



I limiti alla sindacabilità degli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri con rilevanza “comunitaria”

Chiara Amalfitano*

SOMMARIO: 1. Premessa: l’Unione europea quale “comunità di diritto” e il ruolo centrale della Corte di giustizia nella sua costruzione. – 2. I limiti al controllo giurisdizionale da parte del giudice dell’Unione degli “atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri” con rilevanza “comunitaria”: luci e ombre. – 3. I criteri impiegati dalla giurisprudenza più risalente per definire la sindacabilità degli atti in parola. – 4. Segue: il non corretto impiego dei suddetti criteri nel caso *NF...* – 5. Segue: ... e nei casi *EMA* e *ELA*. – 6. Possibili diverse soluzioni ad opera del giudice o del costituente dell’Unione a garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale.

1. *Premessa: l’Unione europea quale “comunità di diritto” e il ruolo centrale della Corte di giustizia nella sua costruzione*

La tutela giurisdizionale effettiva è un caposaldo dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea, principio generale di diritto UE, oggi sancito dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali (CdfUE)¹.

* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ Sul tema v., per tutti, i contributi (specie di S. PRECHAL, M. BONELLI, A. WALLERMAN GHAVANINI e C. RAUCHEGGER) in M. BONELLI, M. ELIANTONIO, G. GENTILE (eds.), *Article 47 of the EU Charter and Effective Judicial Protection, Volume 1 The Court of Justice’s Perspective*, London, 2022; G. GENTILE, *Effective*

Come noto, la Corte di giustizia ha svolto un ruolo fondamentale nella definizione di tale principio e nella delimitazione dei suoi contorni, ponendo – qui come in relazione ad ogni altro principio generale – un tassello essenziale nello sviluppo del processo di integrazione europea: a partire dal celeberrimo caso *Les Verts*² il giudice del Kirchberg ha sancito che la (allora) Comunità economica europea è una “*comunità di diritto*”, dove in linea di principio ciò che accade di giuridicamente rilevante, sia esso posto in essere dalle istituzioni o dagli Stati membri (soggetti dell’«ordinamento giuridico di nuovo genere», al pari degli individui³), deve essere giustiziabile⁴. E in virtù di un approccio

Judicial Protection: Enforcement, Judicial Federalism and the Politics of EU Law, in *European Law Open*, vol. 2, n. 1, 2023, p. 128 ss.

² Corte giust. 23 aprile 1986, 294/83, *Les Verts*.

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

⁴ V. *Les Verts*, sopra citata, spec. punto 23, dove si legge, appunto: «[...] si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una *comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato*. In particolare, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e con l’art. 177, dall’altro, il trattato ha istituito un *sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti* inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni». La Corte prosegue affermando che «24. [...] a differenza dell’art. 177 del trattato, che si riferisce agli atti delle istituzioni senza ulteriori specificazioni, l’art. 173 menziona solo gli atti del Consiglio e della Commissione. Tuttavia, in base al sistema del trattato, è consentito proporre un ricorso diretto contro “tutte le disposizioni adottate dalle istituzioni (...) miranti a produrre effetti giuridici”, come la Corte ha già avuto occasione di sottolineare nella sentenza 31 marzo 1971 (causa 22/70, Commissione/Consiglio [...]). Il Parlamento europeo non figura espressamente fra le istituzioni i cui atti possono essere impugnati, perché il trattato CEE, nella versione originaria, gli conferiva solo poteri consultivi e di controllo politico e non il potere di adottare atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. L’art. 38 [...] CECA dimostra che, quando al Parlamento è stato conferito fin dall’inizio il potere di adottare disposizioni di carattere vincolante, come avviene in forza dell’art. 95, quarto comma, ultima frase, dello stesso trattato, i suoi atti non sono stati sottratti, in via di principio, al ricorso d’annullamento. 25. Mentre nell’ambito del trattato CECA il ricorso d’annullamento contro gli atti delle istituzioni costituisce oggetto di due disposizioni distinte, nell’ambito del trattato CEE esso è disciplinato solamente dall’art. 173, che riveste così carattere generale. *L’interpretazione dell’art. 173 del trattato che escludesse gli atti del Parlamento europeo dal novero di quelli impugnabili porterebbe ad un risultato contrastante sia con lo spirito del trattato, espresso nell’art. 164, sia col sistema dello stesso*. Gli atti che il Parlamento europeo adotta nell’ambito del trattato CEE potrebbero infatti invadere la competenza degli Stati membri o delle altre istituzioni, ovvero oltrepassare i limiti posti alla competenza del loro autore senza poter essere deferiti alla Corte. Si deve pertanto considerare che il ricorso d’annullamento può essere diretto *contro gli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*» (corsivi aggiunti).

sostanzialistico che ha sempre contraddistinto il suo operato, la Corte di giustizia ha altresì costantemente ritenuto che l'impugnabilità degli atti delle istituzioni dipende non dalla loro natura e forma, bensì dagli effetti giuridici che essi sono in grado di produrre e, dunque, dal loro contenuto, a prescindere dal *nomen iuris*⁵.

Tranne rare eccezioni (la mente corre, ad esempio, al caso *UPA* del 2002⁶ ovvero, nelle dinamiche interistituzionali, al caso *Comitologie* del 1988⁷), la Corte di giustizia ha sempre dato prova di "attivismo giudiziario", finalizzato a garantire il rispetto del principio in parola tanto nell'ordinamento dell'Unione europea quanto in quello degli Stati membri, anche a garanzia della effettività del diritto UE⁸. Si pensi, per tutte, con riguardo agli Stati membri, alla giurisprudenza *Simmenthal*⁹ sull'obbligo di (immediata) disapplicazione e, più di recente, a *Melki e Abdeli*¹⁰ sulla centralità del rinvio pregiudiziale al fine testé richiamato,

⁵ V., per tutte, Corte giust. 31 marzo 1971, 22/70, *Commissione/Consiglio (AETS)*, punto 42, dove si legge, appunto, che: «secondo la costante giurisprudenza, il ricorso di annullamento deve potersi esperire nei confronti di qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni, indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma, che miri a produrre effetti giuridici».

⁶ Corte giust. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, con peraltro invito agli Stati membri a modificare i trattati, invito cui si è dato seguito con il trattato di Lisbona e la revisione apportata all'(attuale) art. 263, c. 4, TFUE (sul punto v. *infra*, par. 6). Sulla sentenza della Corte e il di poco precedente tentativo del Tribunale, con sentenza 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré*, di estendere le maglie della legittimazione attiva dei ricorrenti non privilegiati sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *DUE*, n. 1, 2003, p. 13 ss.

⁷ Corte giust. 27 settembre 1988, 302/87, *Parlamento/Consiglio*, che escludeva la legittimazione ad agire del Parlamento europeo, le cui prerogative eventualmente lese avrebbero potuto essere tutelate dalla Commissione europea. Come noto, la pronuncia è stata ribaltata da Corte giust. 22 maggio 1990, C-70/88, *Parlamento europeo/Consiglio (Tchernobyl)*, che ha riconosciuto la legittimazione attiva del Parlamento *ex art.* (allora) 173 CEE per reagire alla lesione delle sue prerogative. Tale giurisprudenza è stata codificata da Maastricht che ha inserito siffatta istituzione tra i ricorrenti semi-privilegiati; il Parlamento europeo è stato poi "elevato" a ricorrente privilegiato dal trattato di Nizza.

⁸ Nel senso che la tutela giurisdizionale dei singoli è «*le pendant barométrique de l'effectivité du droit communautaire*» v. A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. F. Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 1 ss., spec. p. 4.

⁹ Corte giust. 9 marzo 1978, 6/77, *Simmenthal*.

