fondamentale nel rinvio pregiudiziale: essendo questo un meccanismo di cooperazione tra giudici, i partecipanti a tale procedimento non hanno la possibilità di replicare per

iscritto alle osservazioni delle altre parti. L'unica possibilità di contraddittorio si ha durante la fase orale (per un approfondimento sul tema, si veda C. AMALFITANO, *Commento all'art. 20 Statuto*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCCELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 92 ss.)

Tuttavia, lo svolgimento dell'udienza di discussione – previsto come obbligatorio (nei ricorsi diretti e nei rinvii pregiudiziali) dall'art. 20 St. – è in realtà, in virtù del RP CG, solo eventuale. Infatti, ai sensi dell'art. 76, par. 2, RP CG, l'effettivo svolgimento dell'udienza di discussione dinanzi alla Corte non è previsto come necessario nemmeno in presenza di una domanda motivata presentata (entro tre settimane, più dieci giorni, dalla notifica della chiusura della fase scritta) da una o più parti ai sensi del primo paragrafo della medesima disposizione: anche in questo caso, la Corte può decidere di non tenere l'udienza qualora giudichi, all'esito della fase scritta, di essere «sufficientemente edotta per statuire». La sola eccezione alla regola dell'eventualità dell'udienza di discussione è prevista per l'ipotesi in cui «una domanda di udienza [...] [sia] stata presentata, in modo motivato, da uno degli interessati [*ex* art. 23 St.] che non ha partecipato alla fase scritta del procedimento» (art. 76, par. 3, RP CG).

Nel caso in commento, in data 24 febbraio 2023 il Gruppo d'Intervento Giuridico ODV ha presentato istanza di intervento volontario a supporto delle posizioni dei ricorrenti ed è stato qualificato dal Tribunale – nella comunicazione alla Corte di giustizia – come parte del giudizio *a quo*, sulla base delle medesime considerazioni svolte per la Regione Puglia.

Intervenendo tardivamente, il Gruppo non ha potuto presentare osservazioni scritte alla Corte (in quanto i termini per la presentazione delle stesse erano spirati), e ha avuto, pertanto, la possibilità di svolgerle oralmente in sede di udienza di discussione.

Siffatta pratica ha permesso anche alle altre parti del giudizio principale – e in particolare alle ricorrenti, la cui posizione è sostenuta dal Gruppo d'Intervento Giuridico ODV – di prendere posizione (oralmente) sulle osservazioni (scritte) delle altre parti, possibilità che non vi sarebbe stata se l'udienza non si fosse tenuta.

Quanto descritto si presta, in alcuni casi, a divenire una "strategia" volta ad aggirare la prassi della Corte di ridurre al minimo il numero dei casi trattati in udienza, per garantire una replica alle osservazioni scritte presentate da altri (per un'analisi statistica sulle udienze tenute in Corte, si rimanda all'intervento di J. ALBERTI sulle *Garanzie procedurali ed efficienza decisionale nei processi dinanzi ai giudici dell'Unione europea* in occasione del convegno del 15.12.2023 della Facoltà di giurisprudenza dell'Università Statale di Milano, la cui relazione è di prossima pubblicazione). Si segnala

un'ulteriore *escamotage* in tal senso, fondato sull'art. 83 RP CG e diretto a replicare, addirittura, alle conclusioni dell'avvocato generale – sulle quali non è ammesso il dibattito – inserendo le contestazioni nell'istanza di riapertura della fase orale (sul punto, si veda la descrizione di K. GROENENDIJK sulla richiesta presentata ai sensi dell'art. 83 RP CG nelle cause riunite C-558/18 e C-563/18, cfr. spec. punti 20 e ss.).

I profili processuali sottesi all'ordinanza del Tribunale di Milano, tratteggiati sommariamente, richiederebbero ben altro approfondimento e molteplici precisazioni. L'auspicio è che la descrizione fornita possa essere sufficiente a mostrare l'esistenza di una certa tensione tra l'esigenza di ampliare la partecipazione e il confronto davanti alla Corte in sede di rinvio pregiudiziale (per consentire a quest'ultima una migliore conoscenza delle posizioni nazionali e delle informazioni sulle questioni trattate) e la necessità di limitare le condotte *lato sensu* strumentali.

L'ordinanza commentata, ma anche la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, sembrano voler allentare questa tensione favorendo una più ampia partecipazione, in particolare di quei soggetti portatori di interessi collettivi e istituzionali. Ciò appare coerente con l'urgenza, avvertita da più parti, di portare alla Corte quante più prospettive possibili sulle questioni pregiudiziali, urgenza che è anche il sintomo dell'importanza generalmente riconosciuta al rinvio pregiudiziale e ai suoi effetti al di là del caso di specie (si rinvia a G. MARTINICO per un recente studio sull'effetto delle sentenze pregiudiziali).

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

RICEVIBILITÀ DEI RICORSI PROPOSTI DA PERSONE FISICHE O GIURIDICHE CONTRO ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE NEL SETTORE DEGLI AIUTI DI STATO

Recevabilité des recours des personnes physiques ou morales contre les lignes directrices de la Commission dans le domain des aides d'État

Admissibility of actions brought by natural or legal persons against the Commission Guidelines on State aid matters

Corte giust., sentenza 13 luglio 2023, cause riunite C-73/22 P e C-77/22 P, *Grupa Azoty e a. c. Commissione – Advansa Manufacturing e a. c. Commissione e Dralon*

GIORGIA LO TAURO
(*Associate* dello Studio Legale FratiniVergano – European Lawyers | Dottoressa di ricerca in Diritto dell'Unione europea)

Con la sentenza del 13 luglio 2023, la Corte di giustizia ha rigettato gli appelli proposti avverso le ordinanze del Tribunale del 29 novembre 2021 (nelle cause T-726/20 e T-741/20) che dichiaravano irricevibili i ricorsi di imprese operanti, rispettivamente, nel settore della produzione di composti azotati e concimi (*Grupa Azoty* e a.) e nel settore della produzione di fibre sintetiche e artificiali (*Advansa Manufacturing* e a.), volti all'annullamento parziale della Comunicazione della Commissione "Orientamenti relativi a determinati aiuti di Stato nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra dopo il 2021" (a seguire gli "Orientamenti").

Le cause riunite C-73/22 P e C-77/22 P hanno fornito alla Corte l'occasione per affrontare il problema della ricevibilità dei ricorsi di persone fisiche o giuridiche contro orientamenti della Commissione. Il caso è interessante perché ha prestato il fianco a due diversi approcci: quello che premette verificare se gli orientamenti della Commissione costituiscano un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263, 1° c., TFUE; quello che predilige valutare se una persona fisica o giuridica sia legittimata a impugnare questo tipo di atto, ai sensi dell'art. 263, 4° c., TFUE. Il

Tribunale e la Corte hanno giudicato la ricevibilità dei ricorsi nella seconda prospettiva indicata.

La questione si iscrive nell'ambito del sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione ("EU ETS"), istituito per promuoverne la riduzione con direttiva 2003/87, modificata dalla direttiva 2018/410 con proroga al periodo 2021-2030. La direttiva prevede che gli Stati adottino misure finanziarie per sostenere gli operatori dei settori coinvolti, purché queste siano conformi alle norme sugli aiuti di Stato e non causino distorsioni della concorrenza sul mercato interno (art. 10 bis, par. 6). Negli Orientamenti, la Commissione «stabilisce le condizioni alle quali le misure di aiuto nel contesto dell'EU ETS possono essere considerate compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, par. 3, lettera c), del trattato» (punto 7). Ribadendo la necessità, per evitare distorsioni della concorrenza, di circoscrivere gli aiuti ai settori esposti a un *rischio concreto di rilocalizzazione* delle emissioni di carbonio (punto 21), la Commissione ha individuato detti settori nell'elenco di cui all'allegato I degli Orientamenti. Tra quelli elencati, non sono previsti i settori in cui operano le ricorrenti, che erano invece inclusi nell'allegato II degli orientamenti 2012 (applicabili sino al 31 dicembre 2020).

Nel dicembre 2020 le ricorrenti proponevano ricorsi al Tribunale per l'annullamento dell'allegato I degli Orientamenti, laddove escludeva i settori nei quali esse sono attive; la Commissione, dal canto suo, eccepiva l'irricevibilità dei ricorsi con atto separato ai sensi dell'art. 130 del regolamento di procedura del Tribunale.

Con le ordinanze gemelle del 2021, il Tribunale ha dichiarato i ricorsi irricevibili ritenendo le ricorrenti non direttamente interessate dagli Orientamenti, così come eccepito dalla Commissione. Esso ha infatti ricordato che, ai sensi dell'art. 263, 4° c., TFUE, una persona fisica o giuridica ha legittimazione ad agire contro un atto di cui non è destinataria in due ipotesi: (i) se l'atto la riguarda direttamente e individualmente; (ii) se si tratta di un atto regolamentare che non comporta misure di esecuzione e la riguarda direttamente. Muovendo da questa premessa, il Tribunale ha quindi affrontato la questione della ricevibilità dei ricorsi ritenendo necessario esaminare se la situazione delle ricorrenti, non destinatarie dell'atto impugnato, rientrasse in una delle due ipotesi indicate, entrambe condizionate dall'elemento dell'incidenza diretta dell'atto nei loro confronti. Quindi, ha rammentato che, secondo costante giurisprudenza, la verifica dell'incidenza diretta *ex* art. 263, 4°c., TFUE richiede due criteri cumulativi: che l'atto produca direttamente effetti sulla situazione giuridica delle ricorrenti; che non lasci alcun potere discrezionale ai destinatari incaricati della sua attuazione (ordinanze, punti 26-29).

Il Tribunale ha concentrato la propria analisi sulla prima di queste condizioni. Esso ha preliminarmente chiarito che gli orientamenti sono un atto *della* Commissione destinato *alla* Commissione, nel senso che con l'adozione di questo atto essa autolimita il proprio potere discrezionale e si impegna ad attenersi a quanto ivi previsto per condurre la propria azione (punti 32-34). Nel caso di specie, l'indicazione alla quale si vincola la Commissione consiste nel ritenere compatibili con il mercato interno misure erogate dallo Stato verso imprese operanti nei settori elencati nell'allegato I. Sebbene le ricorrenti operino in settori non inclusi nell'elenco, ciò non significa automaticamente che gli Orientamenti le riguardino direttamente (punto 35). Solo laddove la Commissione, in applicazione degli Orientamenti, adottasse una decisione di incompatibilità di un aiuto a favore delle ricorrenti, allora quella decisione produrrebbe effetti direttamente sulla loro situazione giuridica (punti 36-37). A conferma di questa conclusione, il Tribunale ha aggiunto che, nel caso in cui uno Stato membro decidesse di non adottare alcuna misura coperta dagli Orientamenti, questi non avrebbero alcun effetto sulle ricorrenti (punto 38).

Pertanto, gli Stati membri rimarrebbero liberi, quantomeno "da un punto di vista giuridico", di notificare alla Commissione aiuti in favore di imprese appartenenti a settori diversi da quelli elencati, dimostrando che i requisiti dell'art. 107, par. 3, lett. c), TFUE siano soddisfatti (punti 39-41). Pur riconoscendo l'elevata probabilità, in tal caso, di una decisione della Commissione di incompatibilità, il Tribunale ha ribadito che solo una tale decisione potrebbe essere impugnata dalle ricorrenti (come anche dallo Stato destinatario della decisione; punti 42-43). Rimarcando che spetta agli Stati membri decidere quali misure di sostegno alle imprese adottare rispetto a settori esposti a rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio, il Tribunale ha concluso che le ricorrenti non erano direttamente interessate dagli Orientamenti, venendo così meno la necessità di verificare il secondo criterio per la legittimazione ad agire (punti 47-48).

Così impostata, la questione ha riguardato la legittimazione delle ricorrenti ad agire contro gli Orientamenti. Il Tribunale ha seguito la sua giurisprudenza sulla ricevibilità dei ricorsi in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente (v. ordinanze nelle cause T-670/14, *Milchindustrie-Verband*, e T-694/14, *EREF*, del 23 novembre 2015, non impugnate) adottando l'approccio che assume l'art. 263, 4° c., TFUE come base di partenza. Non così, invece, l'Avvocato Generale (A.G. nel progesuio).

Nelle conclusioni presentate il 2 marzo 2023, l'A.G. Pikamäe ha, in sostanza, suggerito alla Corte di respingere le impugnazioni e non annullare le ordinanze di irricevibilità. Tuttavia, nel fare ciò, egli ha adottato un diverso approccio, criticando quello del Tribunale: a suo

avviso, piuttosto – e prima – che verificare se le ricorrenti siano direttamente interessate dagli Orientamenti, occorrerebbe verificare se questi costituiscano "atto impugnabile" *ex* art. 263, 1° c., TFUE, sebbene l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione non riguardasse questo aspetto (conclusioni, punto 37).

Con valutazioni affini a quelle del Tribunale sulla portata degli orientamenti (ossia nel senso di intenderli come atti che limitano il potere discrezionale del loro autore, punti 42-43 e 66), l'A.G. ha insistito sulla non impugnabilità degli stessi (punti 37-51), con considerazioni di rilievo. In particolare, secondo l'A.G., riconoscere che gli orientamenti in materia di aiuti producano effetti giuridici vincolanti prima che uno Stato abbia notificato una misura di aiuto e prima che la Commissione abbia giudicato detta misura incompatibile con il mercato interno minerebbe la centralità della notifica nel sistema di controllo degli aiuti (punti 46-47). Inoltre, ciò minerebbe anche il principio per cui gli orientamenti non possono incidere sul diritto primario (*rectius*, gli orientamenti vincolano l'operato della Commissione nella misura in cui rispettino le previsioni dei Trattati, non possono dunque interpretarsi in modo da restringerne la portata): la decisione della Commissione, prendendo atto della situazione fattuale ed economica esistente, determina la portata dell'art. 107 TFUE nel singolo caso, potendo discostarsi dagli orientamenti al fine di rispettare le previsioni dei Trattati (punti 49-50).

Quindi, l'A.G. ha ritenuto erroneo considerare gli Orientamenti un atto impugnabile, come avrebbe implicitamente fatto il Tribunale (punti 52-64). Egli ha proposto alla Corte un'interpretazione secondo cui gli Orientamenti non possono produrre effetti giuridici vincolanti (in quanto strumenti di *soft law*) e non costituiscono dunque atto idoneo a formare oggetto di ricorso *ex* art. 263 TFUE (punto 69).

La sentenza della Corte di giustizia risulta dunque interessante non solo perché è la prima volta che la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla ricevibilità di ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche avverso orientamenti della Commissione (così risulta da conclusioni, punti 31-32, secondo cui gli altri ricorsi sarebbero contro decisioni), ma ancor più perché definisce l'approccio con cui affrontare detta questione, con implicazioni non solo dal punto di vista procedurale.

Senza indugi su questioni interpretative, la Corte ha affrontato i motivi sollevati dalle ricorrenti contro le ordinanze (insufficienza di motivazione ed errore di diritto), confermando l'iter logico del Tribunale.

Con riguardo all'insufficienza di motivazione, la Corte ha minuziosamente ripercorso l'analisi delle ordinanze, partendo da contenuto e contesto degli Orientamenti (sentenza, punti 36-43), per riconoscere che «il Tribunale ha svolto un ragionamento dettagliato che

spiega in modo inequivoco il rigetto dell'argomento delle ricorrenti» (punto 40).

Per quanto riguarda poi l'errore di diritto, va ricordato che le ricorrenti lamentavano l'erronea premessa del Tribunale di considerare tutti gli orientamenti allo stesso modo (*rectius*, non vincolanti), mentre, piuttosto, nel caso di specie, la possibilità che uno Stato notifichi alla Commissione misure relative a settori diversi da quelli elencati nell'atto impugnato sarebbe puramente teorica (punto 51). Peraltro, non essendo gli Stati tenuti ad adottare misure di aiuto ai sensi della direttiva 2003/87, l'aiuto potrebbe non essere concesso e dunque non si avrebbe alcuna decisione della Commissione, cosa che, in confronto a una situazione in cui invece intervenga una decisione di incompatibilità dell'aiuto, renderebbe in pratica le ricorrenti prive di mezzi di ricorso (punti 53-54).

La Corte ha ricordato che l'adozione di orientamenti è espressione della competenza esclusiva della Commissione, che autolimita il proprio potere discrezionale (punti 58-59). Quindi, ha sviluppato la sua risposta a partire dall'art. 263, 4° c., TFUE (punti 60 ss.), in sostanza ripercorrendo quanto rilevato dal Tribunale, per sostenere che gli Orientamenti non privano le ricorrenti della possibilità di essere ammesse alla concessione di aiuti di Stato (punti 65 e 67), né di ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, precisando che il diritto a un ricorso effettivo *ex* art. 47 CdfUE non impone l'impugnabilità degli Orientamenti (punti 69-70). Al riguardo, la Corte ha chiarito che i singoli devono poter beneficiare della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti loro riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, puntualizzando che «le norme di diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato riconoscono ai singoli il diritto a non subire una concorrenza falsata» (punto 71). Pertanto, la Corte ha ritenuto che il ragionamento del Tribunale non fosse viziato da errore di diritto, dichiarando infondato anche il secondo motivo di ricorso.

Nell'analizzare le posizioni delle parti e argomentare la soluzione, la Corte ha corroborato il ragionamento del Tribunale e la sua giurisprudenza pregressa, fissando un punto fermo sull'impugnabilità di orientamenti della Commissione da parte di potenziali beneficiari di aiuti di Stato.

Da quanto esposto, emerge che l'irricevibilità dei ricorsi è condivisa: la Corte ha avallato quanto statuito dal Tribunale e suggerito dall'A.G.. È, invece, controversa la base di partenza adottata, rispettivamente, dal Tribunale e dall'A.G., per sviluppare le motivazioni della conclusione raggiunta: per il Tribunale, difetta la legittimazione ad agire delle ricorrenti (art. 263, 4° c., TFUE); per l'A.G., non si tratta di "atto impugnabile" (art. 263, 1° c., TFUE).

Ancorché tale ultima proposta appaia lineare sotto un profilo logico-teorico, la Corte ha preferito seguire il ragionamento dal Tribunale

(chiamato a pronunciarsi sull'eccezione della Commissione), puntando sulla legittimazione ad agire. Le conseguenze derivanti dai due differenti approcci non sono secondarie: la constatazione della mancanza di legittimazione ad agire comporta delle conseguenze solo in capo alle ricorrenti; quella della natura non impugnabile dell'atto implica delle conseguenze, per così dire, *erga omnes*. Dal punto di vista pratico, l'approccio seguito dalla Corte e, prima ancora, dal Tribunale, delimita l'attenzione al caso di specie, mentre l'orientamento opposto avrebbe richiesto di soffermarsi su questioni teoriche la cui soluzione avrebbe determinato ricadute di carattere generale. Nondimeno, dalle conclusioni emergono elementi (ruolo della notifica e della decisione della Commissione nel controllo degli aiuti di Stato, punti 46-50; opportunità di allargare vie di accesso alla giustizia europea per i singoli, punto 72), utili per una riflessione sulla *ratio* del sistema degli aiuti e sul ruolo degli attori coinvolti, di cui la Corte pare aver tenuto debito conto.

Infatti, il silenzio della sentenza rispetto alle alternative teoriche proposte dall'A.G. rivela che la motivazione poggia proprio su alcuni punti comuni considerati sia nelle ordinanze del Tribunale che nelle conclusioni. Ai fini della presente nota, ne prenderemo in considerazione due.

Il primo punto riguarda la portata degli orientamenti della Commissione. Senza soffermarsi sull'impugnabilità, la Corte ha comunque ribadito che con essi la Commissione autolimita il proprio potere discrezionale nel valutare le misure di aiuti (punti 58-59), come sostenuto sia dal Tribunale (punti 32-34) che dall'A.G. (punti 42-44).

Il secondo punto riguarda le conseguenze per le ricorrenti in termini di tutela giurisdizionale effettiva. Dal focus sulla legittimazione ad agire, il Tribunale ha dedotto che le ricorrenti potrebbero proporre ricorso avverso l'eventuale decisione della Commissione che (ancorché applicando tali Orientamenti) dichiarerebbe incompatibili misure in loro favore (punto 42). Dal canto suo, pur puntando sull'assenza di un "atto impugnabile", l'A.G. ha comunque affrontato la questione dei mezzi di tutela giurisdizionale che residuerebbero per le ricorrenti, ricordando che il diritto riconosciuto dall'art. 47 CdfUE «non è inteso a modificare il sistema di tutela giurisdizionale effettiva previsto dai Trattati, e in particolare le norme relative alla ricevibilità dei ricorsi proposti direttamente dinanzi ai giudici dell'Unione» (punto 71).

