



La *iurisdictio* in ambito PESC: la dubbia *ratio decidendi* della Corte di giustizia

ROBERTO BARATTA*

SOMMARIO. 1. L'estensione in via pretoria delle competenze della Corte in materia di PESC. – 2. La dubbia fondatezza della *ratio decidendi*. – 3. Un orientamento dettato da timori sulla capacità dei giudici nazionali di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva? – 4. Spunti ricostruttivi sulla *iurisdictio* mista in ambito PESC: la funzione suppletiva del rinvio pregiudiziale.

1. L'estensione in via pretoria delle competenze della Corte in materia di PESC

La *potestas iudicandi* conferita ai giudici dell'Unione in ambito PESC (e PESD) si estende in via pretoria. La sottostante *ratio decidendi* è sistematica. La Corte di giustizia, infatti, qualifica le disposizioni che delimitano tale *potestas* (artt. 24, par. 1, secondo comma, ultima frase, TUE e 275, primo comma, TFUE) quali prescrizioni derogatorie alla regola generale e di sistema che conferisce alla Corte stessa il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati (art. 19 TUE). Se ne trae così una conseguenza usuale nelle tecniche ricostruttive del diritto: le seconde, in quanto eccezioni, sono oggetto di interpretazione restrittiva.

Tale orientamento è evidente nella sentenza *Mauritius*: “Tenuto conto delle circostanze del caso di specie, non si può considerare che la portata della limitazione a carattere

* Ordinario nell'Università di Roma Tre (Dipartimento di Giurisprudenza)

derogatorio della competenza della Corte, prevista dall'articolo 24, paragrafo 1, secondo comma, ultima frase, TUE e dall'articolo 275 TFUE si estenda fino ad escludere che la Corte sia competente a interpretare ed applicare le disposizioni del regolamento finanziario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici".¹ Più apertamente in *Elitaliana* la Corte afferma: "... i citati articoli 24, paragrafo 1, secondo comma, ultima frase, e 275, primo comma, introducono una deroga alla regola della competenza generale che l'articolo 19 TUE conferisce alla Corte per assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati, e devono dunque essere interpretati restrittivamente".² La successiva sentenza *H c. Consiglio* ribadisce esplicitamente la stessa *ratio decidendi*.³ Si noti che un simile *iter* logico-argomentativo è ricorrente in giurisprudenza, anche quando non vi sia necessità di farvi ricorso, perché la giurisdizione *ratione materiae* dei giudici dell'Unione è riconducibile a norme scritte.⁴

È verosimile che, in una logica di *path-dependency*, di continuità, la Corte riproporrà l'argomento strutturale in due casi pendenti: il rinvio pregiudiziale C-351/22, *Neves 77*, relativo alla legittimità di misure rumene attuative di certe sanzioni adottate nei confronti della Russia e il ricorso diretto C- 29/22 P e C-44/22 P, *KS e KD*, concernente la (asserita) responsabilità aquiliana dell'Unione con riguardo all'inerzia degli organi della missione europea UNMIK in Kosovo per non aver effettuato le indagini necessarie a individuare i responsabili della scomparsa di due persone nel corso del conflitto (internazionale o interno) che si ebbe in quel paese alla fine degli anni Novanta.⁵ Le conclusioni dell'Avvocato generale Çapeta sollecitano la Corte a riprendere quel tipo di argomentazione.⁶

¹ Sentenza 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, punto 49.

² Sentenza 12 novembre 2015, C439/13 P, *Elitaliana c. Eulex Kosovo*, punto 42.

³ Il congiunto disposto che nega l'esistenza di un giudice centralizzato (artt. 24, par. 1, secondo comma, ultima frase, TUE e 275, primo comma, TFUE) introduce "una deroga alla regola della competenza generale che l'articolo 19 TUE conferisce alla Corte per assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati": ne segue che le prime debbano essere interpretate "restrittivamente" (sentenza (grande Camera), 19 luglio 2016, C-455/14 P, *H. c. Consiglio*, punto 40). In senso identico v. anche la sentenza 25 giugno 2020, C-14/19 P, *SATCEN*, punto 66.

⁴ Alludo al caso delle misure restrittive individuali che possono dare luogo, a certe condizioni, a forme di responsabilità per risarcimento del danno causato ai singoli, come nella sentenza della Grande sezione 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran*, punto 32, in cui la Corte ha ripreso la *ratio decidendi* in oggetto. In realtà, come si vedrà oltre, il Tribunale, in primo grado, e la Corte, in appello, sono competenti a statuire su un ricorso per danni nei limiti in cui esso è diretto ad ottenere il risarcimento del pregiudizio economico asseritamente subito a causa di misure restrittive adottate nei confronti di persone fisiche o giuridiche e previste da decisioni PESC: in effetti, detto ricorso è parte integrante della tutela giurisdizionale, necessariamente completa anche in chiave risarcitoria, che i trattati affidano *ratione materiae* ai giudici dell'Unione ai sensi dell'art. 275 TFUE.

⁵ Le sentenze non dovrebbero tardare considerato che le conclusioni dell'Avvocato generale Capeta sono state rese il 23 novembre 2023 nella causa C-29/22 P e C-44/22 P.