¹⁰ Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/19, *Melki e Abdeli*.

alla giurisprudenza *Atlanta* e *Factortame*¹¹ sulla tutela cautelare, o, ancora, e con riguardo in particolare alla situazione polacca e ungherese, alla insistenza con cui la Corte ha ribadito la centralità del principio in parola per assicurare il rispetto dello stato di diritto e, quindi, la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva per il tramite di autorità giudiziarie (dialoganti con la Corte per il tramite del rinvio pregiudiziale) indipendenti e imparziali¹².

Con riguardo specifico al sistema di protezione giurisdizionale dell'Unione, molte sono state le lacune colmate dall'opera interpretativa e creativa del giudice dell'Unione (non a caso definito “*fabrique du droit européen*”¹³), alcune poi oggetto di codificazione pattizia¹⁴. Dopo *Les Verts*, sancita a livello di diritto primario dal trattato di Maastricht, ed estesa dal trattato di Lisbona anche agli atti del Consiglio europeo e a quelli degli organi ed organismi (*in primis*,

¹¹ V., rispettivamente, Corte giust. 9 novembre 1995, C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft MBH e a./Bundesamt Fuer Ernaehrung*, e 5 marzo 1996, C-46/93, *Brasserie du pêcheur SA*.

¹² Con riguardo alla giurisprudenza relativa all'indipendenza della magistratura come elemento costitutivo dell'effettività della tutela, vengono in rilievo le pronunce rese in sede di ricorsi per inadempimento nella saga polacca, quali: Corte giust. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione/Polonia* (indipendenza della Corte Suprema); 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione/Polonia* (indipendenza dei Tribunali ordinari); 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione/Polonia* (indipendenza della sezione disciplinare); 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (vita privata dei giudici). Sempre in relazione alla Polonia, si vedano anche le seguenti pronunce pregiudiziali: Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *Minister for justice and equality/LM* (carenze del sistema giudiziario) (caso *Celmer*); 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema); 29 marzo 2022, C-132/20, *Getin Noble Bank*; 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B. e a.* (nomina dei giudici alla Corte suprema – ricorsi). In via più specifica, la Corte ha affermato che la facoltà di adire essa stessa in via pregiudiziale è elemento costitutivo dello *status* di giudice indipendente, ad esempio, nella sentenza Corte giust. 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz e Prokurator Generalny* (regime disciplinare concernente i magistrati); e 23 novembre 2021, C-564/19, *IS* (illegittimità dell'ordinanza del rinvio), in relazione all'Ungheria.

¹³ V. il volume di P. MBONGO, A. VAUCHEZ (sous la direction de), *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, 2009.

¹⁴ Sul *judicial activism* della Corte di giustizia con riguardo ai meccanismi di tutela giurisdizionale sia consentito rinviare a C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale*, cit.; e, più di recente, C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 3-4, 2022, p. 501 ss.

dunque, le agenzie¹⁵) che siano, appunto, produttivi di effetti giuridici vincolanti (v. l'attuale art. 263 TFUE), la stessa impostazione è stata applicata, più di recente, alla impugnabilità della risoluzione del Parlamento europeo *ex art. 7 TUE* relativa alla proposta recante l'invito al Consiglio dell'UE a constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori su cui si fonda l'Unione europea¹⁶, e, financo, alla impugnabilità di atti del Coreper – *ex art. 240 TFUE*, organo ausiliario del Consiglio composto da «*rappresentanti permanenti dei governi degli Stati membri*» – là dove, evidentemente, produttivi di effetti giuridici (e di fatto vincolanti la scelta finale del Consiglio)¹⁷.

¹⁵ Già prima dell'entrata in vigore di Lisbona v. Tribunale 8 ottobre 2008, T-411/06, *Sogelma/Agenzia europea per la ricostruzione*, e, poco dopo tale entrata in vigore, Tribunale 2 marzo 2010, T-70/05, *Evropaiki Dynamiki/Agenzia europea per la sicurezza marittima*.

¹⁶ V. Corte giust. 3 giugno 2021, C-650/18, *Ungheria/Parlamento europeo*, punti 37 ss., dove si legge che «45. [...] una risoluzione come quella impugnata [...] non può essere considerata espressione di una posizione provvisoria del Parlamento, e ciò a prescindere dal fatto che una siffatta constatazione successiva, ad opera del Consiglio, sia eventualmente subordinata alla previa approvazione del Parlamento, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE. Invero, una simile approvazione interverrà solo a condizione che il Consiglio constati l'esistenza di un rischio di tal genere e verterà, oltretutto, su un atto che trarrà origine da una valutazione, propria del Consiglio, in ordine all'esistenza del rischio stesso e che potrà discostarsi dalla valutazione svolta dal Parlamento in sede di adozione della risoluzione impugnata. 46. [...] un atto intermedio che produce effetti giuridici autonomi può essere oggetto di un ricorso di annullamento qualora non sia possibile porre rimedio ai suoi vizi nell'ambito di un ricorso avverso la decisione finale, della quale esso costituisce una fase di elaborazione (v., in tal senso, [per tutte, la sentenza del] 13 ottobre 2011, *Deutsche Post e Germania/Commissione*, C-463/10 P e C-475/10 P, EU:C:2011:656, punti 53, 54 e 60)» (corsivi aggiunti).

¹⁷ V. Corte giust. 5 aprile 2022, C-161/20, *Commissione/Consiglio (IMO)*, punto 29; già 20 novembre 2018, C-626/15 e C-659/16, *Commissione/Consiglio (AMP Antartico)*, punti 59-67. Interessante anche la giurisprudenza sull'impugnabilità di atti adottati da organismi di normalizzazione su delega della Commissione (che poi adotta una decisione di esecuzione, ratificando le decisioni di tali organismi): v., per tutte, Corte giust. 27 ottobre 2016, C-613/14, *James Elliott Construction Limited/Irish Asphalt Limited*; Tribunale, 26 gennaio 2017, T-474/15, *Global Garden Products Italy SpA (GGP Italy)/Commissione*.

2. I limiti al controllo giurisdizionale da parte del giudice dell'Unione degli "atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri" con rilevanza "comunitaria": luci e ombre

Specie la giurisprudenza da ultimo richiamata è interessante perché "vicina", in qualche modo, al tema oggetto di questo scritto, che intende concentrarsi sulla (non) giustiziabilità degli "atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri", ovvero degli atti adottati dagli Stati membri che agiscono collettivamente, di comune accordo, nell'ambito (di regola) della "Conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri".

Si tratta di atti adottati, di norma, a margine del Consiglio Affari Generali o del Consiglio europeo e di atti, senza dubbio, formalmente distinti da quelli imputabili alle due istituzioni politiche appena menzionate, e, come tali, impugnabili *ex art.* 263 TFUE. Tuttavia, si tratta di atti che (i) presentano con quelli di tali istituzioni anche "elementi formali di continuità" (si pensi, per tutti, al ruolo svolto dal Segretariato Generale del Consiglio o dalla Presidenza, in nulla dunque distinguendosi dai secondi dal punto di vista amministrativo, tanto che – alla luce della prassi – si potrebbe anche sostenere che la sola differenza tra le due tipologie di atti sia la carta intestata su cui sono "riprodotti"); e di atti che (ii), in ogni caso, presentano un "nesso organico e funzionale con l'attività dell'Unione"¹⁸ e sono fondamentali rispetto al suo sviluppo istituzionale, anche se non trovano fondamento giuridico nei trattati. Si è parlato in dottrina di "diritto UE complementare"¹⁹ ed è stato rilevato che l'operato degli Stati membri che agiscono collettivamente per perseguire obiettivi fissati dai trattati potrebbe considerarsi esplicativo/attuativo del principio di leale

¹⁸ V. P. PESCATORE, *Remarques sur la nature juridique des "Décisions des représentants des Etats membres réunis au sein du Conseil"*, in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1966, p. 579 ss., spec. p. 584.