La Corte ha, dunque, "condensato" tali valutazioni: da una parte, ha sposato quanto sostenuto dal Tribunale sulla mancata incidenza diretta degli Orientamenti rispetto alla situazione giuridica delle ricorrenti (punto 68); dall'altra, ha precisato che il fatto di non poter proporre un ricorso diretto contro gli Orientamenti non priva le ricorrenti di tutela giurisdizionale effettiva. In particolare: «il diritto processuale dell'Unione

consente a una persona fisica o giuridica di dedurre l'illegittimità di orientamenti a sostegno di un ricorso proposto avverso un atto, adottato alla luce di tali orientamenti, che interessa detta persona in maniera da soddisfare le condizioni previste dall'articolo 263, quarto comma, TFUE (...)» (punto 70). Inoltre, nel caso – invocato dalle ricorrenti – in cui non vi siano misure notificate dallo Stato, «le ricorrenti non possono trovarsi, a causa di ciò, in una situazione concorrenziale di svantaggio rispetto ad altre imprese la cui attività economica si colloca nel medesimo settore di tali ricorrenti» (punto 71).

Da queste valutazioni emerge che i "grandi assenti" della vicenda, specie dal punto di vista procedurale, sono gli Stati membri. Tuttavia, come è strutturale nel sistema di controllo degli aiuti, è da loro che dipende in concreto la predisposizione di un aiuto e la notifica della misura progettata alla Commissione.

Il Tribunale ha riconosciuto che "da un punto di vista giuridico" gli Stati possono comunque dimostrare che un aiuto a favore di imprese operanti in settori diversi da quelli indicati negli Orientamenti è giustificato *ex* art. 107, par. 3, lett. c), TFUE (punto 41). L'A.G. ha richiamato la giurisprudenza secondo cui gli Stati conservano la facoltà di notificare alla Commissione progetti di aiuto che non soddisfano i requisiti previsti da orientamenti della Commissione (punto 43). La Corte ha, dunque, statuito che «nell'ambito dell'ETS, *nulla impedisce* ad uno Stato membro di notificare alla Commissione, a favore delle imprese di un settore economico non menzionato nell'allegato I», un progetto volto a ridurre un rischio concreto di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio (punto 67, cors. agg.).

È nell'ambito di quel "nulla" che si gioca la partita, di cui gli Stati membri sono protagonisti indiscussi, chiamati ad effettuare valutazioni politico-economiche di particolare delicatezza, data la varietà di interessi che orbitano attorno a misure con obiettivi ambientali.

La sentenza della Corte fornisce se non altro un chiarimento procedurale, utile agli Stati membri per ponderare le implicazioni in concreto dell'adozione o meno di misure a sostegno di imprese operanti in settori diversi da quelli individuati dalla Commissione.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

MISURE RESTRITTIVE UE: IL CASO *RT FRANCE C. CONSIGLIO* SULL'AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO DI ANNULLAMENTO CONTRO LA DECISIONE DI PROROGA DELLE MISURE RESTRITTIVE

Mesures restrictives de l'UE: l'affaire RT France c. Conseil *sur la recevabilité du recours en annulation contre la décision de maintenir les mesures restrictives*

EU restrictive measures: the RT France c. Council *case on the admissibility of the action for annulment against the decision to maintain the restrictive measures*

Trib., ordinanza 25 aprile 2023, causa T-605/22, *RT France c. Consiglio dell'Unione europea*

ILARIA CENDRET
(Junior Associate dello Studio Legale Unalome Legal, Lussemburgo)

L'ordinanza del Tribunale del 25 aprile 2023 *RT France c. Consiglio dell'Unione europea* (in prosieguo l'«ordinanza in commento»), ha ad oggetto il ricorso di annullamento introdotto dalla filiale francese del gruppo RT, che detiene il canale internazionale russo di notizie 24 ore su 24, avverso la decisione del Consiglio dell'UE di rinnovare le misure restrittive adottate al fine di proteggere l'integrità territoriale, la sovranità e l'indipendenza dell'Ucraina a seguito dell'annessione illegale della Crimea e di Sebastopoli. Tali misure, decise dall'Unione europea (in prosieguo "UE") nel 2014, sono state, come noto, rinforzate ed estese successivamente all'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa iniziata il 24 febbraio 2022.

Il 1° marzo 2022, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la decisione n. 2022/351 e il regolamento n. 2022/350, con l'obiettivo di vietare la propaganda a sostegno dell'aggressione militare dell'Ucraina, effettuata da media posti sotto il controllo permanente – diretto o indiretto – di dirigenti della Federazione Russa e volta a condizionare la società civile dell'Unione e dei paesi limitrofi.

Il nome di RT France è stato inserito nell'allegato IX della decisione n. 2014/512, modificata dalla decisione n. 2022/351, e nell'allegato XV

del regolamento n. 833/2014, modificato dal regolamento n. 2022/350 (in prosieguo la «lista»). Di conseguenza, la trasmissione di contenuti audiovisivi ad opera di questa emittente, tramite qualsiasi mezzo, è stata temporaneamente vietata in tutti i paesi dell'UE. Tale misura era circoscritta nel tempo, essendo inizialmente efficace, ai sensi della decisione n. 2022/327, fino al 31 luglio 2022.

Avverso tali atti RT France ha introdotto un ricorso di annullamento dinanzi al Tribunale, che è stato respinto con la sentenza del 27 luglio 2022 *RT France c. Consiglio dell'Unione europea*.

Con decisione n. 2022/1313, il Consiglio ha prorogato il divieto di trasmissione per un periodo di sei mesi, vale a dire fino al 31 gennaio 2023, e ne ha dato informazione alla ricorrente con lettera del 27 luglio 2022. Come si è detto sopra, contro tale proroga RT France ha proposto un nuovo ricorso di annullamento

Nell'ordinanza in commento, il Tribunale ha respinto l'eccezione di irricevibilità proposta dal Consiglio, ai sensi dell'art. 130 RP Trib. (vedi punto 14 dell'ordinanza in commento; si segnala che a seguito di rinuncia agli atti, la causa è stata poi cancellata dal ruolo: vedi l'ordinanza del Tribunale del 26 giugno 2023, *RT France c. Consiglio dell'Unione europea*).

Per quanto interessa ai fini del presente commento, va ricordato che il Consiglio contestava l'ammissibilità del ricorso, ritenendo che la lettera del 27 luglio 2022, avverso la quale il ricorso era formalmente diretto, non fosse un atto impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE, poiché mirava solo ad informare la ricorrente dell'intenzione di prorogare le misure restrittive. Infatti, essa non produrrebbe alcun effetto giuridico distinto rispetto agli atti di mantenimento dell'iscrizione del nome di RT France sulla lista ed avrebbe, così, un valore puramente informativo dell'adozione della decisione n. 2022/1313.

Al riguardo, è opportuno sottolineare che la questione inerente alla ricevibilità di un ricorso diretto all'annullamento di una lettera, mediante la quale il Consiglio informa il destinatario dell'adozione o del rinnovo delle misure restrittive nei suoi confronti, non è stata affrontata e risolta dalla giurisprudenza in maniera uniforme. Infatti, in alcuni casi, il Tribunale ha ritenuto l'inammissibilità, benché parziale, del capo di conclusione relativo all'annullamento di tale tipo di lettera (vedi, *inter alia*, *Post Bank Iran c. Consiglio del'Unione europea*, punto 43); in altri casi, esso ha riqualificato il ricorso come diretto, in sostanza, contro la decisione (PESC) e il regolamento (UE) che ne attua le misure, in forza dei quali il Consiglio aveva disposto il rinnovo delle misure restrittive contestate, sebbene tali atti non fossero stati formalmente identificati nel ricorso (vedi *Dalokay Şanli c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 36).

Al fine di analizzare l'ammissibilità del ricorso, nella fattispecie in esame il Tribunale opera un ragionamento in due tempi.

In primis, ricorda che, per poter essere suscettibili di ricorso *ex* art. 263 TFUE, gli atti impugnati devono produrre degli effetti giuridici obbligatori tali da modificare la situazione giuridica della parte ricorrente, rispetto alla situazione esistente prima dell'atto impugnato. Secondo la giurisprudenza, un atto avente un carattere "puramente informativo" non rientra in tale definizione in quanto la situazione giuridica del ricorrente non risulterebbe modificata (vedi *Sina Bank c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 31). Nel caso di specie, la lettera impugnata, inviata a seguito dell'adozione della citata decisione n. 2022/1313, informava RT France dell'intenzione del Consiglio di prolungare le misure restrittive fino al 31 luglio 2023, apportando nondimeno degli elementi complementari di motivazione, al fine di esplicitare esaustivamente le ragioni che giustificavano il rinnovo di dette misure.

Il Tribunale conferma dunque che si tratta di un atto meramente informativo, che, in quanto tale, non può essere oggetto di un ricorso di annullamento, ai sensi dell'art. 263 TFUE (vedi punto 34 dell'ordinanza in commento).

Tuttavia, e, *in secundis*, il Tribunale ricorda (vedi punto 40 dell'ordinanza in commento) la giurisprudenza in virtù della quale le conclusioni in annullamento devono essere interpretate alla luce dei termini stessi dell'atto introduttivo e del contesto in cui sono state presentate (vedi *Sina Bank c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 32).

Al fine di accertare quale sia l'atto impugnato, un'analisi del ricorso risulta così imprescindibile. Dunque, sebbene la parte ricorrente abbia chiaramente identificato la lettera del 27 luglio 2022 come l'atto di cui chiede l'annullamento, il Tribunale ritiene tuttavia che il ricorso vada esaminato nella sua globalità. In particolare, esso rileva che nel ricorso vi sia, in primo luogo, un espresso riferimento alla decisione n. 2022/1313, in secondo luogo, una manifesta contestazione, a titolo generale, della proroga dell'interdizione di diffusione di contenuti audiovisivi.

Peraltro, incidentalmente, il Tribunale ha rilevato che la lettera impugnata sollevava un dubbio riguardo al termine delle misure (31 luglio 2023) che divergeva da quello indicato nella decisione n. 2022/1313 (31 gennaio 2023), sicché la ricorrente poteva essere stata indotta in errore su una sua eventuale portata decisionale proprio con riguardo all'indicazione della durata della proroga delle misure restrittive in questione e sulla conseguente necessità di impugnarla (vedi punto 43 dell'ordinanza in commento).

In definitiva, se ad un primo esame formalistico, supportato, come detto, da un filone giurisprudenziale non maggioritario, il ricorso

appariva come irricevibile, nella misura in cui la società ricorrente non aveva correttamente identificato l'atto impugnato, il Tribunale ha ciò nonostante fatto prevalere l'approccio sostanzialistico. L'ordinanza in commento coglie, dunque, la finalità ultima del ricorso, diretto all'annullamento della decisione di proroga delle misure restrittive in questione, anche in considerazione della difficoltà, talvolta riscontrata in materia, nell'individuare gli atti impugnabili nel caso di rinnovo di misure restrittive. Inoltre, il Tribunale ha tenuto presente che la ricorrente aveva già contestato le prime misure restrittive adottate nei suoi confronti, con un ricorso che è stato peraltro deciso in tempi rapidissimi, cosicché essa si è vista obbligata a introdurre un nuovo ricorso anziché chiedere, come spesso avviene in materia di misure restrittive, di adattare le conclusioni del ricorso iniziale, ai sensi dell'art. 86 RP Trib.

Un'ultima riflessione riguarda gli aspetti meramente procedurali della causa. Come detto, l'eccezione del Consiglio è stata sollevata ai sensi dell'art. 130, par. 1, RP Trib., che consente alla parte convenuta di domandare a quest'ultimo di pronunciarsi sull'irricevibilità senza statuire sul merito. In tal caso, ai sensi del par. 7 del medesimo articolo, il Tribunale è tenuto a statuire «nel più breve termine possibile» oppure, qualora vi siano delle «circostanze particolari», rinvia l'esame della ricevibilità al giudizio di merito. Tale disposizione, che è stata introdotta nel nuovo regolamento di procedura del Tribunale del 2015, mira, in sostanza, a dettare la tempistica che il Tribunale deve seguire qualora sia eccepita l'irricevibilità del ricorso, sospendendo l'esame nel merito dello stesso, e ciò allo scopo di non far allungare eccessivamente la durata del processo.

In particolare, l'attuale formulazione del par. 7 sembra imporre al Tribunale l'adozione di una decisione – precisamente un'ordinanza – rapida, indipendentemente dalla circostanza se esso decida di accogliere o di respingere l'eccezione di irricevibilità. La riunione della decisione sulla ricevibilità al giudizio di merito deve invece essere disposta solo se giustificata da «circostanze particolari».

In altri termini, anche nei casi in cui il Tribunale ritenga che l'eccezione non sia fondata, anziché rinviarne l'esame al giudizio di merito, dovrebbe respingerla, come ha fatto nel caso di specie, con ordinanza. Nella prassi quest'approccio viene seguito assai di rado (vedi, *inter alia*, *European Dynamics Luxembourg e a. c. UAMI*; *Telecom c. Commissione*; *Cambogia e CRF c. Commissione*) e il Tribunale sembra perseguire, nonostante la modifica dell'art. 130 RP Trib., nell'orientamento tradizionale consistente nell'interrompere l'incidente procedurale rappresentato dall'eccezione di irricevibilità e rispondere alla stessa nell'ambito del giudizio di merito; talvolta, quando l'eccezione

sollevi questioni spinose, il Tribunale preferisce rigettare il ricorso nel merito, in virtù del principio di buona amministrazione della giustizia, senza statuire preliminarmente sulla sua ricevibilità, conformemente a quanto stabilito nella nota sentenza *Consiglio c. Boehringer*, punto 52.

L'ordinanza in commento è dunque particolarmente interessante sotto questo profilo nella misura in cui fa parte di un ristretto numero di cause in cui il Tribunale ha deciso di respingere l'eccezione anziché riunirla strumentalmente al merito.

Resta da chiedersi se, nella fattispecie in esame, il fatto che pendesse un'impugnazione della sentenza del 27 luglio 2022 dinanzi alla Corte – cancellata poi dal ruolo (vedi la pronuncia della Corte di giustizia del 28 luglio 2023, *RT France c. Consiglio dell'Unione europea*) a seguito di una rinuncia agli atti della società ricorrente – che riguardava le prime misure restrittive (strettamente connesse a quelle impugnate con il ricorso in questione), non poteva rientrare nella nozione di «circostanze particolari» che avrebbero potuto giustificare la riunione dell'esame della ricevibilità al merito.

Alla lettura dell'ordinanza in esame emerge un chiaro segnale da parte del Tribunale di far prevalere, nella disamina delle questioni di ricevibilità e almeno nel settore assai delicato e complesso delle misure restrittive, l'approccio sostanzialistico su quello formalistico. Considerata la complessità procedurale propria della materia, solo il futuro potrà confermare tale lettura.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

SEGNALAZIONI
Contenzioso nei ricorsi diretti

INTERESSE AD AGIRE *PRIUS* LOGICO NELL'ESAME DELLA RICEVIBILITÀ? BREVI NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA DEL 15 GIUGNO 2023, *SILVER E A./CONSIGLIO*, C-499/21 P

Intérêt à agir prius *logique dans l'examen de la recevabilité? Note brève sur l'arrêt du 15 juin 2023,* Silver e.a./Conseil*, C-499/21 P*

Interest in bringing proceedings as a logical prius *in the admissibility examination? A brief commentary on judgment of 15 June 2023,* Silver and Others / Council*, C-499/21 P*

DANIELE P. DOMENICUCCI
(Referendario presso il Tribunale dell'Unione europea)*

Con sentenza del 15 giugno 2023 (*Silver e a. c. Consiglio*, in prosieguo la "sentenza"), la Corte di giustizia (in prosieguo la "Corte") ha rigettato l'impugnazione avverso l'ordinanza dell'8 giugno 2021 (*Silver e a. c. Consiglio*, in prosieguo l'"ordinanza impugnata"), con la quale il Tribunale aveva respinto il ricorso di alcuni cittadini britannici diretto all'annullamento parziale della decisione (UE) 2020/135 del Consiglio, del 30 gennaio 2020, relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica in *GUUE* 2020, L 29, p. 1 (in prosieguo la "decisione controversa"), nella parte in cui li privava del loro *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti inerenti a tale *status*.

Come noto, l'art. 263, 4° c., TFUE prevede due ipotesi in cui la legittimazione ad agire viene riconosciuta a una persona fisica o giuridica per proporre un ricorso contro un atto dell'Unione di cui essa non è destinataria. In primo luogo, tale ricorso può essere proposto a condizione che l'atto la riguardi direttamente ed individualmente (v. art. 263, 4° c., seconda parte di frase). In secondo luogo, la suddetta persona può proporre ricorso contro un atto regolamentare che non comporti

* Le opinioni espresse nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non impegnano in alcuno modo l'Istituzione di appartenenza.

misure di esecuzione se esso la riguarda direttamente (v. art. 263, 4° c., terza parte di frase).

Nella causa sfociata nell'ordinanza impugnata, il Tribunale ha, in un primo momento, deciso di riunire al merito l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Consiglio *ex* art. 130, par. 1, del regolamento di procedura del Tribunale (in prosieguo "RP Trib."), per poi respingere il ricorso per carenza di legittimazione ad agire dei ricorrenti (rammentando, in proposito, che tale opzione non era stata inficiata dalla previa riunione al merito; v. punti 28 e 29 dell'ordinanza). Il Tribunale ha infatti ritenuto, rispettivamente, che i ricorrenti non fossero individualmente interessati dalla decisione controversa, ai sensi della seconda parte di frase dell'art. 263, 4° c., TFUE, e che tale decisione non potesse essere qualificata come atto regolamentare, ai sensi della terza parte di frase della disposizione in parola.

Più in particolare, nel ricordare il carattere cumulativo dei due requisiti previsti dall'art. 263, 4° c., seconda parte di frase, TFUE, il Tribunale, in ossequio verosimilmente al medesimo paradigma dell'eccezione di irricevibilità (v. punto 30 dell'ordinanza), esamina dapprima il requisito relativo all'incidenza individuale sui ricorrenti della decisione controversa (v. punti 38-67 dell'ordinanza), pervenendo alla conclusione che tale requisito non sia soddisfatto nel caso di specie, senza verificare la sussistenza del requisito dell'incidenza diretta, sebbene sia l'unico in comune tra le ipotesi di legittimazione ad agire previste alla seconda e alla terza parte di frase dell'art. 263, 4° c., TFUE. Il Tribunale continua poi il vaglio della ricevibilità del ricorso alla luce dell'art. 263, 4° c., terza parte di frase, TFUE, ritenendo che la decisione controversa non possa essere qualificata come atto regolamentare ai sensi di tale disposizione (v. punti 68-97 dell'ordinanza). Di conseguenza, accoglie l'eccezione di irricevibilità e respinge il ricorso in quanto irricevibile.

La Corte, come detto, rigetta l'impugnazione e conferma l'irricevibilità del ricorso, avvalendosi però del filtro, relativamente meno complesso, del difetto di interesse (e non della legittimazione) ad agire dei ricorrenti. È appena il caso di precisare che, nelle more dell'impugnazione, in risposta ad alcune questioni pregiudiziali poste dal Tribunale di Auch (Francia), la Corte ha avuto modo di confermare la validità della decisione controversa (v. *Préfet du Gers e Institut national de la statistique et des études économiques*, punti 84-102) e ha infatti interrogato le parti circa l'incidenza di tale sentenza sulla ricevibilità del ricorso dinanzi al Tribunale (v. punto 25 della sentenza).

Sotto il profilo prettamente procedurale, la sentenza presenta dunque un certo interesse nella misura in cui ribadisce ed esalta la distinzione tra l'interesse ad agire, da una parte, e la legittimazione ad

agire, dall'altra, e sembra suggerire un preciso ordine logico nell'esame di tali condizioni di ricevibilità, sebbene solo la seconda sia formalmente prevista dal trattato, la condizione dell'interesse ad agire essendo, come noto, una nozione di creazione giurisprudenziale.