⁶ Ivi, punti 53 ss., 69 e 90 e, relativamente alle conclusioni concernenti la causa *Neves 77*, punto 50. La dottrina sembra aderire all'impostazione della Corte: cfr. gli autori citati nelle note successive e F. BESTAGNO, *Danni derivanti da misure restrittive in ambito PESC e azioni di responsabilità contro l'UE*, in *Eurojus*, 2020, fasc. 4, p. 280 ss., per quanto riguarda gli atti che impongono sanzioni individuali.

2. La dubbia fondatezza della *ratio decidendi*

È dubbio, tuttavia, che tra i due regimi, entrambi di diritto primario, sussista un rapporto assimilabile a quello che intercorre tra regola generale ed eccezione, per cui la prima (competenza dei giudici dell'Unione) è soggetta a interpretazione estensiva, mentre la seconda (che sottrae competenza a tali giudici) è di stretta interpretazione. Come si sa, i trattati stabiliscono spesso l'autonomia e la specificità della politica estera e di sicurezza comune (PESC) rispetto alle altre aree di relazioni esterne dell'Unione. Il ruolo poco incisivo riservato a Parlamento europeo, Commissione e Corte di giustizia ne è forse la principale dimostrazione.⁷ La riforma di Lisbona ha voluto mantenere nella cornice dei trattati una forma eterogenea di cooperazione intergovernativa, nella quale i Governi (rappresentati nel Consiglio europeo e in Consiglio) svolgono un ruolo dominante. In breve, al momento della riforma il minimo comune denominatore è stato individuato nelle numerose peculiarità che caratterizzano la PESC.

Uno dei profili maggiormente critici del sistema risiede certamente nella definizione della competenza a garantire rimedi giurisdizionali. In linea di principio, secondo il diritto primario, la Corte di giustizia è sprovvista di *iurisdictio* in ambito PESC ex art. 24, par. 1, comma 2, ultima parte TUE, salvo due ipotesi ben definite: da un lato, la verifica sull'osservanza della ripartizione tra competenze dell'Unione e competenze PESC in sede di esercizio delle stesse (artt. 24, par. 1, comma 2 e 40, TUE); dall'altro, il controllo sulle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche (art. 275 TFUE).⁸ Solo in questi casi la *potestas iudicandi* appartiene ai giudici dell'Unione, in una logica chiaramente limitativa. Se così è, dunque, la lettera e la *ratio iuris* dei trattati sono difficilmente conciliabili con l'argomentazione strutturale sopra richiamata.

Ora, la prima ipotesi concerne, per così dire, l'*actio finium regundorum*, esperibile

⁷ A titolo esemplificativo, la mancata confluenza di questo regime nelle politiche dell'Unione e la sua collocazione nel titolo V del TUE, la sua più volte rimarcata specificità, la protezione da possibili interferenze per il tramite di altre azioni dell'Unione – come mostrano, ad esempio, la clausola di flessibilità (art. 352(4) TFUE, la previsione di una base giuridica specifica per la protezione dei dati di carattere personale nel settore della PESC (art. 39 TUE). È esclusa l'adozione di atti legislativi e il processo decisionale ruota intorno all'unanimità nel Consiglio europeo e nel Consiglio, cui è riservato un ruolo decisionale prioritario. Il Parlamento può svolgere un compito incisivo solo indirettamente tramite la disciplina di finanziamento prevista dall'art. 41 TUE là dove il finanziamento complessivo delle azioni PESC/PSDC (e in particolare le spese operative nel settore militare e della difesa) sia a carico del bilancio dell'Unione. La PESC è attuata attraverso una propria specifica tipologia di atti (privi di natura legislativa) costituiti da orientamenti generali e decisioni che definiscono azioni, posizioni e relative condizioni applicative volte in sostanza a rafforzare la cooperazione sistematica tra Stati membri (art. 25 TUE). La similitudine terminologica fra tali decisioni e quelle proprie delle altre politiche dell'Unione è di scarso rilievo giuridico: non è possibile accorpate in una cornice unitaria le decisioni PESC con le altre decisioni dell'Unione. Nel settore della PESC l'Unione dispone anche della competenza a stipulare accordi internazionali (art. 37 TUE). Insomma, le peculiarità sono molteplici.

⁸ Cfr. di recente in argomento P. VAN ELSUWEGE, *Judicial Review and The Common Foreign and Security Policy: Limits to the Gap-Filling Role of the Court of Justice*, in *Common Market Law Rev.*, 2021, p. 1731-1760.

quando vi siano incertezze circa gli esatti confini della PESC rispetto ad altri settori di competenza esterna dell'Unione e occorra, in pratica, assicurare l'osservanza, da parte delle istituzioni che agiscono in ambito PESC, delle *altre* competenze affidate all'Unione in chiave sovranazionale, e viceversa (art. 40 TUE): in concreto, allorché una istituzione utilizzi impropriamente una base giuridica PESC per svolgere compiti relativi a relazioni esterne dell'Unione o viceversa. La seconda riguarda invece “*la legittimità di talune decisioni*” precisate per rinvio recettizio all'art. 275, comma 2, TFUE, ossia agli atti che “*prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio*” (in ambito PESC).