¹⁹ In questo senso v. P. MORI, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010, p. 235. C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del trattato CE. I. La natura comunitaria dell'atto impugnato e la sua imputabilità alle istituzioni*, in B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, p. 109 ss., spec. p. 121 porta anche l'esempio di come in alcuni accordi di adesione tali atti siano elencati nell'*acquis communautaire* che gli Stati aderenti devono rispettare per poter fare ingresso nell'Unione.

cooperazione di cui (oggi) all'art. 4, par. 3, TUE e, come tale, deve essere coerente con il diritto primario²⁰.

Alla luce (a) di siffatti profili di sovrapposizione e (b) del fatto che essendo comunque (seppure in senso ampio, atecnico) riconducibili al quadro istituzionale dell'UE non possono non rispettarne le regole, questi atti, se idonei a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi, potrebbero considerarsi nella sostanza assimilabili agli atti del Consiglio o del Consiglio europeo e, come tali, (ed è quello che soprattutto rileva) dovrebbero quindi essere suscettibili di controllo giurisdizionale²¹: certo si possono anche immaginare e accettare casi in cui, al di fuori del quadro istituzionale ma comunque in un'ottica di leale cooperazione, gli Stati membri intervengono "politicamente" a supporto – quale forma di "ausilio esterno" – dell'intervento delle istituzioni che assume poi forma giuridica (e come tale è censurabile) nel sistema delle fonti di diritto dell'Unione europea; ma occorre evitare che il possibile "ricorso" a strade diverse da quelle delineate dai trattati, pur per perseguire gli obiettivi ivi fissati, consenta agli Stati membri di agire "liberamente", ovvero appunto sottraendosi da qualsiasi sindacato di legittimità del loro operato²². Questo controllo, invece, resta escluso se si rimane ancorati, come ha fatto il giudice dell'Unione, almeno da ultimo (v. i casi oggetto di esame nel prosieguo), ad un approccio

²⁰ V. le riflessioni di G. BEBR, *Acts of Representatives of the Governments of the Members States*, in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1966, p. 529 ss.; P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 583; C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei Governi in sede di Consiglio*, in AA.VV., *Studi di Diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, 1977, p. 175, spec. p. 185 s.; G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, VI, 1991, p. 446; A. VON BOGDANDY, F. ARNDT, J. BAST, *Legal Instrument in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis*, in *YEL*, vol. 23, n. 1, 2004, p. 91 ss., spec. p. 118.; P. MORI, *op. cit.*, p. 267 s.

²¹ Nel senso che una possibile classificazione delle decisioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, non può essere effettuata in astratto, ma in funzione delle circostanze, dunque caso per caso v. R. BERNHARDT, *Le fonti del diritto comunitario: la «Costituzione» della Comunità*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1981, p. 71 ss., spec. p. 81; P. MORI, *op. cit.*, p. 273, parla di modulazione delle risposte degli effetti dell'atto e della sua sindacabilità a seconda delle sue caratteristiche formali e sostanziali.

²² In particolare C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 128, rileva come sarebbe troppo semplice (e improprio) ricorrere ad una base giuridica esterna ai trattati o ad atto formalmente "non comunitario" se tale scelta di per sé giustificasse l'operato degli Stati membri ed escludesse il controllo di legittimità della Corte *ex art.* (allora) 173 CE.

meramente formalistico, in controtendenza rispetto a quel *judicial activism* cui si è fatto cenno.

Attenzione in questa sede potrebbe meritare – specie alla luce della recente vicenda *Sharpston*²³ – anche il tema della non sindacabilità degli atti di nomina di giudici e avvocati generali di Corte e Tribunale che, *ex artt.* 253 e 254 TFUE, sono adottati «di comune accordo da governi degli Stati membri»²⁴. Ci si limita qui ad osservare che l'interrogativo circa la sussistenza di una lacuna *in parte qua* potrebbe

²³ Come si ricorderà, la sig.ra E. Sharpston ha impugnato dinanzi al Tribunale (i) la dichiarazione della Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 29 gennaio 2020, sulle conseguenze del recesso del Regno Unito dall'Unione europea per gli Avvocati generali della Corte di giustizia dell'Unione europea, documento XT 21018/2020 (v. causa T-180/20, *Sharpston/Consiglio e Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*); (ii) la lettera del presidente della Corte di giustizia, K. Lenaerts, del 31 gennaio 2020, che comunicava al presidente del Consiglio dell'Unione una presa d'atto della vacanza, a partire dal 1° febbraio 2020, di un posto nel corpo degli avvocati generali e sollecitava, quindi, l'avvio delle procedure per la nomina di un nuovo membro della Corte, precisando tuttavia che E. Sharpston sarebbe rimasta in servizio – nel c.d. regime di *prorogatio* – fino alla presa di funzioni del suo successore (causa T-184/20, *Sharpston/Corte di giustizia dell'Unione europea*) e (iii) l'atto di nomina del 2 settembre 2020, dei governi degli Stati membri, del nuovo avvocato generale A. Rantos (v. causa T-550/20, *Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*). Il *pourvoi* è stato presentato rispetto all'esito del ricorso contro gli atti di cui ai punti (i) e (iii), e – confermando l'impostazione del giudice di prime cure – è stato in entrambi i casi dichiarato irricevibile, perché proposto contro atti non impugnabili (v., rispettivamente, Corte giust. ord. 16 giugno 2021, C-684/20 P, *Sharpston/Consiglio e Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*; Corte giust. ord. 16 giugno 2021, C-685/20 P, *Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei Governi degli Stati membri*). Sulla vicenda v., per tutti, G. TESAURO, A. CIRCOLO, *Saturno che divora i suoi figli. La Corte di giustizia "conferma" la legittimità della decadenza dell'avvocato generale Sharpston*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 188 ss.; D. KOCHENOV, G. BUTLER, *Independence of the Court of Justice of the European Union: Unchecked Member States power after the Sharpston Affair*, in *ELJ*, vol. 27, n. 1-3, 2021, p. 262 ss.; R. TORRESAN, *Il c.d. "caso Sharpston" e il difficile bilanciamento tra indipendenza del giudice e membership dell'Unione europea*, in *EJ*, n. 4, 2021, p. 1 ss.

²⁴ L'altra previsione pattizia che conferisce un potere decisionale ai governi degli Stati membri è l'art. 341 TFUE, secondo cui «La sede delle istituzioni dell'Unione è fissata d'intesa comune dai governi degli Stati membri». È a tutti noto che, diversamente da quanto previsto dai menzionati artt. 253 e 254 TFUE, i giudici del Tribunale della funzione pubblica erano nominati, all'esito di apposito bando e di una valutazione di idoneità da parte di comitato *ad hoc*, con una decisione unanime del Consiglio, impugnabile *ex art.* 263 TFUE.

risolversi (i) sostenendo che si tratta di “atto politico”²⁵, come tale sottratto al controllo giurisdizionale, e (ii) con la considerazione che anche in altre organizzazioni internazionali la nomina dei giudici è governativa/intergovernativa. Si tratta, nondimeno, di soluzione forse semplicistica, almeno se si considera il ruolo essenziale che la Corte di giustizia ha sempre avuto nel processo di integrazione europea (si pensi, per tutti, all’elaborazione di principi fondanti del sistema quali l’effetto diretto²⁶, il primato²⁷ e la responsabilità dello Stato per violazione del diritto allora ancora comunitario²⁸), sostituendosi spesso (ancora di più, forse, di recente) all’attività (*i.e.*, inerzia) delle istituzioni/del legislatore UE, benché, certo, con il benessere degli stessi Stati membri (si potrebbe parlare in proposito di “accordo tacito”, di una sorta di “consuetudine regionale” rispetto alla sostituzione in parola). Ancora più evidente risulta il problema – e l’insoddisfazione per la carenza di controllo – laddove, come nel caso, l’atto dei governi degli Stati membri non sia “libero nei fini” o comunque privo di vincoli e parametri che discendono dai trattati. È infatti noto che i giudici debbono essere individuati tra soggetti dotati di certe peculiari caratteristiche, opportunamente gradate tra Corte e Tribunale, sì che quelle prescrizioni – tese in ultima analisi a garantire da parte dell’istituzione il corretto adempimento della missione di “interpretare” il diritto dell’Unione *ex art. 19, par. 1, TUE* – restano prive della possibilità di un controllo giurisdizionale e, quindi, di una garanzia di effettività²⁹.