In via preliminare, dopo aver rilevato incidentalmente che, per ragioni di economia processuale, il Tribunale è partito dalla premessa secondo cui la «perdita» o la «privazione» dello *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti ad esso connessi sarebbero una conseguenza dell'adozione della decisione controversa, la Corte precisa che qualsiasi circostanza relativa alla ricevibilità del ricorso di annullamento in primo grado può costituire un motivo di ordine pubblico rilevabile d'ufficio in sede di impugnazione (v. punti 37-38 della sentenza). Prosegue poi il ragionamento ricordando le due condizioni che le persone fisiche o giuridiche non destinatarie di un atto devono soddisfare, ai sensi dell'art. 263, 4° c., TFUE, per essere legittimate ad agire contro lo stesso, nonché la necessità, sempre ai fini della ricevibilità del ricorso, di dimostrare di avere un interesse ad ottenere l'annullamento dell'atto contestato (v. punti 39-40 della sentenza). Infine, riferendosi alla propria giurisprudenza, ormai consolidata (v., *inter alia*, *Mory e a. c. Commissione*, punto 62), la Corte ribadisce che l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire costituiscono condizioni di ricevibilità distinte che una persona fisica o giuridica deve soddisfare cumulativamente per essere legittimata a proporre un ricorso di annullamento ai sensi dell'art. 263, 4° c., TFUE (in precedenza, v. tuttavia *Deutsche Post e Germania c. Commissione*, punto 38, in cui la Corte aveva precisato che il requisito secondo cui gli effetti giuridici vincolanti del provvedimento impugnato devono essere tali da incidere sugli interessi del ricorrente si sovrappone alle condizioni di cui all'art. 263, 4° c., TFUE).

Senza rivelarne esplicitamente le ragioni, la Corte solleva quindi d'ufficio la questione della sussistenza dell'interesse ad agire in capo ai ricorrenti, ritenendo, di conseguenza, superfluo lo scrutinio degli errori di diritto eventualmente commessi dal Tribunale nel ritenere i ricorrenti privi di legittimazione ad agire (v. punto 42 della sentenza).

Come noto, l'interesse ad agire, la cui sussistenza deve essere dimostrata dal ricorrente, presuppone che l'annullamento dell'atto impugnato possa produrre di per sé conseguenze giuridiche e che il ricorso possa pertanto, con il suo esito, procurare un beneficio alla parte che lo ha proposto. Tale interesse, che deve sussistere, alla luce dell'oggetto del ricorso, al momento della sua presentazione, a pena di irricevibilità, e perdurare fino alla pronuncia del giudice, pena il non luogo a statuire, deve essere concreto ed attuale e non può quindi riguardare una situazione futura ed ipotetica. Come è stato precisato più

volte in giurisprudenza, l'interesse ad agire costituisce dunque il presupposto essenziale e preliminare di qualsiasi azione giurisdizionale (v. *Mory e a. c. Commissione*, cit., punti 55-58).

La differenza tra le due condizioni dell'interesse ad agire e della legittimazione ad agire si manifesta soprattutto al momento della loro disamina. Se la legittimazione ad agire rappresenta, per lo più, il legame giuridico tra il ricorrente e l'atto impugnato, l'interesse ad agire dipende essenzialmente da una valutazione di tipo fattuale, poiché presuppone che il ricorrente dimostri quale sia l'effetto utile che conseguirebbe a seguito dell'annullamento richiesto.

Nella sentenza, la Corte ricorda, nell'ordine, che (i) ai sensi dell'art. 50, par. 1, TUE, la decisione di recedere dall'UE dipende dalla scelta sovrana dello Stato interessato (v. punto 44 della sentenza); (ii) in virtù degli artt. 9 e 20, par. 1, TUE, la perdita della cittadinanza di uno Stato membro comporta *ipso iure*, per la persona interessata, quella dello *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti ad esso connessi (v. punto 45 della sentenza); (iii) nella fattispecie, la perdita di tale *status* è dunque una conseguenza automatica della sola decisione, adottata sovranamente dal Regno Unito, di recedere dall'Unione, e non dell'accordo di recesso o della decisione controversa (v. punto 46 della sentenza). Sicché, un eventuale annullamento della decisione controversa non avrebbe potuto procurare alcun beneficio ai ricorrenti suscettibile di fondare un loro interesse ad agire, poiché siffatta perdita non sarebbe stata, in ogni caso, rimessa in discussione da tale annullamento (v. punto 47 della sentenza).

Sebbene la Corte non abbia formalmente censurato l'ordinanza del Tribunale (v. punto 49 della sentenza), essa ne ha tuttavia sconfessato di fatto il ragionamento, peraltro assai articolato, che sottendeva il rigetto del ricorso in quanto irricevibile per carenza di legittimazione ad agire. È infatti evidente, considerato che il risultato finale è lo stesso, che, se avesse condiviso l'*iter* logico-argomentativo seguito dal Tribunale, la Corte avrebbe potuto agevolmente confermarlo nella sostanza invece di ricorrere ad un'altra condizione di ricevibilità, apparentemente nemmeno invocata dal Consiglio.

Seguendo una logica inversa rispetto alla sentenza 17 settembre 2015 (*Mory e a. c. Commissione*, cit., punto 85) – in cui aveva, da una parte, annullato l'ordinanza d'irricevibilità poiché il Tribunale aveva ritenuto erroneamente che le ricorrenti non avessero dimostrato il loro interesse ad agire e, dall'altra, respinto il ricorso davanti a quest'ultimo per difetto di legittimazione ad agire delle stesse –, nel caso in esame la Corte fa prevalere la constatazione fattuale, che presenta nondimeno degli elementi di valutazione che si sovrappongono a quelli propri dell'incidenza diretta (il cui esame, come detto, non è stato svolto dal

Tribunale), secondo cui i ricorrenti erano privi di interesse ad ottenere l'annullamento degli atti impugnati, alla valutazione giuridica della loro legittimazione ad agire. Come rilevato in via incidentale, la Corte verosimilmente non condivideva la premessa da cui era partito il Tribunale secondo cui la privazione dello *status* di cittadino dell'Unione sarebbe stata una conseguenza dell'adozione della decisione controversa (v. punto 37 della sentenza) e, per questo, ha esaminato il prisma della ricevibilità da una diversa angolazione.

Se la natura di «presupposto essenziale e preliminare di qualsiasi azione giurisdizionale» che viene riconosciuta alla condizione dell'interesse ad agire lascia supporre che esso rappresenti un *prius* logico nell'esame della ricevibilità di un ricorso di annullamento proposto da una persona fisica o giuridica contro un atto di cui non è destinataria (v., in tal senso, *Mory e a. c. Commissione*, cit., punti 55 e 59), resta il fatto che tale condizione non solo non è indicata nel trattato, ma, qualora non ne sia espressamente eccepita l'insussistenza, essa imporrebbe al Tribunale una valutazione di carattere fattuale necessariamente preceduta da un inizio di attività istruttoria almeno per quanto attiene al rispetto del principio del contraddittorio (v. *Réexamen M c. EMEA*, punto 41), in ossequio all'art. 64 RP Trib., il che potrebbe, in taluni casi, velatamente collidere con le esigenze di economia processuale e di celerità del processo.

Per quanto la questione della ricevibilità dei ricorsi *ex* art. 263 TFUE continui ad essere uno degli argomenti più spinosi e aggrovigliati del diritto processuale dell'Unione, al punto che potrebbe apparire talvolta più agevole arrestare l'esame della stessa alla verifica della sussistenza dell'interesse ad agire del ricorrente, sembra arduo, allo stato, preconizzare un approccio del Tribunale volto ad esaminare sistematicamente, in via preliminare (in particolare ogni qualvolta vi sia un'eccezione di irricevibilità ai sensi dell'art. 130 RP Trib. che non si fondi su di esso), la sussistenza di tale interesse, ma forse non è necessariamente questo l'insegnamento da trarre dalla sentenza.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

IL LIVELLO DI SINDACATO DELLE CORTI EUROPEE

Le niveau du contrôle des juridictions européennes

The Scope of Review of the European Courts

Corte giust., sentenza 4 maggio 2023, causa C-389/21 P, *BEI c. Crédit lyonnais*

DAVIDE CIMARELLI
(Avvocato)

Premessa

Al fine di approfondire il controverso tema inerente il livello di sindacato degli organi giurisdizionali dell'Unione nel valutare la legittimità degli atti amministrativi adottati dalle altre istituzioni, si segnalano le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Emiliou («AG») e la sentenza della Corte nella causa C-389/21 P, *BEI c. Crédit lyonnais*. La causa riguardava l'applicazione delle norme UE in materia prudenziale, derivanti dal c.d. trattato Basilea III che disciplina il mondo delle banche, il cui fine principale è quello di rendere il sistema bancario più solido e capace di reagire ad eventuali shock finanziari. Tra le misure adottate è previsto il vincolo del *leverage ratio* o vincolo alla leva finanziaria, ossia un limite al rap- porto tra il capitale della banca e il volume delle attività.

In una sentenza del 14 aprile 2021, il Tribunale aveva accolto il ricorso di annullamento introdotto dalla banca Crédit Lyonnais contro la decisione della BCE che rifiutava a tale banca la concessione in deroga alla *leverage ratio* richiesta dalle norme prima citate. La BCE ha impugnato tale sentenza innanzi la Corte di giustizia, lamentando inter alia un eccesso di sindacato giurisdizionale del giudice di prime cure, sollevando quindi un argomento definito dall'AG di natura sistemica e costituzionale: il livello di sindacato degli organi giurisdizionali dell'Unione nel valutare la legittimità delle decisioni amministrative adottate dalle altre istituzioni, in presenza di un potere discrezionale di queste ultime.

Tale tema, definito per i non deboli di cuore, è oggetto di notevoli controversie tra gli operatori giuridici e negli ambienti accademici, motivo per cui nelle conclusioni presentate, l'AG ha svolto una ricostruzione sistematica della materia.

Il quadro normativo

Rileva l'AG che ai sensi dell'art. 13, par. 2, TUE ciascuna istituzione dell'Unione «agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferiti dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste» secondo un principio di equilibrio istituzionale. Ciò detto, egli volge la sua attenzione all'art. 263 TFUE, che precisa la *portata* del sindacato giurisdizionale che la Corte deve esercitare in caso di contestazione della legittimità di un atto UE senza tuttavia precisare il livello di intensità che tale sindacato debba avere.

A suo parere, si deve quindi ritenere che il sindacato giurisdizionale sia massimo (o pieno) in riferimento all'accertamento di fatti semplici o primari, mentre tale sindacato si marginalizza nel caso in cui le istituzioni UE abbiano un potere discrezionale nella applicazione delle disposizioni. L'analisi dell'AG prosegue individuando due categorie di potere discrezionale: la prima riferita alla opportunità o meno di agire e/o al modo di agire (c.d. discrezionalità politica) e la seconda riferita invece alla valutazione di situazioni complesse (c.d. discrezionalità tecnica).

Tale distinzione viene fatta risalire ai primissimi anni di attività della Corte ed ai principi sanciti nella sentenza *Meroni* che ha effettivamente di- stinti le due categorie.

L'attenta analisi prosegue nella individuazione dei due principali approcci giurisprudenziali elaborati dalla Corte sul punto.

Il primo riconosce la marginalità del sindacato giurisdizionale nel caso di riconoscimento di un ampio potere discrezionale in capo all'istituzione in materia di «policy»: in tal caso solo la manifesta inidoneità del provvedimento potrebbe dare luogo al detto sindacato.

Dall'altro lato, nel caso di valutazioni tecniche complesse compiute delle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni, il sindacato si limita alla verifica dell'osservanza delle regole procedurali e di motivazione nonché alla assenza di errori materiali o manifesti, senza però che sia previsto il riesame *ex novo* di tutti gli elementi posti alla base del provvedimento.

Proprio sull'errore manifesto si sofferma l'AG, sostenendo che per stabilire un errore di valutazione manifesto non è sufficiente il mero disaccordo dell'organo giudicante sulla opportunità della scelta fatta dalla istituzione UE, ma sia necessaria la totale ingiustificabilità delle valutazioni compiute dalla stessa sulla scorta dei fatti e degli elementi di prova po-

sti a fondamento delle medesime decisioni. Non si tratta quindi di opinioni divergenti, ma si potrebbe dire - della totale assenza di correlazione tra presupposti e decisione.

Conclude l'avvocato Emiliou che stabilire quindi gli esatti confini del potere discrezionale e di conseguenza del sindacato giurisdizionale, sia un compito a volte particolarmente difficile e varia da caso a caso, indicandoci però le più importanti variabili da tenere in considerazione.

La prima variabile è inerente il margine di manovra riconosciuto alle istituzioni quando agiscono in veste legislativa (più ampia) rispetto a quando agiscono nel contesto amministrativo (più ristretto).

La seconda variabile è la natura politica dell'atto impugnato, che garantisce all'istituzione un ampio margine di manovra insindacabile a differenza del caso in cui si tratti di discrezionalità tecnica in cui tale campo di manovra è assai più limitato.

La terza variabile ci dice che il margine di discrezionalità concesso dipende dalla formulazione e dall'obiettivo delle disposizioni pertinenti.

La quarta variabile da esaminare porta a considerare la natura del diritto invocato dal ricorrente ed il livello di interferenza lamentato con lo stesso.

Nella analisi dell'annosa questione, l'AG conclude affermando che non esista un'unica e specifica intensità di giudicato giurisdizionale valida in tutte le occasioni in cui le istituzioni dell'Unione godano di un certo grado di discrezionalità: il controllo «marginale» cui i giudici hanno più volte fatto riferimento può essere più o meno marginale, rimanendo in capo agli stessi, alla luce delle considerazioni svolte, la decisione sulla intensità del controllo da applicare nell'esame dell'uso discrezionale del potere di una istituzione.

Proprio alla luce di tali conclusioni, l'AG ritiene che il Tribunale, nella impugnata sentenza, sia andato oltre il mero controllo di legittimità della decisione: effettuando un esame autonomo della questione, ha oltrepassato il limite su indicato, sostituendo la propria valutazione a quella dell'ente e pertanto che la sentenza debba essere annullata. Successivamente, ritenendo che fosse possibile statuire definitivamente sulla controversia, conclude proponendo alla Corte il rigetto del ricorso presentato.

La sentenza della Corte, emessa da una sezione a cinque giudici che comprendeva fra gli altri il Presidente ed il vice Presidente della Corte, sembra in linea con le conclusioni sopra esaminate, in quanto anche la Corte arriva alla conclusione che il Tribunale non si sia limitato ad effettuare un controllo dell'errore manifesto di valutazione, ma abbia sostituito la propria valutazione a quella della BCE, in un caso in cui tale istituzione godeva di un ampio margine di discrezionalità. La sentenza è tutta-

via piuttosto breve ed in particolare solo pochi passaggi sono dedicati alla spiegazione dell'errore di diritto in cui è incorso il Tribunale. Vista la natura sistemica e costituzionale del delicato argomento trattato, ci si sarebbe forse potuti attendere una più profonda disamina delle questioni sollevate in sede di impugnazione dalla BCE.

Con ciò, la Corte ha forse perso l'occasione per svolgere una attenta disamina della questione sollevata inerenti i limiti del controllo giurisdizionale, anche alla luce dell'esame dettagliato delle conclusioni qui sinteticamente analizzate.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE ED EFFETTO DIRETTO *IN MALAM PARTEM* IN MATERIA PENALE: UNA NUOVA STAGIONE ROMENA PER LA SAGA TARICCO?

Protection des intérêts financiers de l'Union et effect direct in malam partem *en matière pénale : une nouvelle saison roumaine pour la saga Taricco?*

Protection of the Financial Interests of the Union and Direct Effect in Malam Partem *in Criminal Matters: a New Romanian Run for the Taricco Saga?*

Corte giust., Grande sez., sentenza 24 luglio 2023, causa C-107/23, *Lin*

PIER FRANCESCO BRESCIANI
(Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna)

Il caso Lin *in sintesi*

Con la sentenza *Lin* la Grande sezione della Corte di giustizia ha affermato che l'obbligo di prevedere sanzioni dissuasive ed effettive a tutela degli interessi finanziari dell'Unione osta alla revisione di condanne penali definitive mediante l'applicazione retroattiva di un sopravvenuto regime di prescrizione più favorevole in forza del principio costituzionale della *lex mitior*. Inoltre, la Corte ha ribadito che il giudice nazionale che disapplichi le decisioni vincolanti delle supreme giurisdizioni interne che imporrebbero la revisione dei giudicati non può essere sanzionato disciplinarmente.

La pronuncia è interessante per un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, essa riprende e sviluppa la posizione della Corte di giustizia su alcune questioni molto dibattute nel contesto della saga Taricco (v. *Taricco e a.* e *M.A.S. e M.B.*), tra cui, in particolare, i problemi dell'applicazione diretta del diritto UE *in malam partem* in materia penale e quello, connesso, della competenza della Corte a svolgere un bilanciamento degli standard nazionali di tutela più elevata dei diritti fondamentali con i principi del primato, unità ed effettività del diritto UE.

Peraltro, mentre la saga Taricco si era conclusa con la risoluzione del potenziale conflitto tra ordinamento dell'Unione e ordinamento nazionale attraverso il riconoscimento dell'applicabilità dello standard di tutela nazionale più elevato, in *Lin* la Corte di giustizia ne impone invece la parziale disapplicazione, con la conseguenza che se le giurisdizioni romene non accetteranno tale soluzione, il conflitto ordinamentale da virtuale potrà diventare reale. C'è, cioè, la possibilità di una risposta nazionale sulla linea dei problematici precedenti di alte giurisdizioni nazionali che hanno, in passato, messo in discussione il primato del diritto UE (come le recenti decisioni del *Trybunał Konstytucyjny* polacco del 2021 nn. P 7/20 e K 3/21 e, prima, la sentenza n. 22 del 2016 del *Alkotmánybíróság* ungherese, la decisione della *Højesteret* danese nel caso *Ajos*, sempre del 2016, e quella della *Ústavní soud* della Repubblica Ceca nel caso Pl. ÚS 5/12).

Su un piano più generale, poi, *Lin* è una decisione importante perché rappresentativa di alcune tendenze evolutive di lungo periodo della dottrina dell'effetto diretto che – operando, in sostanza, sulla sola base dell'incondizionatezza della norma da applicare direttamente e a prescindere dal fatto che essa attribuisca un vantaggio a una delle parti coinvolte nella controversia – sembrano spingere verso la progressiva affermazione nell'Unione di un sempre più generalizzato sindacato diffuso di conformità del diritto nazionale al diritto UE (v. su questa tendenza, criticamente, D. GALLO, 2022, p. 602 ss.).

Termini delle questioni pregiudiziali

Le questioni pregiudiziali decise in *Lin* erano state sollevate da un'autorità giudiziaria romena chiamata a pronunciarsi su dei ricorsi straordinari per l'annullamento di alcune condanne definitive per fatti di evasione fiscale in materia di IVA e accise sul gasolio e associazione per delinquere. I ricorrenti nel giudizio principale domandavano, in particolare, una revisione del proprio giudicato penale per la sopravvenienza di una disciplina più favorevole della prescrizione derivante da alcune sentenze della *Curtea Constituțională* che, se applicata ai loro casi, ne avrebbe comportato il proscioglimento.

In sintesi, la disciplina della prescrizione vigente al tempo dei processi, relativi a fatti del 2010, prevedeva un termine di 10 anni interrotto dal compimento di qualsiasi atto processuale nella causa. Con la sentenza n. 297/2018, tuttavia, il giudice costituzionale romeno aveva dichiarato illegittimo tale regime per la violazione del principio di legalità in materia penale in quanto l'attribuzione di un effetto interruttivo anche ad atti non comunicati alla persona sottoposta al procedimento penale comportava un livello di imprevedibilità dell'applicazione della norma incompatibile

con lo standard qualitativo richiesto per le leggi penali (cfr. *Curtea Constituţională*, cit., spec. parr. 25 ss.). Successivamente, formatisi diversi orientamenti giurisprudenziali sulla normativa risultante in seguito alla pronuncia di incostituzionalità, la sentenza n. 358/2022 ha chiarito che, in assenza di un intervento del legislatore, i giudici non avrebbero potuto applicare né il regime della prescrizione previgente né, tantomeno, introdurre cause di interruzione per analogia: nel periodo intercorrente tra la sentenza n. 297/2018 e un futuro intervento legislativo, pertanto, nessun atto processuale avrebbe potuto interrompere la prescrizione (*cfr. Curtea Constituţională*, cit., parr. 72-73).