Sul piano interpretativo, occorre certamente definire il rapporto tra il principio racchiuso nella limitata centralizzazione della giurisdizione in ambito PESC in capo alla Corte di giustizia con la disposizione, anch'essa sistemica, e di ordine generale, l'art. 19 TUE, che conferisce numerosi (non la totalità dei) compiti di *iurisdictio* ai giudici dell'Unione, descritti nell'art. 19, par. 3, TUE. Peraltro, quest'ultima disposizione, oltre a presupporre il funzionamento del principio di attribuzione (art. 5, parr. 1 e 2, TUE) e la regola secondo cui l'istituzione giudiziaria “*agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati*” (art. 13, par. 2, TUE), precisa che il giudice dell'Unione “*si pronuncia conformemente ai trattati*” (art. 19, par. 3, prima parte, TUE).

Tenuto conto del tenore letterale e delle intenzioni sottostanti, le disposizioni generali sulla giurisdizione della Corte di giustizia *lato sensu* intesa, inclusiva cioè del potere di *ius dicere* riservato al Tribunale, e le regole giurisdizionali applicabili in ambito PESC costituiscono due insiemi di prescrizioni che si pongono formalmente e strutturalmente sullo stesso piano, e dunque *non* in una logica derogatoria l'uno rispetto all'altro. Sono piuttosto regimi distinti, disomogenei, espressivi entrambi di un approccio sistemico; sono regimi che possiedono ciascuno una propria sfera di applicazione. Insomma, la regola limitativa del ruolo del giudice comune in ambito PESC si sostituisce all'art. 19 TUE e *non procede per derogazione*: è intrinseca e inerente al sistema istituzionale (o, se si preferisce, costituzionale) dell'Unione in uno schema logico-giuridico complessivo che presenta senz'altro disarmonie anche riguardo all'eventuale adesione alla CEDU – il disagio espresso al riguardo dalla Corte nel parere 2/13 è paradigmatico⁹ –, ma che *icto oculi* dichiara la volontà degli Stati membri contenuta nei trattati. È un dato fattuale (tradottosi in disposizioni giuridiche) che alcuni governi erano poco propensi alla *sovranazionalizzazione* della PESC e, comunque, restii a concedere un potere

⁹ Parere 2/13 (seduta plenaria) del 14 dicembre 2014, sul progetto di accordo relativo all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, punti 249 ss., nel quale comunque la Corte aveva riconosciuto sia che “è sufficiente constatare che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, taluni atti adottati nell'ambito della PESC sfuggono al controllo giurisdizionale della Corte” (punto 252), sia che “per effetto dell'adesione nei termini contemplati dall'accordo previsto, la Corte EDU sarebbe legittimata a pronunciarsi sulla conformità alla CEDU di determinati atti, azioni od omissioni posti in essere nell'ambito della PESC e, in particolare, di quelli per i quali la Corte non ha competenza a verificare la loro legittimità in rapporto ai diritti fondamentali” (punto 254).

giurisdizionale generalizzato alla Corte di giustizia. Gli interventi del Consiglio, del Servizio europeo di azione esterna e della Francia nella causa (pendente) *KS e KD*¹⁰ confermano il *clima* nel quale si raggiunse l'accordo negoziale che poi condusse al Trattato di Lisbona.

In questo senso si potrebbe dire che il ruolo ridotto assegnato ai giudici dell'Unione in ambito PESC ribadisce, in chiave strutturale e di sistema, il carattere autonomo di tale settore di cooperazione intergovernativa nel processo di integrazione europea: una sorta di *pilastro residuale a sé*, ancorché i pilastri del precedente sistema siano stati formalmente aboliti dalla riforma di Lisbona.¹¹ Si tratta di un carattere non riducibile ad eccezione interna applicabile a un principio unico di sistema o, per meglio dire, a un assetto normativo omogeneo e unitario. L'ordinamento dell'Unione, sotto questo profilo, non è omogeneo, né unitario. Prescindendo dal fatto che la diffidenza di taluni governi ad affidarsi integralmente alla Corte di giustizia è scarsamente condivisibile e non priva di rischi in termini di uniformità del diritto, l'autonomia del regime PESC ne spiega la marcata specificità, molte volte ribadita (anche in modo ridondante) nei trattati.

Certamente, poi, il mancato accentramento dei compiti giurisdizionali in capo al *giudice naturale* del diritto *comune* (la Corte) non può, né deve condurre a ritenere che sussistano aree di immunità dalla giurisdizione in ambito PESC. Con l'affermazione della specialità del settore, *inter alia* sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali, i redattori della riforma presupposero, in chiave strettamente giuridica, il ruolo complementare e integrativo dei giudici nazionali. Posto che, al di fuori delle competenze attribuite ai giudici dell'Unione, sacche di immunità dalla giurisdizione sono inconcepibili in qualunque ordinamento fondato sullo stato di diritto, salvo che per gli atti PESC strettamente e squisitamente politici (v. *infra* par. 4), là dove la competenza non sia centralizzata deve operare la funzione integrativa dei giudici nazionali, in base al principio della completezza del controllo giurisdizionale che permea di sé il sistema giudiziario dell'Unione. Dunque, fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia, resta ferma nel diritto primario la circostanza per cui “*le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali*” (art. 274 TFUE). In altri termini, la carenza di *potestas iudicandi* della Corte è necessariamente integrata dalle funzioni giurisdizionali nazionali.