²⁵ Per una buona sintesi ricostruttiva con riguardo al diritto pubblico italiano v. L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in *Rivista AIC*, 21 febbraio 2014, p. 1 ss.

²⁶ V., per tutte, la sopra menzionata sentenza *Van Gend en Loos*.

²⁷ V. Corte giust. 15 luglio 1964, 6/64, *Costa/Enel*.

²⁸ V. Corte giust. 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.; Brasserie du Pêcheur SA*, sopra citata.

²⁹ Interessante sarebbe un parallelismo con la procedura di nomina dei componenti della Corte dei Conti, dove la discrezionalità nella scelta dei componenti è più ridotta ed è rimessa al Consiglio. Ai sensi dell’art. 286 TFUE, infatti, «I membri della Corte dei conti sono scelti tra personalità che fanno o hanno fatto parte, nei rispettivi Stati, delle istituzioni di controllo esterno o che posseggono una qualifica specifica per tale funzione. Essi devono offrire tutte le garanzie d’indipendenza. 2. I membri della Corte dei conti sono nominati per un periodo di sei anni. Il Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, adotta l’elenco dei membri, redatto conformemente alle proposte presentate da ciascuno Stato membro. Il mandato dei membri della Corte dei conti è rinnovabile» (corsivi aggiunti). Si tratta di valutazione ben diversa dalla (mera) valutazione di indipendenza nonché dalla verifica del possesso delle condizioni

Anche alla luce di quanto sopra si potrebbe, quindi, concludere nel senso della opportunità, se non addirittura necessità (come già sostenuto da autorevole dottrina all'esito della vicenda *Sharpston*³⁰), di modificare il procedimento di nomina di giudici e avvocati generali, ormai anacronistico e affetto da un «bizantinismo dannoso»³¹ nell'ambito dell'organizzazione sovranazionale più evoluta, dove paradossalmente il procedimento di nomina dei giudici è il più intergovernativo, riconducendolo all'alveo istituzionale dell'Unione. Sia che si immagini un potere di nomina affidato al Consiglio, sia che nel procedimento venisse coinvolto anche il Parlamento europeo (che da tempo rivendica un ruolo in tale processo e, come noto, ad oggi ha solo competenza a designare una delle sette personalità di cui si compone il "Comitato 255"³²), occorrerebbe, in ogni caso, una

richieste per l'esercizio delle più alte o alte funzioni giurisdizionali (in base alle norme nazionali rilevanti) o (per i soli membri della Corte) dell'essere «giureconsulti di notoria competenza» (ex artt. 253 e 254 TFUE). Eppure, nonostante vi sia tale vincolo più stretto (o forse proprio per quello) l'elenco dei componenti lo elabora il Consiglio (e, quindi, l'atto è impugnabile), e non i (rappresentanti dei) governi degli Stati membri.

³⁰ V. G. TESAURO, A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 201; D. KOCHENOV, G. BUTLER, *op. cit.*, p. 279 s.

³¹ V. G. TESAURO, A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 201, dove si legge: «Non sembra [...] più accettabile la differenziazione, operata dai Trattati stessi, tra le decisioni del Consiglio e le decisioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, soprattutto quando le ultime siano in grado di incidere sull'applicazione di altre norme di primo livello e, di conseguenza, sulle situazioni giuridiche soggettive dei terzi. La distinzione, che nasce con l'intento di garantire (almeno) formalmente l'indipendenza della Corte dalle altre istituzioni dell'Unione [A. TIZZANO, *Articolo 167*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Milano, 1970, p. 1206] e che è rimasta invariata sin dalla prima versione del Trattato, appare oggi un bizantinismo dannoso, retaggio di un tempo in cui erano assenti i riferimenti espressi alla «Comunità di diritto». Infatti, non può dimenticarsi che in Consiglio siedono gli stessi rappresentanti dei governi degli Stati membri – seppur indossando un cappello diverso – e che le procedure di nomina dei membri di altri organi di individui, come la Commissione o la Banca centrale europea, sono già comunitarizzate, pur coinvolgendo nelle diverse fasi sia il Consiglio sia il Consiglio europeo».

³² Sul meccanismo di cui al "Comitato 255" (che per qualche verso si potrebbe forse ritenere che sia idoneo ad assicurare una legalità del sistema tale da giustificare la non impugnabilità dell'atto "finale" di nomina) v. B. VESTERDORF, *La nomination des juges de la Cour de justice de l'Union européenne: le comité Sauvé (l'article 255 TFUE)*, in *CDE*, n. 3, 2011, p. 601 ss.; J. MALENOVSKY, *Les éléments constitutifs du mandat des juges de la Cour de justice à l'épreuve du temps : l'iceberg commence à fonder*, in *DUE*, n. 4, 2011, p. 801 ss.; J-M. SAUVÉ, *Le rôle du comité 255 dans le*

revisione dei trattati: e questo, a tacere ogni altra considerazione, rende evidente il carattere velleitario della proposta, perché è difficile immaginare che gli Stati membri accettino di assegnare all'area di ciò che può essere giurisdizionalmente sindacato un atto di cui appaiono particolarmente gelosi, al punto da apparire restii anche ad accettare costrizioni di diritto interno nella scelta dei soggetti da designare e quindi da proporre alla nomina da parte della Conferenza³³, che ovviamente si risolve in un assenso meramente formale, privo di qualsivoglia motivazione (se non, dopo il trattato di Lisbona, attraverso il rinvio al parere positivo del “Comitato 255”)³⁴.

sélection du Judge de l'Union, in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (eds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, The Hague, 2013, p. 99 ss.; T. DUMBROVSKÝ, B. PETKOVA, M. VAN DER SLUIS, *Judicial Appointments: the Article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States*, in *CMLR*, vol. 51, n. 2, 2014, p. 455 ss.; M. CONDINANZI, *Commento all'art. 255 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1968 ss.; H. DE WAELE, *Belonging to a Club That Accepts You as One of Its Members: Some Further Thoughts on the Modern Procedure for Selection and Appointment as Judge or Advocate General*, in E. GUINCHARD, M.-P. GRANGER (eds.), *The New EU Judiciary. An Analysis of Current Judicial Reforms*, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 197 ss.; F. BATTAGLIA, *Il sistema di selezione dei membri della Corte di giustizia dell'Unione europea fra valutazioni di merito e problemi di trasparenza*, in *EJ*, n. 2, 2019, p. 22 ss.; L. PIERDOMINICI, *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*, Cham-Switzerland, 2020, p. 121 ss.

³³ Da ultimo, sulla prassi nazionale lituana di selezione del candidato interno da designare quale giudice o avvocato generale e la sua compatibilità con gli artt. 19, par. 2, TUE e (253 e) 254 TFUE è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia nel caso *Valančius* (v. causa C-119/23, dove l'udienza si è tenuta in data 16 gennaio 2024 e la sentenza, dopo le conclusioni dell'avvocato generale, potrebbe essere depositata subito prima, forse, o comunque subito dopo la ripresa della pausa estiva 2024).