Anche se le sentenze del giudice costituzionale romeno hanno in genere effetto solo per il futuro (art. 147, comma 4 *Constituţia României*), il regime di prescrizione risultante dalle richiamate sentenze della *Curtea Constituţională* – decennale e non interrompibile – costituisce una norma penale di diritto sostanziale più favorevole e va applicato retroattivamente (art. 15, comma 2 *Constituţia României*). Per questa ragione, la *Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie* ha stabilito con la sentenza n. 67/2022 che – salvi i casi di decisione espressa sulla questione dell'applicabilità del regime di prescrizione più favorevole – il ricorso straordinario di annullamento permette di ridiscutere le condanne divenute definitive dopo la sentenza n. 297/2018 in tutti i casi in cui l'applicazione del nuovo regime più favorevole avrebbe comportato l'estinzione del processo per l'intervento della prescrizione. Le sentenze di condanna passate in giudicato prima della sentenza n. 297/2018 restano invece irrevocabili (cfr. sent. n. 67/2022 cit., *a doua chestiune de drept*, spec. cpv. 11 ss.).

Per semplificare al massimo, siccome è su questo punto che divergono la soluzione interna e quella europea: l'applicazione retroattiva del regime di prescrizione più favorevole comporta l'invalidità degli atti interruttivi della prescrizione non solo successivi, ma anche precedenti alla sentenza n. 297/2018 (cfr. *Lin*, punto 78). Tutte le condanne divenute definitive dopo la sentenza n. 297/2018, che non abbiano esplicitamente considerato la questione del regime di prescrizione applicabile, possono quindi essere revocate se, in assenza dell'interruzione della prescrizione, il termine ordinario di 10 anni sarebbe scaduto prima della condanna.

In questo contesto, un giudice romeno domanda alla Corte di giustizia di risolvere due questioni pregiudiziali (formalmente tre, ma così riunite anche dalla Corte): in primo luogo se le disposizioni del diritto UE che impongono agli Stati membri di lottare efficacemente contro le lesioni degli interessi finanziari dell'Unione ostino alla revoca dei giudicati penali in base alle sentenze della *Curtea Constituţională* e dell'*Înalta Curte* e, in caso di

risposta affermativa, se il diritto UE osti alla previsione o inflizione di sanzioni disciplinari in capo al giudice nazionale che abbia disapplicato, per tale ragione, le sentenze delle supreme magistrature nazionali.

L'effetto diretto dell'obbligo di prevedere sanzioni penali dissuasive ed effettive per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione

La prima questione che la Corte di giustizia deve risolvere per rispondere a tali quesiti è quella delle conseguenze della violazione dell'obbligo di prevedere sanzioni dissuasive ed effettive a tutela degli interessi finanziari dell'Unione discendente dagli art. 325, par. 1 TFUE e dell'art. 2, par. 1, Convenzione TIF (applicabile *ratione temporis*). In altre parole, fermo il dovere del legislatore nazionale di rimediare l'inadempimento, la Corte deve anzitutto valutare se tali norme hanno o no effetti diretti.

La questione ha un evidente rilievo processuale dal momento che se queste norme hanno effetto diretto, i giudici nazionali possono disapplicare la normativa interna con esse contrastante; se invece non hanno effetto diretto, la risoluzione dell'antinomia resterebbe rimessa ai soli strumenti previsti dai singoli ordinamenti nazionali (sindacato interno di costituzionalità ovvero riforma da parte degli organi legislativi) e sarebbe sanzionabile, a livello dell'Unione, solo attraverso una procedura di infrazione.

In linea con i propri precedenti (cfr. giurisprudenza citata in *Euro Box Promotion e a.*, punto 194), la Corte di giustizia conferma l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE che impone ai giudici nazionali di disapplicare tutte le normative o prassi interne che ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere reati gravi contro gli interessi finanziari dell'Unione generando rischi sistemici di impunità, tra cui un regime della prescrizione decennale e non interrompibile quale quello risultante dalle sentenze della *Curtea Constituțională* e della *Înalta Curte* (cfr. *Lin*, punti 88 ss.; ai fini di tale valutazione, la Corte fa riferimento anche ai dati sul funzionamento effettivo e sui tempi del sistema giudiziario romeno forniti dalla Commissione europea nel contesto di un meccanismo di monitoraggio sulle riforme dell'ordinamento giudiziario e la lotta alla corruzione avviato con l'ingresso della Romania nell'Unione, su cui v. la relazione della Commissione "*On Progress in Romania under the Cooperation and Verification Mechanism*").

L'effetto diretto dell'art. 325 TFUE è espressamente collegato dalla Corte ai suoi soli termini «chiari e precisi» e non «corredati di alcuna condizione» (*Lin*, punto 96). Ciò determina un duplice allentamento della dottrina dell'effetto diretto: sia in riferimento al requisito della "precisione", a cui è data, evidentemente, un'interpretazione molto ampia, sia a quello del

carattere attributivo di vantaggi della norma da applicare direttamente, che, previsto dalla formulazione originaria della dottrina, è qui completamente obliterato.

Sotto entrambi gli aspetti, *Lin* sembra pertanto confermare una tendenza a valorizzare un modello di *judicial review* non accentrato (presso le Corti costituzionali nazionali) ma di carattere diffuso.

In questa prospettiva, difatti, la Grande sezione della Corte di giustizia si muove in continuità con un proprio recente precedente in cui era stato riconosciuto effetto diretto anche al principio di proporzionalità della pena, inteso come divieto preciso e incondizionato di infliggere pene sproporzionate, abilitando così i giudici nazionali a disapplicare le normative interne che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto UE e prevedono pene eccessive (v. *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, su cui, criticamente, F. VIGANÒ, 2022; ho cercato di evidenziare alcuni possibili vantaggi di un sindacato diffuso compiuto da giudici comuni in P.F. BRESCIANI, 2022, pp. 637 ss.). Pur collocandosi nello stesso orizzonte ultimo di rafforzamento del sindacato diffuso attraverso un allentamento della dottrina *Van Gend en Loos*, *Lin* (così come *Taricco*) presenta tuttavia un profilo di problematicità specifico e ulteriore derivante dal fatto che l'effetto diretto opera a svantaggio dell'individuo sottoposto a un processo penale.

Il bilanciamento tra standard di tutela nazionale dei diritti e i principi di primato, unità ed effettività del diritto UE

Proprio perché l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE è *in malam partem*, il dovere di disapplicazione delle normative nazionali contrastanti è esplicitamente subordinato dalla stessa Corte di giustizia al rispetto dei diritti fondamentali della persona sottoposta al procedimento penale (oltre a *M.A.S. e M.B.*, cit., v. anche *Dzivev e a.*, punti 33 ss.). In contesti in cui l'azione degli Stati membri non è interamente determinata dal diritto UE, peraltro, le autorità nazionali possono applicare i propri standard di tutela dei diritti fondamentali, fermo restando che spetta alla Corte valutare che essi non compromettano né lo standard di tutela previsto dalla CdFUE né i principi di primato, unità ed effettività del diritto UE (cfr. *Lin*, punti 100 ss.).

È nel contesto dell'applicazione di questo limite che si possono inserire contrasti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali quando gli standard di tutela non sono uniformi.

Nel caso di specie, difatti, lo standard di tutela dei principi di legalità in materia penale e di retroattività della legge più favorevole applicato dalle

giurisdizioni romene è più elevato di quello dell'Unione, che ritiene entrambi i principi, previsti dall'art. 49 CdFUE, non applicabili alla prescrizione in quanto istituto di natura processuale (cfr. *Lin,* punto 108).

La soluzione finale della questione pregiudiziale dipende dunque dal bilanciamento tra gli standard romeni di tutela e i principi di primato, unità ed effettività del diritto UE.

A questo riguardo, la regola del conflitto affermata in *Lin* è che se è tollerabile il rischio di impunità generato dall'applicazione dello standard di tutela romeno relativo al principio di legalità in materia penale in base al quale non può essere applicato un regime di prescrizione che ha conseguenze imprevedibili per l'individuo, non è invece tollerabile l'aggravio di tale rischio che dipende dall'applicazione retroattiva del regime più favorevole (cfr. *Lin*, punti 118 e 120). In altre parole, l'assenza di cause di interruzione della prescrizione a partire dalla sentenza n. 297/2018, pur potendo compromettere l'efficacia della lotta contro le frodi gravi ai danni dell'Unione, non è incompatibile con i principi di primato, unità ed effettività del diritto UE; l'estensione dell'invalidità degli atti di interruzione della prescrizione anche agli atti avvenuti prima della sentenza n. 297/2018 e, dunque, la sua applicazione con effetti retroattivi determina invece un aumento del rischio sistemico di impunità che compromette i principi di primato, unità ed effettività del diritto UE.

La motivazione della decisione non chiarisce, in realtà, il criterio sostanziale che fonda la valutazione della Corte sull'intollerabilità del livello di rischio sistemico. Al riguardo, anche le conclusioni dell'Avvocato generale avevano sottolineato l'assenza di punti di riferimenti chiari nella giurisprudenza pregressa e avevano quindi sostenuto, in analogia al caso *M.A.S. e M.B.*, di ritenere entrambi gli standard nazionali di tutela compatibili con il diritto UE (cfr. conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordonael nel caso *Lin*, parr. 139 ss.).

La Corte di giustizia, invece, sembra avere valorizzato il profilo della dimensione retroattiva dello standard di tutela nazionale, comportante la necessità di ridiscutere un numero considerevole di giudicati penali. Questa dimensione, in effetti, era assente in *Taricco*, in cui la questione era, per quanto qui rileva, solo quella di evitare l'applicazione retroattiva di una legge penale meno favorevole a casi pendenti (Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, considerato in diritto, punti 7 ss.).

Fermo restando che l'effettiva ampiezza degli effetti retroattivi può dipendere da molti fattori (nel caso di specie, ad esempio, dipende anche dalla legislazione ordinaria sul ricorso straordinario di annullamento), l'idea che l'applicazione retroattiva di uno standard nazionale di tutela dei diritti fondamentali possa rappresentare l'elemento dirimente per valutarne la compatibilità con il diritto UE appare, di per sé, potenzialmente

problematica. In molti ordinamenti nazionali, infatti, le pronunce del giudice costituzionale hanno normalmente un'efficacia retroattiva. Un criterio che valorizzi il solo profilo della retroattività appare per questo motivo poco pratico dato che rischia di generare conflitti interordinamentali dipendenti da un elemento del normale funzionamento dei sistemi di giustizia costituzionale nazionali.

L'immunità dal diritto disciplinare nazionale per il giudice che agisce nella qualità di giudice dell'Unione

L'ultima questione risolta dalla Corte di giustizia, invece, è di soluzione più lineare.

La disapplicazione del diritto interno, anche nella forma di sentenze vincolanti, per dare immediata applicazione al diritto UE in modo conforme a una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte di giustizia non può costituire un illecito disciplinare. L'inflizione o la minaccia di una sanzione disciplinare in capo al giudice tenuto a dare immediata applicazione al diritto UE in forza del principio del primato costituirebbe «per definizione» una violazione di tale principio (*Lin*, punto 136).

Questa soluzione è coerente con la giurisprudenza pregressa della Corte (cfr. *YP e a. (Revoca dell'immunità di un giudice e sospensione dalle sue funzioni)*, punti 85 ss.), oltre che perfettamente in linea con l'idea che i giudici degli Stati membri siano al tempo stesso giudici nazionali e, nell'adempimento dei compiti affidati loro dai Trattati, giudici dell'Unione. Nel contesto di un ordinamento giudiziario integrato così concepito, i poteri disciplinari che trovano il proprio fondamento nell'ordinamento giudiziario nazionale non possono interferire con l'esercizio delle funzioni attribuite dal diritto UE.

Resta naturalmente insoluto, perché derivante dalla questione ultima della *Kompetenz-Kompetenz*, il problema della responsabilità disciplinare per aver ottemperato a una pronuncia della Corte di giustizia che l'ordinamento interno consideri invece *ultra vires* o, comunque, non applicabile, come potrebbe peraltro accadere in caso la *Curtea Constituțională* dovesse rispondere a *Lin* insistendo per l'applicazione dello standard nazionale di tutela del principio di retroattività della legge penale più favorevole. In tali casi limite, all'attuale stato di sviluppo dell'Unione, gli unici rimedi resterebbero l'apertura di una procedura di infrazione (com'è successo di recente nel caso polacco, su cui v. *Commissione/Polonia (Indipendenza e vita privata dei giudici)*) e la ricerca di una soluzione politica del conflitto interordinamentale.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

SEGNALAZIONI
Rapporti tra supreme magistrature nazionali e CGUE

GARANZIE DI RISOCIALIZZAZIONE ANCHE PER L'EXTRACOMUNITARIO RADICATO IN ITALIA: LA CONSULTA DÀ SEGUITO ALLA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Garanties de réinsertion sociale pour les ressortissants de pays tiers demeurant ou résidant en Italie : la Cour Constitutionnel italienne donne suite à la décision de la de la Cour de justice

Social rehabilitation's guarantees for third-country nationals staying or residing in Italy: The Italian Constitutional Court follows up on the decision of the ECJ

Corte cost., sentenza 28 luglio 2023, n. 178, *O.G.*

CHIARA AMALFITANO
(Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano)

Con la sentenza n. 178, depositata il 28 luglio 2023, la Corte costituzionale ha chiuso finalmente il cerchio relativo ai dubbi interpretativi (e conseguente non corretta trasposizione nell'ordinamento italiano) dell'art. 4, n. 6, della decisione-quadro 2002/584/GAI (DQ sul mandato di arresto europeo, MAE), allineandosi alle indicazioni contenute nella sentenza del 6 giugno 2023 della Corte di giustizia, in causa C-700/21, *O.G.*, che era stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale proprio dalla Consulta con l'ordinanza n. 217/2021.

Senza ripercorrere le tappe del tappe di un "percorso tormentato", sul fronte sia degli interventi normativi che si sono succeduti nel tempo, sia della giurisprudenza tanto di Lussemburgo quanto nazionale (per i quali sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, 2023), ci si limita qui a ricordare che i giudici del Kirchberg, con la menzionata decisione di inizio giugno, sostanzialmente confermando le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona del 15 dicembre 2022, hanno stabilito che il citato art. 4, n. 6, della DQ MAE «in combinato disposto con il principio di uguaglianza davanti alla legge sancito all'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [CdfUE], dev'essere interpretato nel senso che [...] *osta a una normativa di uno Stato membro volta a trasporre tale articolo [in modo da escludere] in maniera assoluta e automatica dal beneficio del motivo*

di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo previsto da tale disposizione qualsiasi cittadino di un paese terzo che dimori o risieda nel territorio di tale Stato membro, senza che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa valutare i legami di tale cittadino con detto Stato membro» (punto 58, corsivo aggiunto. In particolare sull'impiego dell'art. 20 CdfUE nella pronuncia v. F. GATTA, 2023). Essi hanno, quindi, chiarito che, al fine di verificare se possa operare, (anche) nei confronti del cittadino di un Paese terzo che dimori o risieda nel territorio dello Stato membro di esecuzione, il motivo facoltativo di non esecuzione in esame (e, dunque, possa esserne rifiutata la consegna a condizione di eseguire la pena nello Stato membro di esecuzione, così da assicurare la risocializzazione del condannato) «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve procedere a una *valutazione complessiva di tutti gli elementi concreti caratterizzanti la situazione di tale cittadino*, idonei a indicare se esistano, tra quest'ultimo e lo Stato membro di esecuzione, legami che dimostrino che egli è *sufficientemente integrato* in tale Stato e che, pertanto, l'esecuzione, in detto Stato membro, della pena o della misura di sicurezza privative della libertà pronunciata nei suoi confronti nello Stato membro emittente *contribuirà ad aumentare le sue possibilità di reinserimento sociale dopo che tale pena o misura di sicurezza sia stata eseguita*. Tra tali elementi vanno annoverati i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici che il cittadino del paese terzo intrattiene con lo Stato membro di esecuzione, nonché la natura, la durata e le condizioni del suo soggiorno in tale Stato membro» (punto 68, corsivi aggiunti).

Recependo, come anticipato, i *dicta* della Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha così statuito nel senso della illegittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, comma 1, lettera c), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla DQ MAE), come introdotto dall'art. 6, comma 5, lettera b), della legge 4 ottobre 2019, n. 117 (Legge di delegazione europea 2018), «nella parte in cui non prevede che la corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano e sia sufficientemente integrata in Italia, nei sensi precisati in motivazione [si v. in particolare il punto 5 del considerato in diritto, dove si elencano i criteri di cui dovrà tener conto l'autorità giudiziaria per decidere se dare o meno esecuzione al MAE], sempre che la corte d'appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia».

Dal momento che la normativa oggetto di questione di legittimità costituzionale (ovvero il citato art. 18-*bis*, comma 1, lettera c) è stata modificata dall'art. 15, comma 1, del d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10 (adottato in esecuzione della menzionata legge di delegazione europea 2018), ed anche la nuova disposizione (l'art. 18-*bis*, comma 2, della legge n. 69/2005)

continua(va) ad escludere i cittadini di Stati terzi legittimamente ed effettivamente residenti in Italia dal beneficio dell'esecuzione nel territorio nazionale, la Consulta (come auspicato: C. AMALFITANO, 2023, p. 121 s.) ha optato anche per una pronuncia di illegittimità costituzionale consequenziale (*ex* art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87), dichiarando l'incostituzionalità del citato art. 18-*bis*, comma 2, della legge n. 69/2005 «nella parte in cui non prevede che la corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano *da almeno cinque anni* e sia sufficientemente integrata in Italia, nei sensi precisati in motivazione, sempre che la corte d'appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia» (corsivo aggiunto – per evidenziare la differenza sostanziale tra la normativa modificata dalla legge di delegazione 2018 e dal successivo decreto legislativo del 2021).

Non può, peraltro, non segnalarsi che anche il legislatore è intervenuto ad allineare la (più recente) normativa "controversa" con le indicazioni della Corte di giustizia dello scorso giugno, con lo scopo precipuo di chiudere la procedura di infrazione (n. 2020/2078) relativa al non corretta recepimento in Italia della DQ MAE. Infatti, (anche in questo caso come auspicato: v. C. AMALFITANO, 2023, p. 122 s.) in sede di conversione del d.l. "salva infrazioni" (v. decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69), con l'art. 18-*bis* del d.l. convertito in legge (v. legge 10 agosto 2023, n. 103) sono state apportate modifiche al citato art. 18-*bis*, comma 2, della legge n. 69/2005, che oggi (la legge di conversione è in vigore dall'11 agosto 2023) risulta pertanto formulato come segue: «Quando il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, *la corte di appello può rifiutare la consegna del cittadino italiano o di persona che legittimamente ed effettivamente risieda o dimori in via continuativa da almeno cinque anni sul territorio italiano*, sempre che disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno» (corsivo aggiunto). E sempre alla luce delle indicazioni contenute nella sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2023, in sede di conversione del d.l. salva infrazioni si è altresì deciso di inserire un ulteriore comma all'art. 18-*bis* in parola, al fine di fornire indicazioni all'autorità procedente su come poter verificare l'effettivo radicamento della persona da consegnare con il territorio dello Stato. Tale nuovo comma 2-*bis* recita: «Ai fini della verifica della legittima ed effettiva residenza o dimora sul territorio italiano della persona richiesta in consegna, *la corte di appello accerta se l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza sul territorio sia in concreto idonea ad accrescerne le opportunità di reinserimento sociale, tenendo conto* della durata, della natura e delle modalità della residenza o della dimora, del tempo intercorso tra la

commissione del reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso e l'inizio del periodo di residenza o di dimora, della commissione di reati e del regolare adempimento degli obblighi contributivi e fiscali durante tale periodo, del rispetto delle norme nazionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri, dei legami familiari, linguistici, culturali, sociali, economici o di altra natura che la persona intrattiene sul territorio italiano e di ogni altro elemento rilevante. *La sentenza è nulla se non contiene la specifica indicazione degli elementi* di cui al primo periodo e dei relativi criteri di valutazione» (corsivi aggiunti).