La Corte sembra contrapporsi al dato testuale e strutturale dei trattati per il tramite di una *ratio decidendi* decontestualizzata che produce, tra l'altro, un risultato paradossale. Quanto

¹⁰ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Çapeta, cit., punti 109, 110, 112, 138 e 140.

¹¹ Questo è un punto da me sottolineato all'indomani della riforma (R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 58) proprio per evidenziare la specialità di PESC e PESD nella nuova struttura ordinamentale dell'Unione. In dottrina v. i molti rilievi di J.-C. BARBATO, *Le maintien du caractère intergouvernemental de la politique étrangère de sécurité et de défense*, in *Le droit des relations extérieurs de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne* (a cura di A.-S. Lamblin-Gourdin et E. Mondielli) Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 385 ss.

più si amplia in via pretoria il potere di *ius dicere* della Corte di giustizia, tanto più si riduce a ben poco l'area di intervento dei giudici nazionali, privando l'art. 274 TFUE di effetto utile in ambito PESC. Se questa tendenza si confermerà in *KS* e *KD* (responsabilità per danni arrecati dall'Unione in conseguenza di azioni riconducibili alla missione UNMIK) il ruolo integrativo dei giudici nazionali diverrà residuale. La Corte è *naturaliter* l'interprete *ultimo* dell'ordinamento dell'Unione, ma non dispone di un potere illimitato, come essa stessa riconosce.¹²

3. Un orientamento dettato da timori sulla capacità dei giudici nazionali di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva?

Ci si potrebbe chiedere se l'avocazione pretoria delle competenze giurisdizionali in ambito PESC non celi una certa sfiducia sull'operato dei giudici nazionali riguardo all'effettività della tutela giurisdizionale nel giudicare atti PESC.¹³ Se così fosse, taluni costituzionali sforzi ricostruttivi giurisprudenziali e dottrinali risulterebbero, oggi, ridimensionati.

Mi riferisco, ad esempio, al ruolo primario assegnato ai giudici nazionali, i giudici di diritto comune, nel quadro complessivo della tutela giurisdizionale dei diritti, come ad esempio nel parere 1/09.¹⁴ La loro funzione è valorizzata dai trattati tramite la procedura di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), senza dimenticare che anche il diritto secondario della concorrenza vi contribuisce con spunti interessanti.¹⁵ I giudici interni sono chiamati all'applicazione diretta, coerente e uniforme del diritto comune prima ancora che la questione possa essere oggetto di rinvio pregiudiziale.¹⁶ In estrema sintesi, il rapporto tra Corte e i giudici interni può essere descritto come una peculiare forma, al tempo stesso, di cooperazione e di complementarità, in uno schema logico di sussidiarietà giudiziaria, destinata a far sì che l'*acquis* sia osservato e applicato uniformemente nei territori degli Stati membri. In tale schema logico, l'interpretazione dell'*acquis* da parte dei giudici interni è sottoposta al controllo della Corte tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale, strumento verosimilmente attivabile anche là dove la giurisdizione in ambito PESC appartenesse in

¹² Sentenze 1° aprile 2004, C263/02 P, *Commissione c. Jégo-Quéré*, punto 36 ; 26 marzo 2021, C-565/19, *Carvalho*, punto 69.

¹³ L'Avvocato generale Çapeta sembra ispirarsi a tali argomentazioni: v. le sue conclusioni nel caso *KS* e *KD*, cit., punti 77 ss. e 100-103. L'importanza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva per gli atti PESC tramite la Corte di giustizia è stata sottolineata anche da M. CREMONA, "Effective Judicial Review Is of the Essence of the Rule of Law": Challenging Common Foreign and Security Policy Measures Before the Court of Justice, in *European Papers*, vol. 2, 2017, No 2, pp. 671-697; S. POLI, *The Right to Effective Judicial Protection with respect to Acts Imposing Restrictive Measures and its Transformative Force for the Common Foreign and Security Policy*, in *Common Market Law Rev.*, 2022, p. 1045 ss., sebbene quest'ultima sia critica rispetto all'applicazione fattane dalla Corte nel caso Venezuela (C-872/19 P) e, in parte, anche da C. ECKES, *Common Foreign and Security Policy: The Consequences of the Court's Extended Jurisdiction*, in *European Law Journal*, 2016, p. 492 ss., in part. p. 508 ss.

¹⁴ Parere 1/09 (seduta plenaria), 8 marzo 2011, sul progetto di accordo relativo alla reazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, punti 68 a 70.

¹⁵ Cfr. art. 15, par. 3, comma 1, regolamento n. 1/2003.

¹⁶ V. la sentenza della Corte di giustizia 11 giugno 2009, C-429/07, *X BV*, punti 19 ss.

via integrativa ai giudici nazionali.