³⁴ Sarebbe interessante argomentare teoricamente la sostenibilità di una siffatta modifica normativa. La sola via (per evitare il cortocircuito, vista l'autoreferenzialità) parrebbe quella di dare un fondamento di validità esterno all'ordinamento sovranazionale. E ci si potrebbe interrogare sul se (a) avrebbe potuto esserlo la Costituzione europea o potrebbe individuarsi in un percorso indirizzato alla “creazione” di uno Stato federale; se (b) potrebbero esserlo modifiche delle costituzioni nazionali degli Stati membri che limitassero la sovranità nazionale, condizionando l'appartenenza all'ordinamento sovranazionale in modo più stringente di quanto accade in base (ad esempio) all'art. 11 Cost., che, almeno formalmente, prevede solo che siffatta limitazione sia funzionale all'adesione ad ordinamento che assicuri «la pace e la giustizia tra le Nazioni» (vero è che limitazioni più stringenti esistono già nelle costituzioni di molti altri Stati membri, come la Germania, la Francia, la Spagna, persino – almeno sulla carta – la Polonia).

3. I criteri impiegati dalla giurisprudenza più risalente per definire la sindacabilità degli atti in parola

Prima di esaminare alcuni più recenti casi in cui il giudice dell'Unione si è rigidamente attenuto al dato formale dell'art. 263 TFUE per escludere la giustiziabilità di atti che ha ritenuto adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri (v. parr. 4 e 5), pare opportuno sinteticamente richiamare i criteri impiegati dalla Corte di giustizia per stabilire chi sia l'effettivo autore dell'atto e valutarne, dunque, l'impugnabilità³⁵.

La giurisprudenza “comunitaria” rilevante è, tutto considerato, limitata e i criteri utilizzati (e variamente combinati tra loro, come subito si vedrà) sono sostanzialmente tre: (i) il criterio del riparto delle competenze tra Stati membri e Comunità (prima) e Unione (poi); (ii) il criterio del contenuto dell'atto e (iii) il criterio del contesto in cui l'atto viene adottato, ovvero dell'insieme delle circostanze in cui, appunto, si giunge alla sua adozione.

Il primo criterio, quello della distribuzione delle competenze, venne impiegato per la prima volta (e si tratta, probabilmente anche della più nota) nel caso *AETS*³⁶, ove oggetto di ricorso per annullamento era una deliberazione del Consiglio, del 20 marzo 1970, in merito alla negoziazione e alla stipulazione, da parte degli Stati membri della CEE, dell'accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada (*AETS*, appunto). Il ricorso, infine respinto nel merito, fu considerato ricevibile perché l'atto impugnato venne ritenuto imputabile nella sostanza al Consiglio: la Corte impostò, infatti, il proprio ragionamento partendo dal presupposto che la materia in questione era disciplinata da un regolamento comunitario e che, di conseguenza, la competenza a negoziare e concludere l'accordo *de qua* spettava alla Comunità a partire dall'entrata in vigore di detto regolamento e siffatta competenza

³⁵ Il tema non è particolarmente trattato in dottrina, se non nella letteratura manualistica (con i conseguenti limiti “di spazio”) e in contributi di commento a specifiche vicende processuali. Per una ricostruzione dettagliata, per quanto risalente, v. C. SCHEPISI, *op.cit.*, Sul tema in esame v. anche i contributi citati *supra* alla nota 20.

³⁶ *Commissione/Consiglio*, 22/70, sopra citata, punti 30 ss.

comunitaria escludeva qualsiasi competenza concorrente degli Stati membri (la cui attività, incompatibile con l'unicità del mercato comune, avrebbe pregiudicato l'applicazione uniforme del diritto comunitario). La deliberazione del Consiglio, secondo la Corte, era stata altresì indubbiamente produttiva di effetti giuridici precisi sia nei confronti degli Stati membri, sia nei confronti delle istituzioni, avendo infatti contribuito a determinarne il successivo comportamento.

Il criterio del contenuto dell'atto, in combinato con quello (presupposto) del riparto di competenze, è stato impiegato, in particolare nel caso *European Development Fund*³⁷. Oggetto di impugnazione in questo caso era il regolamento finanziario (CEE) del Consiglio 29 luglio 1991, n. 491, applicabile alla cooperazione per il finanziamento dello sviluppo ai sensi della quarta convenzione ACP-CEE. Pur anche in questo caso respingendo poi il ricorso nel merito, la Corte lo considerò ricevibile, occorrendo definire – al fine di assicurare (se del caso) il rispetto delle prerogative riconosciute dal trattato alle istituzioni – a chi (Comunità o Stati membri) spetti il potere di deliberare su spese a titolo di aiuto allo sviluppo che – se soggette ai regolamenti finanziari stabiliti *ex* (allora) art. 209 CEE – richiederebbero la consultazione del Parlamento europeo, che era stato invece escluso nella loro definizione. La Corte ritenne, infine, che correttamente il Parlamento non fosse stato coinvolto, dal momento che l'intervento si collocava in ambito di competenza “nella disponibilità” degli Stati membri (che legittimamente avevano istituito un fondo alla cui gestione erano state associate le istituzioni, ma senza che le spese in questione avessero rilevanza “comunitaria”).

Infine, il criterio del contesto, insieme con il riferimento al contenuto dell'atto, è venuto in particolare in rilievo nel caso *Bangladesh Aid*³⁸, dove oggetto di impugnazione erano gli atti di esecuzione di bilancio adottati dalla Commissione a seguito dell'atto adottato in occasione della 1487^a sessione del Consiglio e diretto ad accordare un aiuto speciale al Bangladesh. Quest'ultimo atto, controverso, imputato formalmente all'istituzione dal comunicato

³⁷ Corte giust. 2 marzo 1994, C-316/91, *Parlamento/Consiglio*, punti 24 ss.

³⁸ Corte giust. 30 giugno 1993, C-181/91 e C-248/91, *Parlamento/Consiglio e Commissione*, punti 14 ss.

stampa, risultava infatti adottato dagli “Stati membri” riuniti in seno al Consiglio in base al verbale della riunione dell’istituzione. Tuttavia, secondo la Corte, il semplice fatto che un atto venisse qualificato «decisione degli Stati membri» non bastava per escluderlo dal sindacato di legittimità *ex* (allora) art. 173 CEE, occorrendo esaminare – per stabilire se si trattava o meno di atto del Consiglio – anche il suo contenuto e il complesso delle circostanze in cui è stato adottato³⁹. La valutazione delle circostanze implicò anche una valutazione del riparto di competenze, riscontrandosi che nella materia in esame non vi fosse una competenza esclusiva della Comunità (acquisita sulla base di *pre-emption*) e, quindi, che anche gli Stati membri erano legittimati ad intervenire. L’analisi complessiva portò la Corte a concludere che si trattasse di atto adottato effettivamente dagli Stati membri collettivamente e il ricorso venne pertanto dichiarato irricevibile.

I tre casi che si esamineranno (due in larga misura coincidenti) sono (in ordine cronologico) *NF*⁴⁰, *EMA*⁴¹ ed *ELA*⁴². Si è trattato, indubbiamente, di cause che ponevano questioni giuridicamente e politicamente complesse e delicate, ma dove il giudice dell’Unione ha utilizzato in modo selettivo e scarsamente coerente i tre criteri richiamati, con contraddizioni (più o meno evidenti) all’interno delle pronunce e richiami anche impropri alla propria pregressa giurisprudenza⁴³. Con la conseguenza di un vuoto di tutela

³⁹ Nel senso che «se l’atto impugnato sia o no soggetto a sindacato giurisdizionale dipende dal contenuto e dagli effetti all’atto stesso, e non dal modo in cui esso è definito nel comunicato stampa e nel progetto di verbale della sessione nel corso della quale è stato adottato»: v. già le conclusioni dell’Avv. gen. Jacobs, del 16 dicembre 1992, C-181/91 e C-248/91, *Parlamento/Consiglio e Commissione*, punto 17.