Altresì, per completezza pare opportuno evidenziare che, sempre in sede di conversione del d.l. "salva infrazioni", si è intervenuti ad allineare alle indicazioni del giudice del Kirchberg anche il successivo art. 19, comma 2, della legge n. 69/2005, che – in attuazione dell'art. 5, n. 3, DQ MAE – prevede una garanzia per il consegnando nel caso di MAE processuale analoga a quella disposta nel caso di MAE esecutivo. Anche in questo caso si sono così (finalmente) posti sullo stesso piano dei cittadini italiani e di quelli di altri Stati membri anche i cittadini di Stati terzi, prevedendosi che «[s]e il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini di un'azione penale *nei confronti di cittadino italiano o di persona legittimamente ed effettivamente residente in via continuativa da almeno cinque anni sul territorio italiano*, l'esecuzione del mandato può essere subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata sottoposta al processo, sia rinviata nello Stato italiano per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà personale eventualmente applicate nei suoi confronti nello Stato membro di emissione. Si applicano le disposizioni dell'articolo 18-bis, comma 2-bis» (corsivo aggiunto). Per tale via si prevengono, in quale modo, i rilievi che senz'altro la Corte di giustizia avrebbe riservato al previgente art. 19, comma 2, della legge n. 69/2005 – che contemplava il beneficio in parola solo per cittadini italiani e di altri Stati membri – nell'ambito della causa C-636/22 (instaurata su rinvio pregiudiziale della Corte d'appello di Lecce, che potrebbe ora decidere di ritirare i quesiti interpretativi).

Ciò che in ogni caso più preme sottolineare in questa sede è il buon funzionamento del meccanismo di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia. La citata ordinanza n. 217/2021 rappresenta la sesta occasione di confronto diretto tra il nostro giudice delle leggi e il giudice dell'Unione deputato ad assicurare la nomofilachia nell'ordinamento sovranazionale (in tema v. C. AMALFITANO, M. ARANCI, 2022). La Consulta era ben consapevole che – pur essendo ormai relativamente cospicua la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 4, n. 6, della DQ MAE e il beneficio da esso previsto in relazione ai cittadini "comunitari" – mancava

una qualsiasi pronuncia del giudice di Lussemburgo in relazione alla tutela da assicurare ai cittadini di Stati terzi.

Essa – anche e più semplicemente sulla base del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e del diritto alla vita familiare dell'interessato, tutelato dall'art. 2 Cost. e dall'art. 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 8 CEDU e 17, paragrafo 1, PIDCP, nonché dagli artt. 11 e ancora 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CdfUE – avrebbe probabilmente potuto dichiarare l'illegittimità costiuzionale della normativa italiana controversa.

Tuttavia, e più correttamente, in quel «quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia» (v. sentenza n. 269/2017; ordinanze n. 182/2020 e n. 117/2019, nonché, sempre in materia di MAE, l'ordinanza n. 216/2021 – dove anche gli ottimi risultati del dialogo si rinvengono nella sentenza della Corte di giustizia, 18 aprile 2023, causa C-699/21, *EDL*, su cui v. M. ARANCI, 2023, e nella successiva sentenza della Corte costituzionale n. 177/2023), la Consulta ha preferito interpellare la Corte di giustizia, suggerendole in buona sostanza la lettura possibile dell'art. 4, n. 6, della DQ.

E come il giudice delle leggi evidenzia nel punto 4.6 del considerato in diritto della sentenza in commento «[i] chiarimenti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia in seguito al rinvio pregiudiziale operato da questa Corte con l'ordinanza n. 217 del 2021 confermano [...] i dubbi di incompatibilità con lo stesso diritto dell'Unione – oltre che con la Costituzione italiana – della disciplina censurata».

La risposta della Corte di giustizia consente certamente di innalzare il livello di tutela dei diritti assicurati al cittadino extracomunitario nel territorio dello Stato italiano. Ma, a differenza di una pronuncia della sola Corte costituzionale, siffatto innalzamento ed una applicazione uniforme dei criteri valutativi del radicamento legittimo ed effettivo dell'extracomunitario nello Stato di esecuzione vengono assicurati – per il tramite della decisione del giudice del Kirchberg – in tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, o, quantomeno, in tutti gli Stati membri che abbiano deciso di trasporre nella legislazione interna il motivo ostativo facoltativo di cui all'art. 4, n. 6, DQ MAE. Quand'anche, infatti, essi avessero previsto il beneficio in esame soltanto a favore dei propri cittadini e dei cittadini di altri Stati membri (a fronte di quanto già sancito dalla Corte di giustizia in particolare in *Kozłowski*, *Wolzenburg* e *Lopes Da Silva Jorge*), sulla base della sentenza del 6 giugno 2023 saranno tenuti ad estenderlo anche ai cittadini di Paesi terzi. Ciò a meno di volerlo escludere per tutti i possibili beneficiari – decidendo di eliminare *tout court* dalla normativa di recepimento della DQ MAE il motivo facoltativo in parola

– e, dunque, di non assicurarlo più neppure per i propri cittadini. Ma si tratta senza dubbio di scelta non scontata, in quanto tutt'altro che facile da giustificare politicamente.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

SEGNALAZIONI
Rapporti tra supreme magistrature nazionali e CGUE

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E TUTELA DELLA SALUTE DEL RICERCATO: LA CORTE COSTITUZIONALE SI PRONUNCIA A VALLE DELLA SENTENZA *E.D.L.* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Mandat d'arrêt européen et protection de la santé de la personne recherchée: la Cour constitutionnelle se prononce en aval de l'arrêt E.D.L. *de la CJUE*

European Arrest Warrant and the protection of the requested person's health: the Constitutional Court decides in the aftermath of the CJEU E.D.L. *judgment*

Corte cost., sentenza 28 luglio 2023, n. 177, *E.D.L.*

LAURA TOMASI
(Magistrato, assistente di studio presso la Corte costituzionale)*

La sentenza n. 177 del 28 luglio 2023 chiude il cerchio di un altro "esperimento dialogico" tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, avente a oggetto – questa volta – la definizione di uno *standard* comune di tutela del diritto fondamentale alla salute nel contesto dell'esecuzione del mandato di arresto europeo (MAE).

La Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità degli artt. 18 e 18-*bis* della legge 22 aprile 2005, n. 69, di attuazione della decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo (DQ MAE); disposizioni che – nell'enumerare i motivi di rifiuto della consegna del ricercato – non sembravano consentire all'autorità giudiziaria richiesta di denegare la consegna, all'autorità emittente, della persona affetta da patologie croniche di durata indeterminabile, che comportassero il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per l'interessato.

Senza ripercorrere in dettaglio l'articolato *iter* processuale che ha condotto alla sentenza n. 177, è sufficiente qui rammentare che gli artt. 18 e 18-*bis* erano stati censurati dalla Corte d'appello di Milano, chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di consegna all'autorità giudiziaria croata (per la sottoposizione a processo per detenzione e spaccio di stupefacenti), di

* Le opinioni espresse sono personali e non riflettono il punto di vista della Corte.

un cittadino italiano affetto da gravi disturbi psichici comportanti un rischio suicidario. Le censure si appuntavano sulla violazione del diritto fondamentale alla salute dell'interessato (artt. 2 e 32 Cost.) e del canone di ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.), nonché sull'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina dell'estradizione, che invece prevede l'ostatività di ragioni di salute che comportino un rischio di eccezionale gravità per l'interessato.

Con ordinanza n. 216 del 2021 (su cui v. C. AMALFITANO, M. ARANCI, 2022; S. BARBARESCHI, 2021; S. BARBIERI, 2021; A. DAMATO, 2022; S. MONTALDO, S. GIUDICI, 2022), la Corte costituzionale aveva disposto rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE alla Corte di giustizia, rilevando che le questioni di legittimità costituzionale sottopostele presupponevano un chiarimento interpretativo sul diritto dell'Unione, poiché i censurati artt. 18 e 18-*bis* l. n. 69 del 2005 traspongono gli artt. 3, 4 e 4-*bis* DQ MAE, i quali parimenti non annoverano tra i motivi di non esecuzione del mandato d'arresto il grave pericolo per la salute dell'interessato, connesso a una patologia cronica e di durata indeterminabile.

Richiamando le sentenze della Corte di giustizia *Aranyosi e Căldăraru, ML*, *Dorobantu*, *LM*, *L e P*, relative alla possibilità (*rectius*, dovere) di rifiutare l'esecuzione del MAE in presenza di carenze sistemiche e generalizzate riguardanti le condizioni di detenzione o l'indipendenza del potere giudiziario nello Stato emittente, la Corte costituzionale aveva chiesto lumi alla Corte di giustizia sulla possibilità di interpretare l'art. 1, par. 3, DQ MAE (ossia la clausola generale sul rispetto dei diritti fondamentali) come foriero di un obbligo, per l'autorità giudiziaria di esecuzione che riscontri un pericolo di grave pregiudizio per la salute del ricercato affetto da patologie croniche e potenzialmente irreversibili, di richiedere all'autorità giudiziaria emittente le informazioni che consentano di escludere la sussistenza di tale rischio, e di rifiutare la consegna allorché non ottenga assicurazioni in tal senso entro un termine ragionevole. Si chiedeva in sostanza di applicare il c.d. *Aranyosi test*, elaborato (con riguardo a MAE esecutivi) in relazione a carenze sistemiche e generalizzate, anche al grave rischio *individuale* per la salute dell'interessato.

Nella sentenza *E. D. L.* del 18 aprile 2023 (su cui v M. ARANCI, 2023; G. COLAIACOVO, *Mandato d'arresto europeo e tutela della salute: la Corte di giustizia detta criteri stringenti*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2023, p. 2585 ss.), la Corte di giustizia aveva premesso che la DQ MAE non prevede *tout court* la possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato in presenza di gravi patologie del ricercato. Essa aveva però richiamato l'art. 23, par. 4, della decisione-quadro, che prevede la sospensione temporanea della consegna in presenza di «gravi motivi umanitari», tra cui il manifesto pericolo per la vita o la salute del ricercato, sottolineando la necessità di applicare tale

disposizione alla luce dell'art. 4 CdfUE (che vieta la sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti); e traendone l'obbligo, per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di avviare – in caso di rischio reale di riduzione significativa dell'aspettativa di vita o di deterioramento rapido, significativo e irrimediabile dello stato di salute del ricercato – un'interlocuzione con l'autorità giudiziaria emittente volta a verificare le modalità con cui l'interessato sarà sottoposto a processo o detenuto.

La Corte di giustizia aveva, infine, delineato quale esito dell'interlocuzione: *a*) l'individuazione concordata di una nuova data per la consegna ove vengano fornite assicurazioni sull'appropriato trattamento della patologia di eccezionale gravità nello Stato emittente; oppure *b*) il rifiuto dell'esecuzione del MAE, quando il rischio rilevante non possa essere escluso entro un termine ragionevole.

A valle della pronuncia *E.D.L.*, è intervenuta la sentenza n. 177 del 2023.

Sgombrato il campo dalla censura formulata dalla Corte d'appello di Milano sull'irragionevole disparità tra la disciplina del MAE e quella dell'estradizione – ritenuta infondata, attesa l'evidente disomogeneità del *tertium comparationis* evocato – la Corte costituzionale ha esaminato le doglianze relative alla violazione degli artt. 2, 32 e 111, secondo comma, Cost., seguendo un ragionamento in tre tappe.

Essa ha anzitutto sottolineato la *convergenza* delle proprie valutazioni con quelle della Corte di giustizia su alcuni punti fondamentali, ossia: l'impossibilità di eseguire il MAE a fronte di un rischio di deterioramento rapido, significativo e irrimediabile dello stato di salute del ricercato, o di una riduzione della sua aspettativa di vita; la necessità, ove tale rischio si concretizzi, di sospendere la consegna e avviare un'interlocuzione con l'autorità giudiziaria emittente, per individuare una soluzione che consenta di evitarlo; l'incongruità di una sospensione a tempo indeterminato della consegna, e, dunque, il necessario epilogo della sequenza procedimentale in una decisione positiva sulla consegna, o nel rifiuto della stessa.

Questo primo passaggio argomentativo appare in linea con l'attitudine dialogica, piuttosto che conflittuale, che sembra connotare il rapporto della Corte costituzionale con la Corte di giustizia (si vedano l'ordinanza n. 117 del 2019 e la correlata sentenza n. 84 del 2021 in tema di diritto al silenzio; l'ordinanza n. 182 del 2020 e la successiva sentenza n. 54 del 2022 sull'assegno di natalità; l'ordinanza n. 217 del 2021 e la sentenza n. 178 del 2023, sempre in tema di MAE). Invece di porre l'accento su eventuali differenze nelle modalità di tutela, nazionali e unionali, di un determinato diritto fondamentale, la Consulta anche questa volta preferisce rimarcare (e ricercare) i punti di contatto tra la propria

identità costituzionale e lo *standard* europeo di tutela dei diritti fondamentali (D. SARMIENTO, 2021).

La Corte si è poi fatta carico, nel secondo passaggio argomentativo della pronuncia, di individuare una soluzione che consentisse l'inserimento del *dictum* della sentenza *E.D.L.* nel tessuto normativo della l. n. 69 del 2005.

Come già ricordato, la Corte di giustizia aveva indicato quale *sedes* della sequenza procedimentale delineata in *E.D.L.* (sospensione della consegna – interlocuzione con l'autorità giudiziaria emittente – esecuzione della consegna o suo rifiuto) l'art. 23, par. 4, DQ MAE, che regola il differimento temporaneo della consegna, reinterpretando tale disposizione alla luce degli artt. 1, par. 3, del medesimo testo, e 4 CdfUE, e conferendo all'autorità giudiziaria competente per la sospensione anche la possibilità di porvi fine con una decisione di rifiuto, o di consegna. Operazione interpretativa, questa, resa possibile dalla coincidenza – nel sistema della DQ MAE – tra autorità competente a decidere sulla sussistenza dei presupposti della consegna ai sensi degli artt. 3, 4 e 4-*bis*, e autorità chiamata a disporne la sospensione *ex* art. 23, par. 4.

Senonché, in sede di trasposizione dell'art. 23, par. 4, DQ MAE, il legislatore italiano ha attribuito la competenza a statuire sulla sospensione della consegna, una volta deliberata, non all'autorità competente per la decisione sulla consegna stessa (e cioè la corte d'appello in composizione collegiale: art. 5 l. n. 69 del 2005), ma al «presidente della corte d'appello», ovvero a un «magistrato da lui delegato» (art. 23, comma 3, l. n. 69 del 2005), i quali provvedono in modo deformalizzato con decreto, ritenuto non impugnabile per cassazione (v. Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 26 aprile – 10 maggio 2018, n. 20849).

Il rimedio di cui all'art. 23, comma 3 – per come configurato dal legislatore italiano e dalla giurisprudenza di legittimità – era già stato giudicato inidoneo a garantire adeguata tutela al diritto alla salute e alla vita del ricercato, a fronte di gravi patologie croniche, nell'ordinanza n. 216 del 2021. Tale valutazione è stata ribadita nella sentenza n. 177: secondo la Corte costituzionale, la natura fondamentale dei diritti in gioco (salute e vita) esige una tutela giurisdizionale in un procedimento a cognizione piena, destinato a sfociare in un provvedimento ricorribile per cassazione, in conformità con la garanzia prevista dall'art. 111, settimo comma, Cost.

In questo quadro, la Corte ha ritenuto che il rimedio procedurale delineato nella sentenza *E.D.L.* andasse necessariamente affidato alla corte d'appello in composizione collegiale (organo in linea generale competente a statuire sulla consegna in esecuzione del MAE: art. 5 l. n. 69 del 2005) e collocato non in già in fase esecutiva, ma in fase di cognizione sulla richiesta di consegna (artt. 17 ss. l. n. 69 del 2005), ancorché a valle del

vaglio delle condizioni positive e negative previste dagli artt. 17, 18 e 18-*bis*, così da essere ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 22 (insieme con la decisione sulla consegna).

La scelta del rimedio interno con cui "attuare" la sentenza *E.D.L.* è dichiaratamente ispirata sia da esigenze di effettività della tutela giurisdizionale (eloquente è il riferimento all'art. 111, settimo comma, Cost.), peraltro non estranee al diritto unionale (art. 47 CdfUE), sia da esigenze di celerità della decisione sull'esecuzione, che trovano riscontro nell'economia generale della DQ MAE (v. in particolare nel suo art. 17).

E invero, constatate le insufficienti garanzie offerte dal procedimento *ex* art. 23, comma 3, l. n. 69 del 2005, sarebbe stato difficile immaginare, rispetto a gravi patologie croniche (in quanto tali normalmente già documentabili al momento della decisione sulla consegna) un quadro in cui il ricercato dovesse, dopo l'adozione di tale decisione e l'eventuale ricorso in cassazione contro la stessa, instaurare un nuovo procedimento avanti alla corte d'appello, e poi alla Corte di cassazione, per la verifica del rischio tipizzato dalla sentenza *E.D.L.* Una simile soluzione, oltre ad apparire piuttosto "creativa" rispetto alla sistematica della l. n. 69 del 2005, avrebbe comportato una notevole dilatazione delle tempistiche per addivenire infine alla decisione sulla consegna, in contrasto con lo stesso obiettivo di rapida esecuzione del MAE, sotteso alla decisione-quadro 2002/584/GAI (come evidenzia la sentenza n. 177); finalità cui lo stesso legislatore interno si è dimostrato sensibile nel riformare, con il d.lgs 2 febbraio 2021, n. 10, la disciplina dei termini per l'esecuzione del MAE (sullo scopo acceleratorio perseguito dalla riforma v. V. PICCIOTTI, 2021). Nel quadro delineato dalla sentenza n. 177, invece, sembra probabile che le corti d'appello, già chiamate, in sede di decisione sulla consegna e in presenza di idonee e circostanziate allegazioni, a effettuare le interlocuzioni e verifiche di cui alle sentenze *Aranyosi* e *LM*, nella medesima sede effettuino anche le interlocuzioni e verifiche richieste dalla pronuncia *E.D.L.*

Da notare, infine, che il rimedio interno con cui "adattare" l'ordinamento alla sentenza *E.D.L.* è stato individuato tramite una sentenza interpretativa di rigetto delle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Milano. In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto che i censurati artt. 18 e 18-*bis* l. n. 69 del 2005 potessero e dovessero essere interpretati, alla luce della sentenza *E.D.L.*, nel senso di consentire, senza declaratoria di incostituzionalità, l'innesto della sequenza procedimentale ivi delineata dalla Corte di giustizia.

La chiave di volta per consentire tale interpretazione sistematica è stata rivenuta nelle clausole generali sul rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del MAE, originariamente contenute negli artt. 1 e 2 l. n.

69 del 2005, e ora – successivamente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 10 del 2021 – dall'art. 2 del medesimo testo normativo. Tali disposizioni sono state considerate attuative della clausola di rispetto dei diritti fondamentali di cui all'art. 1, par. 3, DQ MAE e giudicate «valvole di sicurezza funzionali a evitare che l'esecuzione dei mandati di arresto conduca a risultati contrari ai diritti fondamentali nell'estensione loro attribuita dal diritto dell'Unione, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia» (sentenza n. 177, punto 5.6. del *Considerato in diritto*).

La valorizzazione della clausola dell'art. 2 l. n. 69 del 2005 sembra produrre un complessivo allineamento rispetto: *a*) alle modalità attuali di effettuazione dell'*Aranyosi test*, svolto dalle corti d'appello sulla base del medesimo art. 2, dopo la riformulazione, a opera del d.lgs. n. 10 del 2021, sia di tale disposizione, sia dell'art. 18 sui motivi obbligatori di rifiuto della consegna (cfr. Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 16-18 novembre 2022, n. 44015); *b*) più in generale, alla "grammatica" della DQ MAE, che continua a non prevedere *espressamente* motivi di rifiuto fondati sul rischio di violazione di diritti fondamentali, ma viene incisa in via interpretativa dalla Corte di giustizia, che di volta in volta individua le *human rights defences* opponibili al principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Il richiamo alla clausola generale dell'art. 2 potrebbe infine essere utile nel futuro, per permettere altri adattamenti dell'ordinamento a eventuali pronunce della Corte di giustizia che dovessero delineare nuove ipotesi eccezionali di non esecuzione del MAE, per motivi di tutela di diritti fondamentali (si pensi ad esempio all'intervento sollecitato dalla Corte di cassazione, in merito alla possibilità di rifiutare o differire la consegna della donna incinta o della madre con figli minorenni conviventi, con le ordinane di rinvio pregiudiziale della sezione sesta penale, 14 gennaio – 19 aprile 2022, n. 15143, e 7 dicembre 2022 – 22 marzo 2023, n. 12079).