Inoltre, sulla base di uno sforzo ermeneutico condivisibile, ma non privo di margini di creatività, la Corte esercita (comprensibilmente, direi, e sulla base di argomentazioni che trovano fondamento anche nelle Costituzioni nazionali) controlli intrusivi sull'organizzazione dei sistemi giudiziari interni in virtù dei principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione, in particolare quello dello Stato di diritto. La giurisprudenza ha definito puntualmente le garanzie giurisdizionali che gli Stati membri, nell'esercizio dei rispettivi poteri di *ius dicere*, devono assicurare alle situazioni giuridiche soggettive attribuite agli individui dal diritto dell'Unione. La sentenza *Wilson* in tema di situazioni giuridiche conferite agli individui dal diritto del mercato interno è emblematica. Si rammenti altresì il filone giurisprudenziale che ha definito i caratteri dell'organo giudiziario legittimato a rivolgersi al giudice dell'Unione in sede di rinvio pregiudiziale. Qui la Corte non si è limitata ad accettare passivamente l'indicazione formale fornita dall'ordinamento nazionale del giudice *a quo*, ma ha definito i caratteri che esso deve possedere: l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente.¹⁷ In breve, come ha recentemente statuito in *L.G.*, il rinvio pregiudiziale promosso da un collegio giudicante non indipendente, né imparziale e non precostituito per legge, rende irricevibile il quesito pregiudiziale proposto dal medesimo collegio.¹⁸ La Corte si è poi soffermata sull'indipendenza dei giudici statali, sostenendo che il buon funzionamento del meccanismo di rinvio pregiudiziale richiede necessariamente che gli Stati membri preservino sia la dimensione esterna dell'indipendenza (assenza di subordinazione e di vincoli gerarchici tra giudice e altre autorità; inamovibilità del giudice fino al collocamento a riposo o scadenza di mandato), sia quella interna (imparzialità, equidistanza rispetto alle parti). Questo orientamento è stato completato in *Banco de*

¹⁷ Sentenza 17 settembre 1997, C-54/96, *Dorsch Consult*, punto 23. V. inoltre, similmente, le sentenze 30 giugno 1996, 61/65, *Vaassen-Göbbels*; 11 giugno 1987, 14/86, *Pretore di Salò/X*, punto 7; 17 ottobre 1989, 109/88, *Danfoss*, punti 7 e 8; 27 aprile 1994, C-393/92, *Almelo e a.*, e 19 ottobre 1995, C-111/94, *Job Centre*, punto 9.

¹⁸ Sentenza (Grande sezione) 21 dicembre 2023, C-718/21, *L.G.*, punti 40 ss., in relazione alla rimessione proposta da un collegio giudicante della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Sąd Najwyższy (Corte suprema polacca) costituito da tre giudici di tale sezione. La Corte di giustizia ha ritenuto che il giudice rimettente possedesse la qualità di giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, considerato alla luce dell'art. 47, secondo comma, della Carta, e, di conseguenza, che tale collegio non soddisfaceva i requisiti per poter essere qualificato come «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE (tra i quali si annovera l'origine legale dell'organo considerato, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, il fatto che il suo procedimento si svolga in contraddittorio, l'applicazione, da parte di detto organo, delle norme giuridiche, nonché la sua indipendenza (da ultimo v. la sentenza 29 marzo 2022, C132/20, *Getin Noble Bank*, punto 66 anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali). Nella fattispecie, la Grande sezione non ha accolto la tesi minimalista sostenuta da alcuni avvocati generali volta a tenere aperto il canale di dialogo con i giudici nazionali (v. le conclusioni dell'avvocato generale A. Rantos presentate il 2 marzo 2023, nella causa C-718/21, *L.G.*).

Santander con una decisione così dettagliata che non solo definisce la nozione di indipendenza, interna ed esterna, del giudice nazionale, ma la declina in varie componenti.

¹⁹ La sentenza sui giudici di pace italiani si muove lungo la stessa direzione²⁰ e ancora più interessante è la sentenza *Repubblika*, resa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale proposto in relazione a una profonda riforma del sistema giudiziario di Malta, senza contare ulteriori sviluppi giurisprudenziali.²¹

E allora perché sottrarre ai giudici nazionali una competenza che essi dovrebbero invece esercitare in base ai trattati, se questi sono parte integrante del sistema giudiziario e garantiscono l'effettività dei rimedi giurisdizionali, per quanto discutibile la scelta di non centralizzare completamente le forme di *iurisdictio* in ambito PESC sia e fosse all'epoca della riforma di Lisbona? E ancora, genera veramente intollerabili incoerenze il sistema *misto* di garanzie giurisdizionali disegnato a Lisbona? A quest'ultima questione, conviene dedicare qualche considerazione finale.

4. Spunti ricostruttivi sulla *iurisdictio* mista in ambito PESC: la funzione suppletiva del rinvio pregiudiziale

Anzitutto, con una certa approssimazione (il discorso sarebbe assai complesso) va osservato che la *iurisdictio* non dovrebbe concernere gli atti di natura squisitamente politica, come tali non suscettibili di produrre effetti pregiudizievoli nei riguardi degli

¹⁹ Sentenza 21 gennaio 2020, C-274/14, *Banco de Santander*, punti da 57 a 63. Non possono esservi dubbi sulla volontà della Corte di assumere il ruolo di *controllore* della legittimità di quel giudice. Basti rilevare che, a proposito del requisito esterno, la Corte sottolinea che il “principio di inamovibilità, del quale va sottolineata l'importanza capitale, esige, in particolare, che i giudici possano continuare a esercitare le proprie funzioni finché non abbiano raggiunto l'età obbligatoria per il collocamento a riposo o fino alla scadenza del loro mandato, qualora quest'ultimo abbia una durata determinata. Pur non essendo assoluto, questo principio può subire eccezioni solo a condizione che ciò sia giustificato da motivi legittimi e imperativi, nel rispetto del principio di proporzionalità. In concreto, si ammette comunemente che i giudici possono essere rimossi ove siano inidonei a continuare ad esercitare le loro funzioni a motivo di un'incapacità o di una grave violazione, rispettando a tal fine procedure appropriate” (ivi, punto 59). Nella stessa logica va inquadrata l'affermazione, non priva di assertività, secondo cui le “... garanzie di indipendenza e di imparzialità implicano l'esistenza di disposizioni, segnatamente relative alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni, nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di rimozione dei suoi membri, che consentano di fuggire, negli amministrati, qualsiasi legittimo dubbio in merito alla impenetrabilità di detto organo dinanzi a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi in conflitto” (ivi, punto 63).