⁴⁰ Tribunale ord. 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF/Consiglio europeo* (e le ordinanze pressoché gemelle in T-193/16, *NG/Consiglio europeo* e T-257/16, *NM/Consiglio europeo*), con impugnazione e decisione della Corte giust. ord. 12 settembre 2018, da C-208/17 P a C-210/17 P, *NF e a./Consiglio europeo*.

⁴¹ Corte giust. 14 luglio 2022, C-59/18 e C-182/18, *Italia/Consiglio* (Siège de l’Agence européenne des médicaments). V. altresì Corte giust. 14 luglio 2022, C-106/19 e C-232/19, *Italia/Consiglio e Parlamento* (Siège de l’Agence européenne des médicaments).

⁴² Corte giust. 14 luglio 2022, C-743/19, *Parlamento europeo/Consiglio* (Siège de l’Autorité européenne du travail).

⁴³ Con particolare riferimento alla pronuncia *NF v. M. GATTI, Attribution of Authorship of “EU” Legal Acts: NF and Others v European Council*, in G. BUTLER, R.A. WESSEL (eds.), *EU External Relations Law: The Cases in Context*, Oxford, 2022, p. 861 ss.

giurisdizionale e, soprattutto, con il rischio di avallare (anche pro futuro) comportamenti abusivi da parte degli Stati membri (v. *amplius, infra*, par. 6), che avrebbero potuto essere censurati – o quanto meno (se anche poi si fosse giunti, ad esempio, a rilevare il difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti o a rigettare i ricorsi nel merito) vagliati – in virtù di soluzioni meno opache e di un atteggiamento più garantista da parte del giudice del Kirchberg.

4. Segue: *il non corretto impiego dei suddetti criteri nel caso NF ...*

Come anticipato, il primo caso eloquente di difetto di tutela giurisdizionale è rappresentato dalla causa *NF*⁴⁴.

Ivi oggetto di ricorso per annullamento era un accordo asseritamente concluso dal Consiglio europeo e dalla Repubblica di Turchia il 18 marzo 2016 e intitolato «Dichiarazione UE-Turchia, 18 marzo 2016» (appunto, la c.d. “Dichiarazione UE-Turchia”)⁴⁵. Il Tribunale (e la Corte confermando sbrigativamente in sede di impugnazione la valutazione del giudice di prime cure) ha ritenuto che l’atto in questione – a prescindere da una valutazione della sua natura politica⁴⁶ o della sua

⁴⁴ Sulla vicenda v., per tutti, D. SIMON, *Ordre Juridique de l’Union. Actes de l’Union. Déclaration UE/Turquie*, in *Europe*, aprile 2017, p. 11 ss.; E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression of Realism: A Quick Comment on NF v European Council*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 251 ss.; A. GUÉRIN, *Déclaration UE – Turquie du 18 mars 2016: la CJUE ou les singes de la sagesse*, in *Revue des droits de l’homme*, vol. 16, 2019, p. 16 ss.; J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, n. 3, 2019, p.114 ss.; I. GOLDNER LANG, *Towards “Judicial Passivism” in EU Migration and Asylum Law?*, in T. ČAPETA, I. GOLDNER LANG, T. PERIŠIN (eds), *The Changing European Union: A Critical View on the Role of Law and Courts*, Oxford, 2022; M. GATTI, *op. cit.*

⁴⁵ Sulla base della dichiarazione in parola (v. *amplius, NF/Consiglio europeo*, già citata, punto 9): «pur riconfermando “l’impegno ad attuare il piano d’azione comune attivato il 29 novembre 2015 [la Repubblica di] Turchia e l’U[nione] riconosc[evano] che [erano] necessari ulteriori sforzi, rapidi e decisi”. [...] Al fine di smantellare il modello di attività dei trafficanti e offrire ai migranti un’alternativa al mettere a rischio la propria vita, l’UE e la [Repubblica di] Turchia hanno deciso oggi di porre fine alla migrazione irregolare dalla Turchia verso l’[Unione]; per conseguire questo obiettivo hanno concordato i seguenti punti d’azione supplementari».

⁴⁶ V. S. PEERS, *The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: is it Legal?*, in *EU Law Analysis*, 16 March 2016, ritiene sia un mero *statement* politico e pertanto valido. La maggior parte della dottrina (citata alla nota precedente) ritiene sia un atto adottato in violazione dell’art. 218 TFUE (e, *in primis*, delle competenze del Parlamento europeo) e pertanto invalido (v. ulteriori considerazioni *infra*, nel testo).

capacità di produrre effetti giuridici vincolanti – sia un “atto di un vertice internazionale, adottato a margine del Consiglio europeo”, un accordo internazionale stipulato dagli Stati membri che hanno agito non in qualità di membri del Consiglio europeo ma nella veste di capi di Stato e di governo insieme con l’omologo turco, e pertanto un atto rispetto al quale difetta la competenza a sindacare del giudice dell’Unione.

Esso ha impiegato solo il (ii) e il (iii) dei criteri esaminati nel par. precedente, ovvero preso in esame soltanto il contenuto dell’atto e il contesto in cui è stato adottato, svolgendo peraltro un’analisi parziale delle circostanze, tenendo in considerazione i comunicati stampa e le note sulle riunioni, ma non anche (o almeno non in modo coerente) il contesto politico della dichiarazione e la condotta delle istituzioni e i relativi aspetti “procedurali”. L’“interpretazione” degli stessi fatti avrebbe potuto condurre ad una conclusione opposta a quella elaborata. Il Tribunale, ad esempio, ha rilevato, *inter alia*, che i capi di Stato e di governo si sono sì avvalsi del supporto del segretariato generale del Consiglio e tenendo la riunione nello stesso edificio utilizzato per le riunioni del Consiglio europeo e del Consiglio, ma solamente «per ragioni di costi, sicurezza e di efficacia». Neppure è stato dato opportuno rilievo al fatto che alla riunione abbiano presenziato il presidente del Consiglio europeo e quello della Commissione e che il primo abbia svolto compiti di rappresentanza e coordinamento, dal momento che ciò era in linea con il ruolo sempre svolto da tale figura nei pregressi negoziati sul tema con la Turchia. Ancora, non è stata data rilevanza al fatto che il comunicato stampa “controverso” (che riporta la dichiarazione UE-Turchia) faccia riferimento ad una “riunione dei membri del Consiglio europeo” (diversamente dai precedenti comunicati stampa che parlavano di riunione dei capi di Stato e di governo) e utilizzi l’espressione “UE” (dichiarazione UE-Turchia, appunto). Ma il giudice dell’UE ha ritenuto che si tratti di termini ambivalenti e avallato di fatto la tesi sostenuta dal Consiglio europeo (che si è costituito in giudizio per difendersi – e anche questa circostanza avrebbe dovuto essere tenuta in debita considerazione) per cui il comunicato è adoperato in un contesto giornalistico e (quindi) fa «uso intenzionale di formule semplificate, termini del linguaggio ordinario e sintesi. Questa volgarizzazione terminologica non potrebbe

essere usata per effettuare valutazioni giuridiche e normative e, in particolare, non potrebbe alterare il contenuto o la natura giuridica del procedimento cui essa si riferisce, ossia [appunto] un vertice internazionale, come indicato nella versione PDF del comunicato stampa»⁴⁷.