Il tutto con la precisazione – esplicitata dalla sentenza n. 177 e ancor prima nell'ordinanza n. 216 del 2021 – che le clausole di cui agli artt. 1 e 2 l. n. 69 del 2005 non possono in alcun modo essere utilizzate dalle autorità giudiziarie italiane per rifiutare la consegna delle persone richieste sulla base di «*standard* puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali […] laddove ciò possa compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione», potendo invece l'eventuale rifiuto fondarsi soltanto sulle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estensione dei diritti fondamentali in gioco (sentenza n. 177, *Considerato in diritto*, punto 5.6); giurisprudenza alla cui formazione ben possono concorrere la Corte costituzionale e i giudici comuni attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

CHIARIMENTI SULLA FASE PRECONTENZIOSA NELLE PROCEDURE AI SENSI DELL'ART. 260, PAR. 2, TFUE

Clarifications sur la phase précontentieuse dans les procédures au titre de l'article 260, para. 2, TFUE

Clarifications on the pre-litigation phase in proceedings under article 260, para. 2, TFUE

Corte giust., sentenza del 16 marzo 2023, causa C.-174/21, *Commissione c. Bulgaria*

MARIA PATRIN
(Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze)

Premessa

Con una sentenza del 16 marzo 2023 la Corte di Giustizia ha dichiarato irricevibile il ricorso della Commissione contro la Bulgaria per duplice inadempimento ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE (causa C-174/21 *Commissione c. Bulgaria)* in materia di inquinamento atmosferico. L'art. 260, par. 2, TFUE permette alla Commissione di adire nuovamente la Corte, qualora ritenga che lo Stato membro non abbia preso le misure necessarie all'esecuzione di una sentenza di inadempimento e di richiedere il pagamento di una somma forfettaria e/o di una penalità. È quindi solo al termine di questo secondo procedimento contenzioso che la Corte può imporre allo Stato membro in questione il pagamento di sanzioni pecuniarie. Nel caso di specie, la Commissione ha deciso di deferire la Bulgaria alla Corte per la mancata esecuzione della sentenza del 5 aprile 2017 (C-488/15, *Commissione c. Bulgaria*) che aveva riconosciuto la violazione della Bulgaria di alcuni obblighi relativi ai limiti di concentrazioni di inquinanti atmosferici, quali i PM10, imposti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria ambiente.

Secondo la Corte, tuttavia, nella lettera di diffida inviata alla Bulgaria il 9 novembre 2018, la Commissione non ha dimostrato *prima facie* e con

la dovuta chiarezza che la Bulgaria non avesse dato esecuzione alla sentenza del 2017, adducendo solo evidenze e dati relativi a inadempimenti constatati nel corso degli anni 2015 e 2016, e non nel corso del 2017, vale a dire a seguito della sentenza della Corte. A causa di questo vizio nella procedura precontenziosa la Corte ha quindi dichiarato il ricorso irricevibile.

La sentenza merita una considerazione attenta per diversi motivi. Innanzitutto, si tratta del primo ricorso della Commissione per un duplice inadempimento in materia di inquinamento atmosferico. Si aggiunge, pertanto, alla ricca giurisprudenza in materia ambientale e ne definisce i confini. Inoltre, per la prima volte chiarisce alcuni elementi sulla procedura relativa all'art. 260, par. 2, TFUE su cui, al contrario, la giurisprudenza è scarsa, in particolare sottolineando l'importanza del procedimento precontenzioso e riaffermandone le relative garanzie procedurali. Infine, la sentenza della Corte si inserisce in un più ampio dibattito sull'approccio della Commissione in presenza di inadempimenti dal carattere sistematico e continuo e stabilisce i limiti che ad essi vanno applicati. La presente segnalazione si concentrerà sull'analisi di questi ultimi due aspetti.

Le garanzie procedurali nel procedimento precontenzioso

L'importanza del procedimento precontenzioso nell'ambito dell'art. 260, par. 2, TFUE emerge chiaramente come il punto centrale ed innovativo dell'argomentazione della Corte e della sua decisione di respingere il ricorso. La Corte rileva infatti che nella lettera di diffida, "la Commissione non ha affermato, con la dovuta chiarezza, né dimostrato *prima facie* che la sentenza del 5 aprile 2017, *Commissione/Bulgaria* (C-488/15, EU:C:2017:267), non sarebbe stata ancora eseguita alla data di riferimento, ossia il 9 febbraio 2019" (*i.e.* la data di scadenza per la risposta alla lettera di diffida, punto 28). Il vizio di procedura rileva quindi dal fatto che nel procedimento precontenzioso la Commissione ha omesso di "fornire spiegazioni circostanziate" o "un'analisi dei fatti" che permettessero di stabilire con precisione il protrarsi delle violazioni nel periodo compreso tra la pronuncia della Corte (5 aprile 2017) e la data di scadenza per la risposta alla lettera di diffida (9 febbraio 2019) (punto 29).

Si noti che, in assenza di precedenti rilevanti attinenti all'art. 260, par. 2, TFUE, sia la Corte sia l'Avvocato Generale Kokott procedono per analogia con la giurisprudenza sui ricorsi relativi all'art. 258 TFUE, per stabilire che, anche nella lettera di diffida ai sensi dell'art. 260, par. 2,

la Commissione è tenuta "a stabilire prima facie, con chiarezza" che la sentenza né è stata ancora eseguita, né lo sarà alla data di riferimento (punto 26) (si veda ad esempio le sentenze del 5 dicembre 2019, C-642/18 *Commissione c. Spagna*, e del 17 aprile 2018, C-441/17 *Commissione c. Polonia*, sui vizi di procedura relativi all'identificazione della violazione nella lettera di diffida). Questo, secondo la Corte, deriva da "esigenze di certezza del diritto" e pertanto è da considerarsi una garanzia fondamentale del procedimento. È da segnalare, a questo proposito, anche la sentenza nella causa C-145/01 *Commissione c Italia*, non citata dalla Corte, ma che pure ribadisce l'importanza della regolarità del procedimento precontenzioso in quanto "garanzia essenziale" a tutela dei diritti degli Stati membri: "In particolare, nel procedimento precontenzioso la lettera di diffida ha lo scopo di circoscrivere l'oggetto del contendere e di fornire allo Stato membro, invitato a presentare le sue osservazioni, i dati che gli occorrono per predisporre la propria difesa" (*ibid.*, punto 17).

La pronuncia della Corte nella causa *C-174/21* introduce un elemento di novità dal punto di vista delle garanzie procedurali e si pone come strumentale alla salvaguardia dei diritti di difesa degli Stati membri anche nelle procedure di infrazione ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE. Secondo la Corte, non basta che la Commissione sollevi un dubbio legittimo sul fatto che l'inadempimento si sia protratto nel tempo e che pertanto la sentenza della Corte non sia stata eseguita, ma occorre che questo risulti chiaramente e *prima facie* nella lettera di diffida. Nel caso di specie, infatti, e lo si rileva chiaramente nell'analisi dell'Avvocato Generale Kokott, la Bulgaria aveva di fatto continuato ad infrangere i limiti soglia per l'inquinamento dell'aria. Tuttavia, la Commissione aveva omesso di riportare i dati rilevanti per constatare una tale violazione prolungata oltre la data della sentenza nella lettera di diffida, che riportava invece solo dati relativi agli anni precedenti, 2015 e 2016.

Se, da un lato, sembra ovvio che la Commissione avrebbe dovuto fornire i dati necessari a constatare il prolungarsi della violazione, è altrettanto vero che essa difficilmente avrebbe potuto fornire dati di cui non disponeva ancora. Se avesse atteso per fornirli, l'infrazione si sarebbe protratta nel tempo, causando il prolungarsi della violazione. È necessario, quindi, soffermarsi sulla posizione della Commissione sotto il profilo temporale. A questo proposito la Corte sottolinea come la Commissione non solo sia venuta meno all'obbligo di fornire i dati necessari a dimostrare il configurarsi della violazione fino alla data della lettera di diffida, ma anche a quello di "spiegazione", di chiarire, cioè, con dovizia di dettagli alla Corte per quale motivo fosse legittimo anticipare che la violazione avrebbe continuato a persistere anche oltre tale data. In questa prospetti-

va, il problema non è, dunque, solo che la Commissione non avesse a sua disposizione tutti i dati necessari a constatare che la Bulgaria avesse continuato a violare i limiti di PM10 imposti dalla direttiva 2008/50/CE successivamente alla sentenza di inadempimento della Corte, ma anche che non si sia curata di spiegare e addurre le necessarie evidenze relativamente alla previsione del protrarsi della violazione fino alla data di scadenza per la risposta alla lettera di diffida. Si ravvisa quindi una noncuranza da parte della Commissione nel procedimento pre-contenzioso. In questa luce può essere forse anche compresa una formulazione della Corte, che appare a prima vista alquanto oscura. A differenza dell'Avvocato Generale, la Corte osserva infatti che la Commissione non solo è tenuta a verificare che la sentenza non sia stata eseguita al momento della lettera di diffida, ma anche "ad affermare e a stabilire prima facie, con chiarezza, in tale lettera di diffida, che la sentenza non sarà stata ancora eseguita alla data di riferimento" (punto 26). Tale valutazione prognostica non può essere compresa se non alla luce di questo "onere di spiegazione" che la Corte introduce. Una tale lettura permetterebbe quindi di non ravvisare nella sentenza della Corte tanto un obbligo in capo alla Commissione di prevedere il futuro o di aspettare per adire la Corte che tutti i dati siano disponibili, ma piuttosto di suffragare le sue anticipazioni con chiari indizi ed evidenze, senza le quali verrebbero meno le garanzie procedurali dello Stato Membro.

Le Conclusioni dell'Avvocato Generale aiutano a comprendere meglio le ragioni che hanno portato la Corte a sottolineare così insistentemente l'importanza dei requisiti di chiarezza e determinazione *prima facie* della lettera di diffida nei ricorsi per duplice inadempimento. Nel procedere per analogia con l'art. 258 TFUE l'Avvocato Generale Kokott introduce due distinzioni importanti e complementari. Da un lato, nella procedura ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE è la sentenza della Corte a determinare l'oggetto della controversia, e non, come nel caso dell'art. 258, la lettera di diffida, e pertanto i requisiti di chiarezza e precisione sembrerebbero avere importanza minore. Tuttavia, poiché l'art. 260, par. 2, TFUE permette alla Corte di imporre sanzioni, le possibili conseguenze giuridiche di un tale procedimento risultano "sensibilmente più importanti di quelle derivanti da un procedimento ai sensi dell'articolo 258", e "di conseguenza, la certezza del diritto e i diritti di difesa dello Stato membro esigono una particolare diligenza da parte della Commissione nell'esposizione dell'oggetto della controversia" (para 37). Emerge qui in modo più chiaro il dovere di "diligenza" che sussiste in capo alla Commissione e che ritroviamo come un punto centrale dell'argomentazione della Corte. D'altronde, osserva l'Avvocato Generale Kokott, alla

Commissione sarebbe bastato adottare una lettera di diffida complementare per precisare l'oggetto della controversia (para 40). Inoltre, "la Commissione non ha cercato di indicare in altro modo il superamento dei valori limite dopo la sentenza del 5 aprile 2017. Ad esempio, dal superamento dei valori limite nel 2015 e nel 2016 e dalla carenza di piani di qualità dell'aria sufficienti, invocata nel suo secondo motivo, essa avrebbe potuto concludere che i valori limite sarebbero stati probabilmente superati anche nel 2017" (para 43). In altre parole, l'Avvocato Generale sottolinea come non sarebbe stato difficile per la Commissione adempiere al suo obbligo di "spiegazione" come elemento fondamentale del procedimento preliminare.

In questa luce, appare più chiara la portata innovativa dal punto di vista teorico-giuridico dell'argomentazione della Corte, volta a rammentare come, ancor di più in presenza di un ricorso per duplice inadempimento, e considerate le possibili conseguenze giuridiche, le garanzie procedurali debbano sempre essere rispettate nel procedimento precontenzioso, che rimane fondamentale per la certezza del diritto e per la garanzia dei diritti della difesa. La pronuncia della Corte è così destinata a segnare un precedente di rilievo nei ricorsi per duplice inadempimento ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE.

Inadempimenti di titpo sistematico e continuo

Le violazioni contestate alla Bulgaria nella causa in esame sono per loro natura violazioni dal carattere sistematico e continuo. La sentenza di condanna della Bulgaria del 5 aprile 2017 aveva infatti constatato un superamento sistematico e costante dei valori limite di particelle fini (PM10) previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria. Ritenendo che tale sentenza non sia stata eseguita, la Commissione ha fatto quindi valere nella presente causa la violazione sistematica e costante da parte della Bulgaria di tali valori anche a seguito della sentenza del 2017. Occorre notare a questo proposito che la Commissione considera le violazioni sistematiche una priorità nella gestione delle procedure di infrazione e, di conseguenza, nella scelta di adire la Corte di Giustizia in presenza di tali casi. La Commissione è quindi particolarmente attenta a monitorare e a porre rimedio a tali inadempimenti. Come osservato da Prete, la maggior parte dei casi relativi a queste violazioni sono da rinvenire nell'ambito delle politiche ambientali (PRETE, *The Systemic Criterion in the Use of Infringement Proceedings*, in German Law Journal 2023, p. 1017). Non a caso, come notato nella premessa, la causa C-174/21 è il primo ricorso di questo tipo in materia di inquinamento atmosferico. Sembrano incro-

ciarsi qui due assi prioritari per la Commissione: le violazioni sistematiche e la politica ambientale. Tuttavia, persiste una generale incertezza sulla definizione della nozione di "violazione sistematica" e sulle situazioni che possano esservi fatte rientrare (*ibid.*, p. 1018).

In questo contesto, la pronuncia della Corte nella causa C-174/21 assume una rilevanza ulteriore, perché riafferma il principio della certezza del diritto anche in presenza di una violazione di tipo sistematico e continuo. La Corte non vuole, cioè, avallare alcuna pratica che utilizzi la nozione di violazione sistematica e continua in modo vago ed impreciso, senza il supporto di evidenze. Non è sufficiente inferire il carattere sistematico di una violazione, bensì occorre che essa sia determinata in modo chiaro e *prima facie* nella lettera di diffida. Occorre, cioè, che essa si fondi su "spiegazioni circostanziate" o su di "un'analisi dei fatti", come osserva la Corte nella sentenza in oggetto (C-174/21, punto 29). Per questo motivo la Corte afferma che "né il fatto che tali inadempimenti si siano protratti tra la fine del periodo oggetto della sentenza della Corte, vale a dire il 2014, e un periodo successivo ma anteriore alla data di pronuncia della sentenza, ossia gli anni 2015 e 2016, né il carattere sistematico e continuato di tali inadempimenti rilevato dalla Corte in tale sentenza implicano automaticamente che, tanto alla data di pronuncia di detta sentenza quanto alla data di riferimento, quest'ultima non sarebbe stata ancora eseguita e che si poteva quindi contestare alla Repubblica di Bulgaria di non aver adottato tutte le misure che la sua esecuzione comportava" (*ibid.*, punto 30). Pertanto, anche in presenza di inadempimenti di carattere sistematico e continuo, la regolarità del procedimento precontenzioso non deve venir meno. Ciò, a maggior ragione, come spiega l'Avvocato Generale Kokott, qualora si tratti di un ricorso ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, le cui conseguenze giuridiche per gli Stati membri possono essere significative e comportare sanzioni pecuniarie.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

SEGNALAZIONI

Contenzioso davanti alle commissioni di ricorso delle agenzie

LA LEGITTIMAZIONE DEI PRIVATI AD IMPUGNARE ATTI REGOLAMENTARI: BREVE NOTA A MARGINE DI DUE DECISIONI DELLA COMMISSIONE DI RICORSO DI ACER DEL 9 DICEMBRE 2022

La qualité pour agir des particuliers contre des actes réglementaires: deux décisions de la commission de recours de l'ACER du 9 décembre 2022

Locus Standi of Private Parties Wishing to Challenge Regulatory Acts: Two Decisions of ACER's Board of Appeal of 9th December 2022

Numeri casi: A-002-2022 e A-003-2022

CAMILLA BURELLI
(Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano)

Le decisioni della commissione di ricorso

Con due decisioni di eguale contenuto rese il 9 dicembre 2022 (caso n. A-002-2022 e caso n. A-003-2033), la commissione di ricorso dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (nel prosieguo, "ACER") si è pronunciata per la prima volta sull'impugnabilità, da parte dei soggetti privati, di atti regolamentari che li riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. Tali decisioni costituiscono un'interessante occasione per gettare nuova luce non solo su un tema già ampiamente studiato, cioè quello della legittimazione ad agire dei privati nel sistema *lato sensu* giurisdizionale dell'Unione europea, ma anche e soprattutto sull'estensione della competenza delle commissioni di ricorso in generale e, di riflesso, sul loro ruolo nel sistema di tutela giurisdizionale dell'UE.

Le decisioni in esame traggono origine dai procedimenti instaurati dalle società RWE Supply & Trading GmbH (caso n. A-002-2022) e Uniper Global Commodities SE (caso n. A-003-2033) nei confronti della decisione n. 03/2022 con la quale ACER ha modificato la metodologia per la determinazione dei prezzi dell'energia di bilanciamento e della capacità interzonale utilizzata per lo scambio della medesima energia. Tale deci-

sione era espressamente indirizzata ai cc.dd. "TSO" (*transmission system operators*), cioè agli enti nazionali regolamentati che gestiscono la sicurezza e la stabilità dei flussi transfrontalieri di energia elettrica. Le due ricorrenti, invece, sono, in sintesi, fornitori di energia di bilanciamento.

Senza entrare nel merito, il Board of Appeal ha rigetto i due ricorsi per carenza di legittimazione ad agire delle ricorrenti. Da un lato, infatti, esse non sarebbero state individualmente riguardate dalla decisione (punti 47-50 della decisione nel caso n. A-003-2033, che, per comodità, sarà l'unica citata) e, dall'altro lato, appurato che la decisione contestata aveva natura di atto regolamentare, la commissione di ricorso ha stabilito che non poteva conoscere della causa perché l'art. 28, par. 1, del regolamento (UE) 2019/942, cioè il regolamento istitutivo di ACER (in seguito anche "regolamento ACER") non le attribuisce alcuna competenza a decidere sulla legittimità degli atti regolamentari (punti 53-54). Uno dei motivi di ricorso fatti valere dalle società ricorrenti, infatti, si basava proprio sul fatto che la decisione di ACER potesse essere inquadrata come atto regolamentare ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE.

Sull'interesse individuale

La commissione di ricorso, seguendo l'approccio "classico", prima di procedere all'analisi della natura dell'atto impugnato, ha innanzitutto valutato la sussistenza dell'interesse individuale (si rinvia al testo delle decisioni per l'analisi del requisito dell'interesse diretto; esso, infatti, sarà brevemente esaminato solo in funzione dell'art. 263, comma 4, terza parte, TFUE).

Nel caso di specie, come anticipato, è pacifico che gli unici destinatari della decisione controversa fossero i cc.dd. "TSO", precisamente identificati dalla decisione stessa. Peraltro, le società ricorrenti – che, come accennato, forniscono energia di bilanciamento – ritenevano di essere individualmente interessate dall'atto nella misura in cui, fissando esso un limite transitorio per la determinazione dei prezzi dell'energia di bilanciamento, gli impediva di formare liberamente il loro prezzo sulla base del consueto rapporto tra domanda e offerta (punto 50).

La commissione di ricorso, sul punto, ha in primo luogo ricordato la giurisprudenza in virtù della quale la possibilità di determinare il numero, o anche l'identità, dei soggetti ai quali si applica una certa misura non implica affatto che essa li riguardi individualmente (punto 48 – in giurisprudenza v., ad esempio, *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) c. Commissione*, spec. punto 42; *Silver e a. c. Consiglio*, spec. punto 39). In secondo luogo, ha osservato che se una decisione impugnata non lede solo gli interessi dei ricorrenti ma anche quelli di (*i*) altre società concorrenti, (*ii*) società attive

su altri mercati o (*iii*) clienti finali, parimenti non significa che la decisione incida individualmente su soggetti diversi dai destinatari (punto 48). Infine, ha rilevato che la decisione impugnata riguardava tutti i fornitori di energia di bilanciamento allo stesso modo in cui si applicava a tutti i partecipanti al mercato disposti a presentare offerte di energia di bilanciamento sulle piattaforme europee dedicate. In altri termini e in sintesi, la commissione ha applicato più o meno pedissequamente la formula *Plaumann*, con ciò ritenendo non soddisfatta la condizione di ricevibilità del ricorso in esame.