²⁰ Sentenza 16 luglio 2020, C-658/18, *UX*, punti da 45 a 51.

²¹ Sentenza 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*. La controversia nazionale riguardava una controversia tra “Repubblika”, un'associazione, registrata come persona giuridica a Malta, e il Primo ministro maltese, vertente sulla tutela della giustizia e dello Stato di diritto in ambito nazionale. In sintesi, si trattava di un'azione popolare avente ad oggetto la conformità al diritto dell'Unione delle disposizioni della Costituzione di Malta che disciplinano la procedura di nomina dei giudici interni. Si vedano inoltre l'importante sentenza della Grande Camera 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione c. Polonia*, relativa a riforme del sistema giudiziario polacco incompatibili con il combinato disposto dell'articolo 19, par. 1, secondo comma, TUE e dell'art. 47 della Carta, con l'art. 267 TFUE e il principio del primato del diritto dell'Unione; nonché i precedenti del 15 luglio 2021, *Commissione c. , C-791/19*, sul regime disciplinare dei giudici, punti 56, da 60 a 62 e 95 e del 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, sull'efficacia delle sentenze di una Corte costituzionale, punto 38.

individui. Si pensi ai numerosi atti non aventi natura legislativa e contenuti in *orientamenti generali* e decisioni, azioni, posizioni (e relative condizioni applicative) volte in sostanza a stabilire linee di condotte politiche che concretizzano la cooperazione tra Stati membri in scenari politici e geografici globali (art. 25 TUE).

Un'area di immunità dalla giurisdizione potrebbe poi prodursi, sulle orme di quanto spesso accade negli ordinamenti nazionali i cui giudici riconoscono l'*act of State doctrine*, prestando così una deferenza più o meno estesa alle decisioni degli esecutivi.²² Si tratta di vedere come si svilupperà la giurisprudenza in materia PESC al riguardo: una prima occasione potrebbe essere il rinvio pregiudiziale C-351/22, *Neves 77*, tutt'ora pendente.

Quando le decisioni di politica estera possano produrre *lato sensu* conseguenze pregiudizievoli sui consociati – come, ad esempio, la decisione di inviare armi ad uno Stato terzo vittima di aggressione militare – il controllo giurisdizionale potrebbe riguardare almeno gli aspetti procedurali, in analogia con l'art. 269, comma 1, TFUE. Se invece si prestasse una deferenza assoluta alla decisione di politica estera, nessun giudice (centralizzato o nazionale che sia) potrebbe interferire con la decisione politica in virtù della separazione dei poteri insita nello stato di diritto.²³ Si profila, in ogni caso, un confine incerto, un'area di penombra tra atti non giustiziabili perché di natura politica e quelli giustiziabili, *in toto* o parzialmente.

Ciò detto, invocare la *ratio decidendi* in oggetto pare talora superfluo. Rispetto all'*actio finium regundorum*, l'attribuzione di competenza alla Corte di giustizia ex art. 40 TUE è già di per sé ricostruibile quale *potestas iudicandi* di ordine generale, senza che vi sia necessità di spendere ulteriori argomentazioni interpretative. In presenza di indebito ricorso a strumenti PESC, in luogo di quelli sovranazionali o viceversa, la Corte ha da tempo respinto (e a ragione) la tesi di taluni Governi e del Consiglio secondo cui i giudici dell'Unione non sono competenti a decidere sulla legittimità dell'atto PESC. In effetti, la Corte deve vigilare affinché il Consiglio, nell'esercizio di competenze PESC, non si approprii surrettiziamente di attribuzioni esterne conferite all'Unione nel quadro del TFUE. Già in *Ecowas* la Corte aveva affermato, in sostanza, di poter definire la sfera della propria giurisdizione (*kompetenz-kompetenz*) e controllare l'esercizio dei poteri del Consiglio.²⁴ In tale sentenza, la Corte ha annullato un atto PESC (in tema di contrasto alla diffusione di armi di piccolo calibro) che perseguiva obiettivi sia di politica estera, sia di cooperazione allo sviluppo (che è una specifica azione esterna dell'Unione) senza che uno di essi, in

²² Tali questioni potrebbero avere qualche chiarimento nella sentenza che sarà resa in *Neves 77*, cit.: le conclusioni dell'Avvocato generale Çapeta in quel caso sono assai restrittive, perché si nega che la Corte possa interpretare le disposizioni in materia di PESC in sede di rinvio pregiudiziale (cit., punti 67 ss.).