Nessun rilievo autonomo – o almeno in combinato con gli altri criteri – ha assunto, invece, il criterio del riparto di competenze, che a rigore avrebbe dovuto essere il primo utilizzato e, in ogni caso, il più rilevante perché logicamente prioritario e dirimente. Rientrandosi palesemente in un ambito di competenza dell’Unione, gli Stati membri – agendo collettivamente ma al di fuori del quadro istituzionale – avevano violato la stessa⁴⁸ e, dunque, l’atto avrebbe potuto ritenersi adottato, in sostanza, dal Consiglio europeo (per una soluzione ancor più radicale, volta a riconoscere l’impugnabilità degli atti dei governi degli Stati membri v. *infra*, par. 6). Con la conseguenza che il ricorso avrebbe dovuto considerarsi ricevibile almeno quanto all’atto oggetto di impugnazione e all’imputabilità ad una delle istituzioni di cui all’art. 263 TFUE. Poi, al limite, si sarebbe potuto riscontrare (come accennato) un difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti⁴⁹ o si sarebbe potuto rigettare il ricorso nel merito, ma la soluzione del Tribunale (al pari di quella della Corte) appare caratterizzata da un certo grado di superficialità e incoerente, al proprio interno⁵⁰ e anche rispetto ai precedenti giurisprudenziali.

⁴⁷ V., in particolare, punti 53 ss. dell’ordinanza del Tribunale. Si noti che oggetto di impugnazione è la versione online del comunicato, comunque pubblicata sul sito del Consiglio europeo, come atto di tale istituzione. Nel senso che la soluzione viene elaborata dal Tribunale come se ci si trovasse di fronte a un mero “errore comunicativo”: v. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 255 s.

⁴⁸ Insieme con il principio di attribuzione delle competenze, parrebbero violate anche le disposizioni sulle procedure per adottare gli atti, il principio dell’equilibrio istituzionale e quello di leale cooperazione dagli Stati membri verso l’Unione: per una sintesi efficace della violazione di tali regole v. C. TOVO, *Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall’involuzione istituzionale all’unità nella frammentazione*, in *Sidiblog*, 8 maggio 2017. Sulla violazione delle regole di diritto internazionale (pure contestata dai ricorrenti) v., in particolare, E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 252.

⁴⁹ Nel senso che il Tribunale con la sua soluzione ha probabilmente voluto scoraggiare più in generale anche rinvii pregiudiziali di validità v. M. GATTI, *op. cit.*, p. 868.

⁵⁰ Come messo in luce nel testo e ben evidenziato in particolare da M. GATTI, *op. cit.*, p. 868, il giudice dell’Unione si contraddice almeno (*i*) dove sembra riconoscere valore giuridico ai due comunicati stampa delle due riunioni del 29 novembre 2015 e del 7 marzo 2016 che affermano che i rappresentanti degli Stati membri hanno

5. Segue: ... e nei casi EMA e ELA

Altrettanto indicativi di una lacuna nella tutela giurisdizionale sono i casi *EMA* (relativo alla sede dell'Agenzia europea dei medicinali) ed *ELA* (relativo alla sede dell'Agenzia europea del lavoro). L'esame si concentrerà in particolare sul caso *EMA*, essendo in *ELA* il ragionamento (e le contraddizioni) della Corte in larga misura sovrapponibile(i), come anticipato, a quello seguito in (e a quelle che caratterizzano) *EMA*.

Nella causa *EMA*, il ricorso verteva sull'annullamento della decisione adottata a margine della 3579^a riunione del Consiglio, in formazione «Affari generali», del 20 novembre 2017, nella parte in cui tale decisione designa la città di Amsterdam come nuova sede dell'Agenzia europea per i medicinali⁵¹. La Corte, dopo aver richiamato la giurisprudenza *Les Verts* e *AETS*, ha dichiarato di dover esaminare l'atto in questione – quanto alla verifica della sua effettiva imputabilità al Consiglio e, dunque, alla sua impugnabilità *ex art. 263 TFUE* – alla luce del suo contenuto e dell'insieme delle circostanze nelle quali è stato adottato. Il giudice dell'UE ha quindi verificato, innanzitutto, «se la decisione relativa alla designazione della sede di un organo o di un organismo dell'Unione debba essere adottata dagli Stati membri, in virtù della regola enunciata all'articolo 341 TFUE, oppure se l'adozione di detta decisione spetti al legislatore dell'Unione, in virtù della base giuridica sostanziale applicabile al settore nel quale l'organo od

partecipato alle riunioni come Capi di Stato e di Governo, ma non riconosce alcun valore giuridico (ma scopo meramente informativo) al comunicato stampa relativo alla riunione del 18 marzo 2016, che fa riferimento a riunione dei membri del Consiglio europeo; (ii) dove afferma che diversi aspetti/elementi del comunicato stampa dimostrano che i membri del Consiglio europeo hanno negoziato la dichiarazione del 18 marzo nella loro qualità di rappresentanti nazionali, anche se ben evidenzia che tale comunicato stampa utilizza un linguaggio semplificato (si parla – come visto – di volgarizzazione terminologica e di termini malauguratamente ambigui).

⁵¹ In *ELA* il Parlamento europeo chiedeva l'annullamento della decisione (UE) 2019/1199 adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, il 13 giugno 2019, sull'ubicazione della sede dell'Autorità europea del lavoro (Bratislava), decisione adottata a margine di una riunione del Consiglio e con il pieno coinvolgimento di Coreper e Segretariato generale nella procedura di selezione.

organismo in questione è chiamato a intervenire»⁵². Nel concludere per questa seconda soluzione – escludendo la prima via sulla base di un’interpretazione letterale, sistematica e anche della prassi ed affermando che la «decisione relativa alla fissazione della sede di un organo o di un organismo dell’Unione, come un’agenzia dell’Unione, è [...], contrariamente a quanto asserisce il Consiglio, consustanziale alla decisione relativa alla sua creazione. Uguale natura presenta una decisione relativa alla rilocalizzazione della sede di una tale agenzia»⁵³ – la Corte ha riconosciuto la competenza esclusiva del legislatore dell’Unione in proposito, a prescindere dalla natura politica della scelta⁵⁴.

Tuttavia, la Corte ha proseguito il proprio ragionamento ritenendo che, né per il suo contenuto né per le circostanze in cui è stata adottata, la decisione impugnata possa essere qualificata come atto del Consiglio: ciò senza dare rilievo adeguato tra l’altro, come ben avrebbe potuto, al ruolo del Coreper e del Segretariato generale, al fatto che la scelta della sede venne formalizzata in un “atto della Presidenza del Consiglio, solo confermata dagli Stati membri a margine del Consiglio Affari Generali” e altresì alla circostanza che nei comunicati stampa essa risulta sempre come scelta dell’Unione europea. Secondo la Corte tale decisione è (piuttosto) «un atto adottato collettivamente e di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri»⁵⁵ e, in quanto adottata dagli Stati membri (pur con i coinvolgimenti di cui sopra) in un settore in cui i trattati non prevedono la loro competenza, essa è priva di qualsiasi effetto giuridico vincolante nell’ordinamento UE e, come tale, non è quindi impugnabile *ex art. 263 TFUE*⁵⁶. La Corte ha poi concluso che ragioni di certezza e di tutela giurisdizionale effettiva impongono al legislatore dell’UE di adottare un atto che

⁵² V. *Italia/Consiglio (Siège de l’Agence européenne des médicaments)*, sopra citata, punto 66.

⁵³ *Ivi*, punto 89.

⁵⁴ *Ivi*, punto 91 ss., in particolare punti 92 e 98, dove si chiarisce anche la base giuridica dell’intervento del legislatore dell’Unione, ovvero, nella specie, l’art. 114 e l’art. 168, par. 4, TFUE, i quali prevedono il ricorso alla procedura legislativa ordinaria.

⁵⁵ *Italia/Consiglio (Siège de l’Agence européenne des médicaments)*, sopra citata, punto 105.

⁵⁶ *Ivi*, punti 110 e 113.

convalidi o, al contrario, si discosti dalla decisione politica degli Stati membri, dal momento che solo un atto siffatto è idoneo a produrre effetti giuridici vincolanti nell'ambito dell'UE e può essere oggetto di ricorso per annullamento⁵⁷.