La ricostruzione operata dalla commissione di ricorso non convince del tutto. La Corte ha infatti più volte ricordato che il fatto che una misura abbia, per natura e portata, un carattere generale, in quanto applicabile alla totalità delle persone interessate, non esclude che essa possa tuttavia interessare individualmente talune di esse (v., *ex multis*, *Belgio e Forum 187 c. Commissione*, punto 58, e *Sahlstedt e a. c. Commissione*, punto 29). Poi, se è vero che un'impresa non può, in via di principio, impugnare una decisione se è interessata da questa solo a causa della sua appartenenza al settore in cui si inserisce la decisione stessa (v., *ex multis*, *Telefónica c. Commissione*, spec. punto 49; *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) c. Commissione*, spec. punto 43; *easyJet Airline c. Commissione*, spec. punto 61), è altrettanto vero che «qualora la decisione riguardi un gruppo di soggetti individuati o individuabili nel momento in cui l'atto è stato adottato [...] siffatti soggetti possono essere individualmente interessati da tale atto, *in quanto facenti parte di una cerchia ristretta di operatori economici*» (corsivo aggiunto – v., *ex plurimis*, *Commissione c. Infront WM*, punto 71, nonché, più di recente, la testé citata *easyJet Airline c. Commissione*, punto 62).

Ora, come sostenuto dalle società ricorrenti, ciascun fornitore di energia di bilanciamento avrebbe potuto essere individualmente interessato dal limite di prezzo fissato da ACER, poiché solo i fornitori di energia di bilanciamento erano direttamente vincolati, nelle loro operazioni commerciali, a tale limite. Non solo: tali soggetti, secondo le ricorrenti, facevano parte di un gruppo predeterminato i cui membri erano già identificabili al momento dell'adozione della decisione (punti 45-46).

Occorre altresì rilevare che i fornitori di energia di bilanciamento costituiscono una categoria (quasi) chiusa di operatori, la cui composizione è difficilmente variabile (non si tratta di certo di un mercato esteso e accessibile al pari di altre merci o prodotti). La decisione, quindi, fissando il limite di prezzo dell'energia di bilanciamento, potrebbe per sua stessa natura riguardare un gruppo predeterminato e prequalificabile di operatori del mercato, vale a dire i fornitori di energia di bilanciamento che quel limite devono rispettare.

Ne segue che, se è possibile sostenere che la decisione contestata ha portata generale perché si applica a tutti i fornitori di energia di bilanciamento, allora è altrettanto possibile sostenere che si tratta di un atto che li riguarda individualmente, perché i fornitori di energia di bilanciamento costituiscono «una cerchia ristretta di operatori economici».

Il solido e pedissequo ancoraggio alla giurisprudenza storica della Corte, in particolare alla formula *Plaumann*, delinea un atteggiamento particolarmente "conservativo" della commissione di ricorso, da cui, peraltro, ci si sarebbe potuti attendere una posizione e una pronuncia più "coraggiose", quantomeno per la loro natura peculiare, che, come noto, non è completamente giurisdizionale (in argomento v., *amplius*, J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018, spec. pp. 222-224).

La natura regolamentare delle decisioni impugnate

Constatata l'assenza di incidenza individuale e, quindi, l'inevitabile inammissibilità del ricorso, la commissione di ricorso ha dunque valutato se l'atto impugnato potesse avere una natura regolamentare.

In primo luogo, la commissione ha stabilito che l'atto riguardava direttamente le due società, perché, in sostanza, sebbene indirizzato ai già citati TSO, questi godevano di una discrezionalità invero nulla nell'attuarlo e, quindi, gli effetti giuridici in capo alle ricorrenti si producevano direttamente per il tramite del provvedimento contestato. Ciò rileva nella misura in cui il Tribunale, in più di un'occasione, ha stabilito che «il criterio dell'incidenza diretta è identico nella seconda e nella terza ipotesi di cui all'articolo 263, quarto comma, TFUE» e la commissione di ricorso ha in effetti trattato le due ipotesi come sovrapponibili (v. *European Coalition to End Animal Experiments c. ECHA*, spec. punto 67; *Growth Energy e Renewable Fuels Association c. Consiglio*, spec. punto 65; *Deutsche Lufthansa AG c. Commissione*, spec. punto 211).

Dopodiché, la commissione ha dapprima ricordato che la forma in cui gli atti o le decisioni sono adottati è, in linea di massima, irrilevante ai fini della possibilità di impugnarli con un'azione di annullamento (punto 52 – in giurisprudenza v., per tutte, *Ungheria c. Parlamento*, spec. punto 37) e, successivamente, ha stabilito che l'atto impugnato, di carattere non legislativo, aveva portata generale e, per tale ragione, doveva considerarsi un atto regolamentare.

La commissione di ricorso ha ritenuto che la decisione contestata avesse portata generale nella misura in cui si applica a situazioni future determinate oggettivamente e indiscriminatamente («it applies to future situations determined objectively and indiscriminately», punto 53). In ef-

fetti, sebbene la decisione di ACER fosse indirizzata a una categoria specifica di operatori economici, cioè i gestori dei sistemi di trasmissione dei flussi transfrontalieri di energia elettrica (i TSO), essi erano indubbiamente «considerat[i] in modo generale e astratto» e la decisione stessa si applicava «a una situazione determinata obiettivamente», cioè la definizione dei prezzi dell'energia di bilanciamento (in argomento v., per tutte, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commissione*, spec. punto 71). Per giurisprudenza costante già menzionata, infatti, la possibilità di determinare, con maggiore o minore precisione, il numero o anche l'identità dei soggetti di diritto ai quali si applica un provvedimento (com'è il caso specie, dove i vari TSO erano chiaramente identificati in un elenco in calce all'atto) non comporta affatto che l'atto possa considerarsi un fascio di decisioni individuali se l'applicazione viene effettuata in virtù di una situazione obiettiva di diritto o di fatto definita dall'atto in esame (in giurisprudenza v., ad esempio, *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) c. Commissione*, spec. punto 42; *Silver e a. c. Consiglio*, spec. punto 39).

L'approccio della commissione di ricorso pare condivisibile, anche perché la Corte di giustizia ha precisato che una decisione del genere (cioè una decisione che identifica precisamente i destinatari) si presenta – nei confronti di un'impresa che non è tra i destinatari ma che appartiene al medesimo settore (in questo caso quello energetico) – «come un provvedimento di portata generale che si applica a situazioni determinate obiettivamente e comporta effetti giuridici nei confronti di una categoria di persone considerate in modo generale ed astratto» (v., *ex multis*, *Telefónica c. Commissione*, spec. punto 49; *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) c. Commissione*, spec. punto 43; *easyJet Airline c. Commissione*, spec. punto 61).

Pare quindi che la qualificazione dell'atto come "regolamentare" non sia da mettere in dubbio.

L'incompetenza della commissione di ricorso

La commissione di ricorso, dover aver accertato la natura giuridica della decisione impugnata, si è dichiarata incompetente a decidere sulla controversia (e ci si potrebbe quindi interrogare sul perché abbia sentito l'esigenza di analizzare la natura dell'atto se già sapeva che avrebbe rigettato il motivo di ricorso per incompetenza). Adottando un approccio assai formalistico (a dispetto di quanto da essa stessa dichiarato al punto 54), la commissione ha infatti ricordato che «it must exercise its prerogatives within its constitutional boundaries» ed è vincolata dal regolamento ACER, che ne stabilisce le competenze e che, come anticipato, non prevede la possibilità di impugnare gli atti regolamentari *ex* art. 263, comma 4, TFUE. Nell'applicare tale formalismo al caso di specie, la commissione di ricorso

ha ricordato quanto affermato in un recente caso deciso dal Tribunale in Grande sezione, *MEKH c. ACER*: «dal sistema legislativo e giurisdizionale istituito dal Trattato FUE risulta che solo il giudice dell'Unione europea è autorizzato [...] a constatare l'illegittimità di un atto di portata generale [...], poiché all'istituzione, agenzia o organismo dell'Unione a cui competono i mezzi di ricorso interni non è riconosciuta una siffatta competenza dai Trattati» (punto 50).

Questo approccio, certo comprensibile e probabilmente l'unico plausibile su di un piano pratico, solleva, almeno in astratto, qualche perplessità. Le agenzie dell'Unione europea – sia *de iure* che sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia – sono in potenza abilitate ad adottare atti a portata generale, che, in applicazione della formula *Inuit*, assumerebbero evidentemente natura "regolamentare"; tuttavia, gli organi di revisione interna a tali agenzie non hanno competenza a dichiararne la legittimità (o illegittimità). Se è vero, infatti, che in una siffatta circostanza il meccanismo di ammissione preventiva delle impugnazioni di cui all'art. 58-*bis* dello Statuto non opererebbe, garantendosi comunque il doppio grado di giudizio, è altrettanto vero che, per motivi quantomeno di "efficienza decisionale", sarebbe forse opportuno assicurare al privato un controllo di prima istanza altamente tecnico anche nei confronti di tali atti (si noti che nella domanda di modifica dello Statuto della Corte del 30 novembre 2022, è stata ricompresa nel c.d. "filtro" anche la commissione di ricorso di ACER. Il regolamento che modifica lo Statuto è di prossima adozione e non si ritiene che vi saranno modifiche rispetto a quanto richiesto dalla Corte. In argomento, con toni critici, quantomeno per l'originaria esclusione di ACER dal meccanismo *ex* art. 58-*bis* dello Statuto, v. P. IANNUCCELLI, *L'ammissione preventiva delle impugnazioni contro le decisioni del Tribunale dell'Unione europea* ex *art. 58*-bis *dello Statuto: una prima valutazione e le eventuali applicazioni future*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell'Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall'incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano, 2022, p. 117 ss., spec. p. 137).

Quanto al controllo "altamente tecnico", è appena il caso di ricordare che la Corte e il Tribunale hanno più volte ribadito che, nell'ambito di un ricorso di annullamento *ex* art. 263 TFUE, il sindacato che il giudice opera è limitato ove si tratti della valutazione di elementi di fatto di ordine scientifico e tecnico altamente complessi. Infatti, relativamente a valutazioni del genere, il giudice dell'Unione si limita ad esaminare se esse siano viziate da errore manifesto, da sviamento di potere o se l'autore della decisione abbia manifestamente oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale (v., per tutte, *Etimine*, punto 60 – si noti comunque, che, specialmente in settori molto regolati, la Corte e il Tribunale sembrano operare uno scrutinio

vieppiù approfondito; v., ad esempio, *Dow AgroSciences e a. c. Commissione*; *Commissione c. Bilbaína de Alquitranes*; *Germania c. ECHA*. In argomento cfr., *amplius*, M. Condinanzi. Sul limitato controllo da parte della Corte, che riconosce alle commissioni di ricorso un ampio potere discrezionale nell'effettuare valutazioni complesse e tecniche, v. invece, con toni critici, A. Volpato).

Viceversa, il sindacato da parte delle commissioni di ricorso delle valutazioni di ordine scientifico contenute in una decisione di un'agenzia non è limitato alla verifica dell'esistenza di errori manifesti (v., recentemente, *BASF Grenzach c. ECHA*, punto 89) e, per quanto specificamente concerne ACER, la Corte ha recentemente ribadito che, al fine di garantire il rispetto del principio di tutela giurisdizionale effettiva, è opportuno riconoscere alla commissione di ricorso un potere di controllo approfondito sulle decisioni dell'agenzia, proprio in considerazione del controllo «ristretto» operato dalle Corti UE (*ACER c. Aquind*, spec. punto 65, in seguito "*Aquind*"). Soprattutto, però, la giurisprudenza *Aquind* è stata utile a chiarire come le commissioni di ricorso contribuiscano a far rispettare l'art. 47, primo comma, della CdfUE: l'esercizio di un controllo approfondito in sede amministrativa, infatti, è essenziale affinché sia garantito, in sede giurisdizionale, un ricorso effettivo ai sensi di tale articolo. Un diverso e opposto orientamento comporterebbe il rischio di impedire al Tribunale – che esercita un controllo "ristretto" – di garantire una tutela giurisdizionale effettiva. Un'interpretazione estensiva delle competenze della commissione di ricorso (*rectius*, delle commissioni di ricorso) è un tema da tenere in considerazione anche in ragione di ciò.

Tuttavia, è legittimo chiedersi se le ricorrenti, nel caso di specie, fossero tenute a rivolgersi sin da subito alla commissione di ricorso o potessero – se non addirittura dovessero – adire immediatamente il Tribunale. Sul punto è appena il caso di ricordare che l'art. 29 del regolamento ACER stabilisce che «I ricorsi per l'annullamento di una decisione dell'ACER [...] possono essere presentati dinanzi alla Corte di giustizia *solo dopo l'esaurimento della procedura di ricorso di cui all'articolo 28*» (corsivo aggiunto). Tale previsione – a differenza, ad esempio, della corrispondente norma contenuta nel regolamento istitutivo di ECHA, l'art. 94, par. 1 – non prevede che, nei casi in cui non sia garantito il diritto di adire la commissione di ricorso, le decisioni dell'agenzia possano essere impugnate direttamente dinanzi al Tribunale e alla Corte di giustizia. Ciononostante, tale circostanza deve ritenersi implicita e, in effetti, in giurisprudenza è stato chiarito che «[...] only decisions taken by the Board of Appeal or, *in cases where no right lies before the Board of Appeal, by ACER*, may be contested before the Court in accordance with Article 263 TFEU» (v. *Austrian Power Grid e Vorarlberger Übertragungsnetz c. ACER*, spec. punto 32, corsivo aggiunto).

Se si muove, quindi, dall'assunto per cui la decisione controversa è un atto regolamentare, è di conseguenza possibile sostenere che i limiti di cui all'art. 29, quantomeno contingentemente, siano inoperanti, dal momento che l'art. 28, par. 1, si riferisce esclusivamente a decisioni di natura individuale. Ne seguirebbe la possibilità di adire direttamente il Tribunale senza "passare" per la commissione di ricorso. In tal modo, pur perdendosi un grado di giudizio "specializzato", si guadagnerebbe in punto di maggiore speditezza del procedimento. Infatti, sul piano, per così dire, della "strategia difensiva", tentare subito la strada del ricorso in Tribunale, per quanto più "limitante" in termini di scrutinio tecnico, avrebbe potuto giovare in termini di economia processuale, senza per questo pregiudicare la tutela giurisdizionale effettiva delle due società, a cui, in forza dell'art. 263, comma 4, TFUE, letto congiuntamente all'art. 47 della CdfUE, sarebbe comunque garantito, eventualmente, un doppio grado di giudizio.

In tale contesto, quindi, ciò che si auspica, più che un'interpretazione estensiva dell'art. 28, par. 1, del regolamento ACER da parte della commissione di ricorso – che, come visto, difficilmente avrebbe potuto pronunciarsi diversamente, pur con i *caveat* di cui sopra – è un intervento sul regolamento da parte del legislatore (ma, a ben vedere, su tutti i regolamenti istitutivi delle agenzie che prevedano al loro interno una commissione di ricorso e che non consentano l'impugnazione di atti a portata generale). L'attuale ruolo delle commissioni di ricorso nel sistema di tutela giurisdizionale dell'UE pare invero anacronisticamente limitato: l'aumento del novero di atti impugnabili dinanzi a tali organismi, in particolare quelli a portata generale, potrebbe condurre a un evidente efficientamento della procedura, a un positivo ampliamento delle tutele per il singolo e, non da ultimo, a uno sgravio del carico di lavoro dei giudici dell'Unione.

L'impugnazione dinanzi al Tribunale

In data 17 febbraio 2023, sia la RWE Supply & Trading GmbH che la Uniper Global Commodities SE hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale. Entrambe le società hanno dedotto, per quanto qui rileva, che il tenore letterale della previsione di cui all'art. 28, par. 1, del regolamento (UE) 2019/942 «non osterebbe ad un'interpretazione in forza della quale la ricorrente sarebbe legittimata a proporre ricorso avverso un atto di natura regolamentare» e che la valutazione operata dalla commissione di ricorso, oltre a «non tenere conto né della *ratio* e dello scopo del procedimento di ricorso», darebbe luogo a «un *deficit* di tutela giuridica contrario al diritto primario». Tale specifica eccezione, per le ragioni sopra esposte, non pare possa essere condivisa: per quanto astrattamente sia preferibile assicurare al privato un controllo di prima istanza altamente tecnico nei

confronti di tutti gli atti delle agenzie, è altrettanto vero che i trattati garantiscono comunque un controllo giurisdizionale avverso le decisioni delle commissioni di ricorso che dichiarano inammissibili i ricorsi. Il tema, piuttosto, è di opportunità politica e di coerenza generale delle scelte di politica giudiziaria che si stanno adottando negli ultimi anni: ha senso limitare le competenze delle commissioni di ricorso, se poi è da queste che passa la diminuzione del carico di lavoro del Tribunale (e, grazie al nuovo art. 58-*bis*, anche della Corte), nonché la possibilità di rispettare pienamente il principio di tutela giurisdizionale effettiva nei settori altamente tecnici e scientifici? In altri termini: se il Tribunale necessita di un preventivo controllo approfondito da parte della commissione di ricorso di ACER quando conosce dei contenziosi relativi alla legittimità di atti dell'agenzia, magari anche portata generale, ma che incidono direttamente e individualmente sul ricorrente, come mai può farne a meno se quel medesimo atto non gode di incidenza individuale?

Inoltre, è interessante ragionare anche attorno al motivo di ricorso proposto in subordine: le due società hanno infatti richiesto al giudice di annullare (nel merito) la decisione di ACER del 25 febbraio 2022. Occorre pertanto verificare se il Tribunale – sempre che avalli la qualificazione giuridica dell'atto impugnato – sia abilitato a conoscere della controversia, dal momento che la commissione di ricorso si è limitata a esaminare la ricevibilità dell'azione senza entrare nel merito.

Qualora il Tribunale ritenesse che l'art. 28, par. 1, del regolamento ACER vada interpretato estensivamente, attribuendo alla commissione di ricorso la competenza a pronunciarsi anche in merito ad atti come quello di specie, la causa dovrà essere rimessa alla commissione stessa. Infatti, sulla base di una costante giurisprudenza stratificatasi nel corso degli anni, il potere di riforma del Tribunale è limitato alle situazioni in cui, «dopo aver controllato la valutazione compiuta dalle commissioni di ricorso, sia in grado di determinare, sulla base degli elementi di fatto e di diritto accertati, la decisione che la suddetta commissione era tenuta ad adottare. Il Tribunale non può sostituire la propria valutazione a quella delle commissioni di ricorso, né tanto meno può procedere a una valutazione sulla quale detta commissione non si è ancora pronunciata» (v., *ex multis*, *Giand c. OHMI*, punto 70; *Schmid c. EUIPO*, punto 62; *Kwizda Holding c. EUIPO*, punto 85; *ZPC Flis c. EUIPO*, punto 129; *Nowhere c. EUIPO*, punto 47). In siffatte circostanze, quindi, il Tribunale è tenuto a rinviare la causa alla commissione di ricorso competente affinché riformi la sua decisione – e questo è ciò che dovrebbe avvenire qualora il giudice dell'Unione riconoscesse la competenza della commissione di ricorso a pronunciarsi sulla questione.

Tale soluzione potrebbe essere sostenuta facendo leva sull'esigenza di garantire un livello di scrutinio specializzato anche nei confronti degli atti a portata generale e, per dirla con le ricorrenti, ossequiare la *ratio* e dello scopo del procedimento di revisione amministrativa. Guardando al passato, le proposte più innovative a garanzia del privato sono sovente provenute proprio dal Tribunale, la sede che d'altro canto meglio si adatta alle esigenze del privato stesso. Nel contesto della legittimazione ad agire dei singoli, basti solo pensare alla nota sentenza *Jégo-Quéré*, ove per la prima volta si tentò di proporre condizioni di ricevibilità per i ricorsi introdotti dai singoli ai sensi dell'allora art. 230, comma 4, TCE meno rigide rispetto a quelle elaborate nella formula *Plaumann* (in argomento v., per tutti, C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 13 ss.). Chiaro che, se così fosse, allora la disposizione di cui all'art. 28, par. 1, del regolamento ACER (ma, a ben vedere, di tutti i regolamenti istitutivi di agenzie che prevedono al loro interno una commissione di ricorso) presenterebbe una lacuna che il legislatore sarebbe tenuto a colmare.

Viceversa, qualora il Tribunale dovesse ritenere che la commissione di ricorso di ACER non ha competenza a conoscere le controversie relative alla legittimità degli atti regolamentari, allora è presumibile che sia direttamente il Tribunale a pronunciarsi in subordine nel merito, accogliendo o rigettando il ricorso.