²³ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Wathelet in *Rosneft*, C-72/15, punto 52, e le conclusioni dell'Avvocato generale Çapeta in *KS* e *KD*, cit., punto 115, nonché in dottrina L. LONARDO, *The Political Question Doctrine as Applied to Common Foreign and Security Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, 2017, p. 571-587. Non è certo, tuttavia, che l'*act of State doctrine*, tipicamente ampia soprattutto negli Stati Uniti d'America, sia automaticamente trasponibile nell'ordinamento dell'Unione.

²⁴ Sentenza 20 maggio 2008, C-91/05, *Ecowas*, punto 33.

quella fattispecie, fosse accessorio all'altro. In questo schema ricostruttivo, l'art. 40 TUE impedisce che l'Unione adotti un atto in ambito PESC qualora la misura avrebbe dovuto invece essere approvata anche sul fondamento del TFUE. Naturalmente, l'inverso è egualmente vero, sebbene meno realistico, considerata l'attitudine dei governi.

Insomma, la Corte di giustizia è il *giudice naturale precostituito dai trattati* per assicurare l'osservanza dell'art. 40 TUE, la sua violazione è invocabile anche da individui in sede di ricorso per invalidità *ex art. 263 TFUE*. Una parte della sentenza *Mauritius*²⁵ ben potrebbe giustificarsi sulla base di questo schema interpretativo, là dove la questione concerneva il corretto esercizio di poteri PESC rispetto a quelli attinenti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (nonché alla cooperazione allo sviluppo) riguardo alla conclusione di un accordo internazionale con Mauritius per la consegna delle persone sospettate di atti di pirateria da parte della forza navale diretta dall'Unione europea. In quel caso, l'operato del Consiglio pare legittimo e ben poteva essere respinta l'impugnazione del Parlamento, valorizzando il ricorso alla normativa PESC: è sufficiente che la base giuridica sostanziale della misura sia *effettivamente e validamente* riconducibile alla PESC per permettere al Consiglio di concludere l'accordo. Appare corretto, dunque, in questo caso – come in effetti la Corte ha stabilito in *Mauritius* – il ricorso a un tipo di procedura (prevista dall'art. 218, par. 6, secondo comma, frase iniziale, TFUE) che non prevede il coinvolgimento del Parlamento europeo.²⁶

È anche ragionevole affermare la giurisdizione della Corte sulle disposizioni, per così dire, sovranazionali utilizzate in atti PESC per volontà del diritto primario. Ad esempio, con riguardo al secondo motivo di ricorso proposto dal Parlamento nel caso *Mauritius*, il Consiglio aveva eccepito l'incompetenza della Corte a verificare l'osservanza della procedura di conclusione dell'accordo internazionale sottostante, perché – si sosteneva – la controversia riguardava atti PESC. L'argomento del Consiglio è poco convincente a fronte della competenza della Corte *ex art. 40 TUE*.

La giurisdizione dei giudici dell'Unione si presta, per alcuni aspetti, ad essere ricostruita in senso ampio anche in tema di atti riconducibili all'art. 29 TUE, quando la condotta delle istituzioni in ambito PESC rechi pregiudizio ai diritti individuali e si rientri, dunque, nelle “... *misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio*”. Come si è visto, la tutela giurisdizionale è, in casi del genere, affidata *ratione materiae* ai giudici dell'Unione. Le sanzioni individuali sono emblematiche al riguardo e l'ampiezza della prassi dei rimedi esperiti a Lussemburgo ne è la prova evidente. Tra le molte pronunce emerge il celebre caso *Rosneft*, in cui la Corte ha affermato propria competenza ad accertare la legittimità delle misure restrittive individuali (adottate nei confronti della Russia per la situazione in Ucraina) in sede di rinvio pregiudiziale.²⁷ Qui si poneva, da un

²⁵ Sentenza 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, punti 43 ss.

²⁶ Sentenza C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, cit., punti 58 e 59.

²⁷ Sentenza 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft v. Her Majesty's Treasury*.

lato, un problema di rispetto dell'art. 40 TUE²⁸ e, dall'altro, una questione di legittimità delle misure restrittive decise nei confronti di individui.²⁹ Sotto quest'ultimo profilo, la Corte ha ritenuto che il rinvio pregiudiziale per accertamento di validità costituisca, al pari del ricorso d'annullamento, uno strumento del controllo di legittimità degli atti dell'Unione. Invero, per giurisprudenza consolidata, la Corte ha avuto buon gioco nel ricordare che il sistema giurisdizionale "si estende al controllo della legittimità delle decisioni che prevedono l'adozione delle misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche nell'ambito della PESC".³⁰ Se dunque la questione di validità della misura restrittiva PESC si pone in sede di contestazione dinanzi al giudice interno del corrispondente atto nazionale di esecuzione e di quella stessa misura *ex art. 277 TFUE*, l'accesso al controllo pregiudiziale di invalidità della misura PESC pare indispensabile al fine di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti individuali.³¹ In sintesi, il giudice nazionale, adito per contestare eventuali misure esecutive dell'atto PESC, deve dunque sollevare dubbi di validità dell'atto sanzionatorio in via pregiudiziale: alla Corte spetta qualificare l'atto stesso e pronunciarsi sulla sua interpretazione e validità.³²

In una chiave simile si sarebbe potuto argomentare se in *Elitaliana* la Corte avesse riconosciuto la competenza dei giudici nazionali quando l'atto PESC si serva di strumenti di diritto secondario relativi al bilancio dell'Unione. Il caso riguardava l'impugnazione diretta di un atto di aggiudicazione di un appalto pubblico indetto dalla missione Eulex in Kosovo e la condanna della stessa missione al risarcimento del danno subito dalla ricorrente (la società Elitaliana) a causa della mancata aggiudicazione di detto appalto alla stessa ricorrente. Poiché il Tribunale non si era pronunciato sull'eccezione sollevata da Eulex Kosovo relativa alla competenza dei giudici dell'Unione a conoscere della causa alla luce delle disposizioni dei Trattati in materia di PESC, la Corte ha sollevato d'ufficio la questione della propria competenza, ritenendola di ordine pubblico,³³ per risolverla positivamente in virtù della *ratio decidendi* in questione – il che solleva qualche perplessità in punto di economia di giudizi.³⁴

²⁸ Ivi, punto 63.

²⁹ Ivi, punti 64 ss.

³⁰ Ivi, punto 69.

³¹ Ivi, punti 65 ss.

³² Così facendo, *Rosneft* si è posta (e a ragione) sulle orme della sentenza *Segi* (sentenza 27 febbraio 2007, C355/04 P, *Segi e altri c. Consiglio*), valorizzando il principio della tutela giurisdizionale effettiva: "*posto che il procedimento che consente alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale è diretto a garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato, sarebbe in contrasto con tale obiettivo interpretare restrittivamente*" le norme che contemplano la competenza pregiudiziale della Corte. Invero, la "*possibilità di adire la Corte in via pregiudiziale deve pertanto essere concessa riguardo a tutte le disposizioni adottate dal Consiglio che siano dirette a produrre effetti nei confronti dei terzi, a prescindere dalla loro natura o dalla loro forma*" Ivi, punto 53. V., sempre per analogia, la sentenza 27 febbraio 2007, C354/04 P, *Gestoras Pro Amnistia e altri. c. Consiglio*, punto 53.

³³ Sentenza C439/13 P, *Elitaliana*, cit., punto 37.

³⁴ Vale la pena segnalare che la vicenda è stata risolta, infine, con la conferma dell'ordinanza del Tribunale secondo cui: gli atti della procedura di gara erano imputabili alla Commissione; che l'Eulex Kosovo non era

Comunque sia, se le spese della PESC sono a carico del bilancio dell'Unione, la specialità del relativo regime (rispetto al processo di integrazione europea) non implica alcuna necessità di sottrarre poteri ai giudici di Lussemburgo. In altri termini, siccome la disciplina della missione Eulex Kosovo aveva previsto che le spese della missione dovevano essere gestite secondo le regole e le procedure applicabili al bilancio generale dell'Unione, non sussisteva alcun limite all'esercizio della giurisdizione dei giudici di Lussemburgo: su tali regole e procedure la Corte ben può pronunciarsi in sede pregiudiziale. Infatti, non è certamente nella lettera, né nello spirito del quadro normativo PESC escludere dalla competenza della Corte il compito di *ius dicere* sulla corretta interpretazione/applicazione di disposizioni sovranazionali, applicabili per volontà dei trattati alla PESC. L'autonomia del regime PESC è di scarso rilievo giuridico al riguardo, perché la sua specificità non determina alcuna *vis attractiva* tale da escludere la competenza della Corte, trattandosi di assicurare l'uniformità di disposizioni che sono parte integrante del disegno sovranazionale di integrazione europea.

In conclusione, il rinvio pregiudiziale è strumento che avrebbe potuto essere maggiormente considerato (anche in dottrina), al fine garantire un certo margine di uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, quando le fattispecie PESC ricadono nella *iurisdictio* dei giudici nazionali: si pensi, ad esempio, ai ricorsi volti a ottenere il risarcimento del danno non conseguenti a misure restrittive individuali, come nei casi pendenti *KS* e *KD*. È vero che così facendo alcune fattispecie di responsabilità extracontrattuale dell'Unione ricadrebbero nella competenza dei giudici di Lussemburgo (danni recati a individui da sanzioni individuali) e altre nella giurisdizione dei giudici nazionali, al di fuori delle sanzioni. È altresì vero che, in tale prospettiva, i giudici nazionali (qualunque giudice o almeno quello che avesse una connessione sufficiente con la fattispecie) avrebbero l'obbligo di esercitare la *iurisdictio* ai sensi del congiunto disposto degli artt. 19, par. 1, comma 2 TUE e 274 TFUE. I rischi di *forum shopping* e per l'uniformità sono certamente prospettabili, ma potrebbero ridursi tramite un ricorso stringente al meccanismo del rinvio pregiudiziale, come in fondo ha insegnato *Foto-Frost* – sentenza nella quale la Corte, per così dire, ha anticipato una competenza di cui comunque disponeva. Né si potrebbe contro-argomentare che così facendo la Corte interverrebbe surrettiziamente su materie sottratte al diritto dell'Unione: la PESC resta parte dell'*acquis*, pur con tutte le specificità (e il ruolo ridotto della Corte) che la caratterizzano.

dotata di legittimazione passiva; e che, per l'appunto, la Commissione avrebbe dovuto essere l'autentico legittimato passivo dell'atto di ricorso diretto proposto dalla società Elitaliana (sentenza C439/13 P, *Elitaliana*, cit., punti 66 e 67).