SEGNALAZIONI
Dimensione giudiziaria della CDFUE

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

L'INTERDICTION DE RELEVER D'OFFICE LES NULLITÉS RÉSULTANT DE LA NOTIFICATION TARDIVE DU DROIT AU SILENCE AU MOMENT DE L'ARRESTATION

Il divieto di rilevare d'ufficio le nullità conseguenti alla tardiva comunicazione del diritto al silenzio al momento dell'arresto

The prohibition for the trial court to raise of its own motion the annulment of the procedure due to the belated information regarding the right to remain silent when arrested

Corte di giustizia, 22 giugno 2023, C-660/2, *K.B. e F.S.* (Rilevabilità d'ufficio in materia penale)

ANNA VICINANZA
(Dottoranda in Diritto europeo presso l'Università di Bologna)

Dans l'affaire C-660/21, la Cour de justice a été appelée à se prononcer sur l'interprétation de la directive 2012/13/UE, afin de comprendre si cette dernière est compatible avec une réglementation nationale interdisant au juge du fond de relever d'office les nullités résultant de la notification tardive à la personne arrêtée de son droit à garder le silence.

La question préjudicielle a émergé au cours d'un procès pénal français, à la suite de l'arrestation par la police de deux individus surpris en flagrant délit de vol de carburant. Au moment de l'arrestation, les deux personnes avaient été interrogées par les policiers sans avoir reçu la notification pré-alable concernant leurs droits, dont leur droit au silence, comme requis par le code de procédure pénale français (article 63-1) ainsi que par la directive 2012/13/UE. Ensuite, les policiers avaient informé un officier de police judiciaire, qui avait demandé la présentation immédiate des suspects aux fins de leur placement en garde à vue. Contrevenant à cet ordre, les pol-iciers avaient contacté un autre officier de police. Ce dernier avait procédé à la fouille du véhicule des suspects, découvrant des éléments à charge. En outre, il avait posé des questions à ceux-ci, auxquelles ils avaient répondu.

Ce n'est toutefois qu'au bout de plusieurs heures que le procureur de la République avait été informé du placement en garde à vue des personnes arrêtées lesquelles reçurent alors la notification obligatoire concernant les droits de la défense.

Conformément au CPP français, les exceptions de nullité de procédure telles que la violation de l'article 63-1 doivent être soulevées par la personne concernée ou par son avocat avant toute défense sur le fond. En l'espèce, ni les prévenus ni leurs avocats n'avaient soulevé la question dans le délai prévu. Par ailleurs, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il est interdit aux juges du fond de relever d'office la nullité de la procédure, sauf dans le cas d'incompétence.

L'obligation de communiquer ses droits à la personne arrêtée, dont le droit de se taire, est aussi consacrée aux articles 3 et 4 de la directive 2012/13/UE. Plus spécifiquement, le considérant 19 établit l'obligation de fournir cette notification au plus tard avant le premier interrogatoire officiel du suspect ou de la personne poursuivie par la police ou par une autre autorité compétente. Dans le cas d'une communication tardive, il ressort de l'article 8, par. 2, que les personnes concernées bénéficient d'un droit au recours contre les actes accomplis.

Le juge du renvoi, donc, demande à la Cour de justice de se prononcer sur la compatibilité d'une réglementation nationale qui interdit au juge de relever d'office la violation du droit à l'information par rapport au droit au recours consacré par la directive susmentionnée.

Vu que la directive ne détaille pas les modalités et les délais de recours, la Cour estime que les Etats membres disposent d'une autonomie procédurale en ce sens. La seule limite serait le respect du droit à un recours effectif, protégé par l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En outre, le droit au procès équitable, consacré au même article, et les droits de la défense, visés à l'article 48 de la Charte, doivent trouver application. Par conséquent, c'est à la lumière de ces principes que l'article 8, par. 2, de la directive 2013/12/UE doit être interprété.

Dans ce cadre, la circonscription des sujets ayant le pouvoir de relever la nullité en question n'est incompatible avec la directive que dans les cas où cela pourrait rendre ineffectif le droit au recours garanti à la personne suspectée ou poursuivie, ou si ses droits de la défense ou au procès équitable ont été excessivement restreints.

La Cour examine, dès lors, l'effectivité du droit au recours à la lumière de différents éléments, tels que le caractère raisonnable du délai prévu, le droit d'accès à un avocat et le droit d'accès au dossier. En particulier, la Cour de justice met l'accent sur le fait que le droit procédural français permet aux personnes suspectées et, le cas échéant, à leur avocat,

d'invoquer à tout moment et par tous les moyens, dans la période entre le placement en garde à vue et la présentation de la défense sur le fond, la violation de l'obligation d'information relative au droit au silence. De plus, dans le même délai, les personnes concernées bénéficient du droit d'être assistées par un avocat, facilité par le mécanisme de l'aide juridictionnelle. Enfin, ils disposent, aussi par la voie de leurs avocats, d'un droit d'accéder à leur dossier contenant tous les actes accomplis jusqu'à ce moment.

Selon la Cour de justice, ces éléments permettent de rendre effective la possibilité pour les personnes concernées de demander l'annulation de la procédure. Par conséquent, la Cour n'estime pas que l'interdiction faite au juge du fond de relever d'office la même nullité soit incompatible avec les articles 47 et 48 de la Charte, ni avec les articles 3, 4 et 8 de la directive 2012/13/UE.

La décision en cause est largement inspirée par le principe de l'autonomie procédurale des Etats membres. Cela ressort d'une manière encore plus évidente des conclusions rendues par Avocat général Pikamäe le 26 janvier 2023. En effet, il affirme qu'une interprétation de la directive 2012/13/UE différente de celle fournie par la Cour se trouverait en conflit avec les Traités car *ultra vires*, puisque la compétence exercée par l'Union à travers l'adoption de cette directive doit être limitée aux prévisions de l'article 82, par. 2, TFUE, constituant sa base juridique. Cette disposition prévoit que le Parlement et le Conseil disposent du pouvoir d'adopter des directives en matière pénale (seulement) aux fins de faciliter la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et la coopération entre Etats membres, tout en respectant les traditions juridiques de ceux-ci. La norme, donc, ne supposerait pas une harmonisation entre les systèmes procéduraux pénaux nationaux (c'est pour ce motif que l'adoption de règlements n'est pas prévue), mais plutôt la détermination de quelques éléments essentiels au renforcement de la confiance réciproque, qui constitue le fondement de la reconnaissance mutuelle en matière pénale.

Toutefois, il faut souligner que le législateur européen a estimé que le droit à l'information mérite l'inclusion dans ces éléments essentiels, ainsi qu'il ressort de sa mention dans le Programme de Stockholm et, par la suite, de l'adoption de la directive 2012/13/UE.

Ensuite, en rappelant le lien classique entre souveraineté et matière pénale, l'Avocat général souligne que la détermination de l'équilibre entre intérêts collectifs et individuels intrinsèque au droit procédural pénal demeure une prérogative du législateur national. Ainsi, chaque système juridique connaît une compénétration différente d'éléments typiques des procédures accusatoires et inquisitoires. De ce fait, les Etats membres restent libres de déterminer le rôle confié à la fois aux parties et au juge. Dans

cette perspective, la reconnaissance du pouvoir de relever d'office une nullité considérée comme "relative" par le CPP français aurait eu un impact significatif sur la structure de la procédure nationale, ainsi que sur l'équilibre entre les pouvoirs attribués aux différents acteurs du procès pénal. Cet impact se serait produit, de surcroît, dans une affaire dépourvue de caractère transnational. La solution aurait pu être différente si l'affaire était née lors de la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen.

Ainsi, en vue de mettre en valeur les particularités du système juridique français, l'Avocat général souligne le caractère "personnel" du droit au silence conformément au droit interne. Par conséquent, le sujet est libre d'exercer ce droit, comme il est libre de déterminer sa stratégie de défense et de soulever ou non la violation de son droit de se taire.

Concernant le premier point, il ne fait aucun doute que dans le cas d'espèce le libre choix relatif à l'exercice du droit au silence ait été gravement affecté par l'absence de la notification due à la personne arrêtée. Quant au second point, la liberté de choisir sa stratégie défensive exige, certes, l'assistance d'un avocat. Toutefois, elle doit aussi être évaluée à la lumière des pouvoirs et des limites de la défense, dépendant du droit de la procédure. Cela est lié à la question de l'effectivité du droit au recours, et notamment à la raisonnabilité de l'échéance prévue.

Or, la Cour considère que la durée du délai prévu soit satisfaisante, s'écoulant du moment de l'arrestation jusqu'à la première défense présentée sur le fond. Pourtant, ce qu'elle ne considère pas c'est que dans certaines procédures ces deux moments sont très proches l'un de l'autre. Cela concerne, en particulier, la procédure de comparution immédiate (articles 393 et suivants du CPP français), où l'audience doit se dérouler en principe le jour même du placement en garde à vue.

Il faut aussi considérer que, par le passé, la Cour de justice a, dans certains cas, reconnu que la protection de l'effectivité du droit européen exigeait la reconnaissance au juge d'un pouvoir de relever les nullités *ex officio*. La référence à la jurisprudence développée en matière de clauses abusives dans les contrats conclus par le consommateur est particulièrement intéressante. Cette jurisprudence a parfois provoqué des effets disruptifs dans les systèmes procéduraux internes : il suffit de penser à la récente décision (C-600/19) dans laquelle la Cour du Luxembourg a jugé que l'interdiction de relever d'office le caractère abusif de la clause au moment de l'exécution civile du jugement devenu définitif était incompatible avec le droit de l'Union européenne.

Selon la Cour et l'Avocat général Pikamäe, l'orientation jurisprudentielle formée en la matière des clauses abusives n'est pas applicable à d'autres domaines en raison de la spécificité du droit de la consommation, car

ce dernier est caractérisé par la position de faiblesse du consommateur concernant et son pouvoir contractuel et son niveau d'information. Ainsi, cette faiblesse nécessite d'être balancée à travers un rôle plus actif du juge. Par contre, l'Avocat général considère qu'en matière pénale la recherche d'un équilibre entre répression, durée du procès et droits de l'individu demeure l'apanage du législateur national. De plus, il affirme que la protection offerte par le droit national et supranational aux personnes suspectées ou poursuivies est plus étendue que celle accordée au consommateur. Pour cette raison, il parvient à la critiquable conclusion selon laquelle la personne arrêtée subirait moins l'asymétrie informative que le consommateur, bien que l'état de privation de liberté provoque généralement une profonde vulnérabilité chez la personne qui le subit.

Un dernier aspect digne d'attention concerne la comparaison faite par la Cour de justice avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, effectuée sur la base de la clause de protection équivalente de l'article 52, par. 3, de la Charte. En l'espèce, la Cour de justice a invoqué la décision *Ibrahim c. Royaume Uni*. Dans ce cas, il avait été décidé que la violation du droit d'accès à un avocat, consacré par le droit national et par la CEDH, n'entraînait pas en elle-même l'iniquité de la procédure, puisqu'il fallait évaluer si la procédure dans son ensemble avait été "juste". Cette évaluation globale (overall approach) doit être effectuée en tenant compte d'une série de facteurs, parmi lesquels la valeur des déclarations recueillies en l'absence d'information entre les autres pièces à charge, ainsi que la force des autres éléments du dossier. Il s'agit d'une appréciation essentiellement étrangère aux systèmes juridiques nationaux et très critiquée par la doctrine (e.g. M. CAIANIELLO, 2021; O. MAZZA, 2014), postulant une compensation entre aspects distincts du procès équitable. Dans le cas d'espèce, quoique la Cour de justice n'utilise pas expressément un *overall approach*, le raisonnement suivi paraît très similaire. En effet, même dans cette affaire, certains éléments du procès équitable, tel que le droit à l'avocat et à l'accès au dossier, sont employés pour contrebalancer la violation du droit au silence.

Il faut noter, par ailleurs, que l'idée d'une "évaluation globale" s'adapte mieux au fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'Homme, puisqu'elle intervient après la conclusion de l'affaire au niveau national. Cela signifie que sa décision peut remettre en question l'ensemble de la procédure accomplie. La même prudence est moins nécessaire pour ce qui concerne la Cour de justice vu que, par la voie du renvoi préjudiciel, elle peut intervenir au milieu du procès.

En revanche, la Cour semble avoir négligé, dans la jurisprudence Ibrahim, le problème de la force probante des preuves obtenues

irrégulièrement. En effet, la question de l'utilisation des pièces à charge "viciées" dans la procédure *a quo* n'est pas traitée. Cet aspect est, pourtant, couvert par l'Avocat général dans ses conclusions. Il rappelle un alinéa de l'article préliminaire du CPP français établissant l'interdiction de prononcer une condamnation sur le seul fondement de déclarations faites sans que le droit de se taire ait été notifié. En outre, comme il ressort de l'article 429 du CPP, les actes irréguliers ne possèdent pas de valeur probatoire, même s'ils demeurent formellement valables. Pourtant, bien qu'ils ne puissent pas fonder une condamnation, ils contribuent à l'intime conviction du juge. L'ensemble de ces considérations aurait pu être examiné d'une manière plus approfondie par la Cour aux fins de la décision. En effet, du point de vue d'une (critiquable) appréciation de l'équité globale de la procédure, le défaut de force probante des propos recueillis en violation de l'un des droits au procès équitable revêt une importance fondamentale, puisqu'il permet de limiter les effets procéduraux de l'absence de contestation dans le délai prévu par la personne poursuivie ou par son avocat. Toutefois, le silence de la Cour à ce propos ouvre des champs d'interrogation inquiétants concernant la validité d'une réglementation nationale qui considère utilisables les actes accomplis en violation des droits au procès équitable et non contestés, pour autant que le droit au recours ait été effectif.

RIVISTA DEL CONTENZIOSO EUROPEO
REVUE DU CONTENTIEUX EUROPÉEN
REVIEW OF EUROPEAN LITIGATION

IL NUOVO REGIME DI PUBBLICAZIONE DEGLI ATTI DI DIRITTO "COMUNITARIO" E LE SPECIFICITÀ DEL GIUDICE DELL'UNIONE

Le nouveau régime de publication des actes de droit « communautaire » et les spécificités du juge de l'Union

The New Rules Concerning the Publication of EU Acts and the Specificities of the EU Judiciary

LA REDAZIONE

Il regime di pubblicità degli atti di diritto dell'Unione europea è, spesso, tanto importante quanto la produzione degli effetti giuridici che da questi atti deriva. In effetti, se è vero che la capacità di un atto di produrre effetti su determinati soggetti è insita nel contenuto sostanziale di quest'ultimo, è altrettanto vero che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione svolge spesso la funzione di *dies a quo* per la decorrenza di diversi termini (si pensi, ad esempio, all'entrata in vigore degli atti di diritto derivato, da cui tra l'altro discende il computo dei termini di trasposizione delle direttive, o a quello generale di introduzione di un ricorso in annullamento) e garantisce la conoscibilità dell'atto pubblicato nei confronti della generalità dei consociati.

Nell'ambito di una generale ristrutturazione delle modalità di pubblicazione degli atti di diritto "comunitario", l'ordinamento dell'Unione ha però saputo tenere in considerazione, una volta di più, l'alto grado di specificità delle funzioni esercitate dalla Corte di giustizia dell'Unione. Infatti, a partire dal 1° ottobre 2023, la Gazzetta (e, nel concreto, la sua versione digitale EUR-Lex) non vedrà più la pubblicazione di atti "fascicolati" in un unico indice e a intervalli regolari; al contrario, il sistema passerà alla c.d. "pubblicazione atto per atto", cosicché ciascun atto sarà pubblicato sotto forma di un file PDF a sé stante e individualmente consultabile. Questo, secondo quanto riporta EUR-Lex stesso, ai fini di garantire «un modo più flessibile, rapido e semplice di pubblicare la Gazzetta ufficiale» e di implementare alcune nuove funzioni (come la visualizzazione personalizzata secondo criteri scelti dall'utente). A fronte di questo regime generale, tuttavia, la Corte di giustizia dell'Unione europea è rimasta oggetto di una scelta di sistema parzialmente diversa, che sembra voler perseguire gli

obiettivi della riforma ma, al contempo, essere rispettosa della natura peculiare dell'attività dei giudici di Lussemburgo e dei loro "prodotti" giuridicamente rilevanti. In un comunicato del 29 settembre 2023, infatti, il giudice dell'Unione ricorda che «[g]li avvisi relativi alle cause promosse dinanzi alla Corte di giustizia o al Tribunale – o concluse da tali organi giurisdizionali», la cui pubblicazione è sempre stata raggruppata in fascicoli perlopiù settimanali, «continueranno […] a seguire il ritmo attuale», basato su una pubblicazione che avviene, di regola, il lunedì. Ciò significa – come, del resto, è accaduto il primo lunedì dopo l'entrata in vigore delle nuove modalità di pubblicazione – che le comunicazioni della Corte e del Tribunale saranno comunque oggetto di pubblicazione "atto per atto" e, dunque, frazionate per PDF singolarmente consultabili; tuttavia, a differenza di quanto accade per le altre istituzioni, tali PDF saranno oggetto di una "pubblicazione concomitante" e, quindi, continueranno a essere pubblicati in Gazzetta Ufficiale con cadenza settimanale, invece che a flusso continuo.

È interessante notare che il trattamento derogatorio delle pubblicazioni della Corte sembra essere identificato, nel comunicato stampa, come una misura utile a «facilitarne la consultazione» e, quindi, si motiva sostanzialmente sulla base della stessa *ratio* di cui il legislatore dell'Unione si avvale per fondare la soluzione opposta. È chiaro, del resto, che la produzione normativa e quella giurisprudenziale non possono, sotto molti profili, essere paragonate: senz'altro differisce il dato quantitativo, ma anche il metodo di emissione (considerato che molti atti della Corte o del Tribunale – sentenze, ordinanze o conclusioni – vengono rese pubbliche già in maniera "aggregata" e, quindi, mal si prestano a un successivo "scorporo" da parte dell'*Unité de presse*) e la natura stessa delle pubblicazioni, che sono spesso versioni sintetiche di ricorsi o domande pregiudiziali, nonché soli dispositivi delle pronunce della Corte e del Tribunale. Insomma, con riguardo alla produzione giurisprudenziale sembra possa dirsi che una pubblicazione a flusso continuo non si adatti completamente alle esigenze e alle modalità di emissione di tali atti e che il mantenimento quantomeno della cadenza settimanale per la pubblicazione "concomitante" di tutti gli avvisi sia orientata a un criterio di miglior efficienza. Nella sostanziale vaghezza del comunicato stampa sopra citato, vale la pena sottolineare, per quanto attiene a tutti gli atti di natura più "amministrativa" o organizzativa dell'attività interna, che il regime specifico previsto per il giudice dell'Unione dovrebbe applicarsi a tutte le «comunicazioni previste dai regolamenti di procedura»: *qualunque* di queste comunicazioni (compresi gli avvisi circa eventuali modifiche ai regolamenti di procedura stessi, la riorganizzazione dei collegi giudicanti, l'entrata in servizio di nuovi membri o

l'avvento di festività giudiziarie) continuerà quindi a osservare l'attuale re-gime di pubblicazione, a cadenza settimanale, pur con documenti singo-larmente consultabili.

Peraltro, è la scelta generalizzata del legislatore che potrebbe indurre alcune perplessità. Se è forse vero che una pubblicazione "atto per atto" può consentire maggior precisione nella consultazione e più agili ricerche orizzontali sul contenuto del singolo atto (e che questa sembra essere una tendenza condivisa da molte gazzette ufficiali europee, in ossequio alla transizione da un passato cartaceo a un presente di forte digitalizzazione), è anche vero che la fascicolazione periodica riuniva, in un solo indice, tutta una serie di documenti che potevano quindi essere consultati attraverso un unico file PDF e che, peraltro, potevano già essere estrapolati singolar-mente dall'indice complessivo. All'esito dell'entrata in vigore del sistema "atto per atto", invece, sarà presumibilmente necessaria una più laboriosa ricerca da parte dell'operatore, specie ove non si tratti di una ricerca "mi-rata" sulla base di un obiettivo predeterminato.

Sarà comunque opportuno attendere un primo periodo di "rodaggio" di questa nuova modalità per comprendere davvero se l'avvenuta modifica non andrà a impattare sulla certezza del diritto (nelle sue dimensioni della conoscibilità degli effetti giuridici e del computo dei termini) e se la diffe-renza di trattamento tra atti normativi e produzione della Corte di giustizia dell'Unione europea non creerà eccessiva confusione nel pubblico e nei c.d. addetti ai lavori.