La soluzione cui giunge la Corte è solo all'apparenza formalmente ineccepibile: la decisione politica degli Stati membri è adottata in un settore di competenza UE e quindi non è vincolante, né di conseguenza impugnabile. Ad una attenta lettura, essa, al pari dell'*iter* argomentativo, risulta però contraddittoria, debole, incoerente rispetto ai precedenti giurisprudenziali e pericolosa, rischiandosi anche in questo caso (come in *NF*) un abuso da parte degli Stati membri (avallato dal giudice dell'Unione) della loro discrezionalità in ambiti pur di competenza esclusiva dell'UE ma che restano (indebitamente) sottratti a qualunque forma di controllo giurisdizionale.

L'impressione è che, definito il risultato che si voleva raggiungere, l'argomentazione sia stata costruita a ritroso. Eppure, proprio perché la decisione è stata adottata in un settore di competenza esclusiva dell'UE che viene violata dagli Stati membri, e proprio perché la stessa prassi dimostra che la scelta politica a monte degli Stati membri vincola sempre di fatto, a valle, le istituzioni, la Corte avrebbe dovuto (almeno⁵⁸) assimilarla ad un atto vincolante del Consiglio, come tale

⁵⁷ *Ivi*, punto 111. Al successivo punto 112 si precisa che «nel caso di specie, per quanto riguarda la fissazione della nuova sede dell'EMA, la sola disposizione giuridicamente vincolante rientrante nel diritto dell'Unione è l'articolo 71 bis del regolamento n. 726/2004, inserito in quest'ultimo dal regolamento 2018/1718», che è stato poi effettivamente oggetto di impugnazione nelle sopra citate cause riunite C-106/19 e C-232/19. In tali giudizi, la Corte (spec. punto 155 ss.) – seguendo l'impostazione di cui alla sentenza in esame – non ha peraltro tenuto conto neppure del fatto che il Parlamento europeo riteneva fossero state lese le sue prerogative nella procedura legislativa che ha portato all'adozione del regolamento che modifica la sede, negando quindi anche la violazione dei principi di democrazia rappresentativa e di leale cooperazione. Secondo il giudice dell'Unione, infatti, il Parlamento europeo è intervenuto con diversi emendamenti nell'adozione del menzionato regolamento e, in ogni caso e soprattutto, la precedente decisione degli Stati membri non poteva in alcun modo considerarsi vincolante per l'istituzione (e infatti, come visto, essa non era impugnabile *ex art. 263 TFUE*). I ricorsi presentati nelle cause in parola sono stati rigettati entrambi nella loro interezza.

⁵⁸ Per l'altra possibile soluzione (ovvero l'estensione della sfera degli atti impugnabili *ex art. 263 TFUE*) v. *infra*, par. 6.

impugnabile *ex art. 263 TFUE*⁵⁹, dando rilievo a circostanze che invece ha ritenuto non sufficientemente influenti (ciò, come detto, al pari di quanto avrebbe dovuto accadere, *mutatis mutandis*, in *NF*). Così ragionando, sarebbe stata assicurata almeno la giustiziabilità dell'atto, a prescindere dalla decisione finale di merito, essendo qui impossibile – diversamente da *NF* – risolvere la causa nel senso del difetto di legittimazione ad agire.

In sintesi, *EMA* e così *ELA*⁶⁰ sono caratterizzati da quello stesso *judicial passivism* che la dottrina ha evidenziato con riguardo al caso *NF*⁶¹; e anche in questi due casi si è realizzato quanto rilevato sempre rispetto a *NF*, ovvero il fatto che la “fuga” operata dagli Stati membri dalla cornice istituzionale dell’Unione implica una «rinuncia alle garanzie fornite da tale ordinamento, in particolare sotto il profilo della completezza e dell’effettività del controllo giurisdizionale degli atti giuridici dell’UE, [accentuando] l’opacità nella ripartizione delle responsabilità politiche tra istituzioni dell’Unione e tra queste e gli Stati membri»⁶². Nei casi *EMA* e *ELA* si aggiunge un tema (*i.e.*, problema) di perdita di efficienza istituzionale e regolatoria dell’Unione⁶³.

⁵⁹ Già C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 127, esaminando la più risalente giurisprudenza del giudice dell’Unione aveva rilevato che «nei settori di competenza esclusiva (UE) le deliberazioni adottate dai Capi di Stati riuniti in sede di Consiglio sono considerate, in assenza di elementi determinanti, atti comunitari sottoponibili, se ed in quanto produttivi di effetti giuridici, al sindacato di legittimità della Corte di Giustizia».

⁶⁰ Come anticipato, il ragionamento seguito dalla Corte in *ELA* è sostanzialmente analogo e sovrapponibile a quello di *EMA* (v., in particolare, punti 81-92). La decisione oggetto di impugnazione non può essere considerata né per il suo contenuto né per le circostanze in cui è stata adottata come atto del Consiglio, ma piuttosto un atto adottato collettivamente e di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, come tale non vincolante né impugnabile, pur se adottato in violazione della competenza esclusiva del legislatore dell’Unione ad intervenire nella definizione della sede dell’Agenzia.

⁶¹ V. I. GOLDNER LANG, *op. cit.*; M. GATTI, *op. cit.*, p. 861 ss.

⁶² V. C. TOVO, *op. cit.*, che pure si chiede se avrebbe allora più senso ragionare nel senso della non impugnabilità degli atti in esame considerandoli “atti politici”. Anche M. GATTI, *op. cit.*, p. 870 si chiede se «*It may be wondered whether the rule of law would not be better served by an express doctrine of judicial restraint, such as the acte de gouvernement. A “political question” doctrine would be a “véritable objet de scandale”, but nonetheless preferable to denial of justice shrouded in formalism.*».

⁶³ V., in particolare, le osservazioni di J. ALBERTI, *Le agenzie dell’Unione europea*, Milano, 2018, pp. 157-159, che argomenta che facendo prendere la decisione sulla sede agli Stati membri e non consentendone il controllo giurisdizionale si sono generati “mostri” come agenzie lontane e in sedi disagiate, a tutto svantaggio della loro efficienza e della efficienza *tout court* del sistema.

6. *Possibili diverse soluzioni ad opera del giudice o del costituente dell'Unione a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale*

Come anticipato, nei tre casi esaminati l'atteggiamento della Corte di giustizia ha determinato un sostanziale vuoto di tutela giurisdizionale, una lacuna grave rispetto al principio di effettività su cui l'ordinamento dell'Unione si fonda, di fatto riconoscendo una sostanziale immunità agli Stati membri, che sono lasciati liberi di agire con eccessiva discrezionalità e che potrebbero abusare (*pro futuro*) della stessa, agendo come tali anziché, più propriamente, nella loro veste istituzionale in ambiti di competenza esclusiva UE al fine di sottrarsi, appunto, ad ogni forma di controllo del loro operato. La Corte si è dichiarata incompetente o ha sancito l'irricevibilità dei ricorsi, ma se gli Stati membri agiscono in settori riservati alla competenza esclusiva dell'Unione, il loro intervento, posto in essere in violazione delle norme dei trattati, deve poter essere censurato; la loro azione non può dichiararsi – solo perché posta in essere al di fuori di regole pattizie – non giustiziabile.

Per risolvere i menzionati difetti del sistema di protezione giurisdizionale dell'Unione e assicurarne l'effettività – in uno con il rispetto dello Stato di diritto anche a livello UE, evitando “sacche” di non tutela proprio dinanzi a quel giudice che ne impone il rispetto da parte degli ordinamenti nazionali – le soluzioni prospettabili (a prescindere poi dall'esito del ricorso sotto altri profili quanto alla ricevibilità e, evidentemente, a prescindere dal merito) avrebbero potuto e potrebbero essere, soluzioni di tipo giurisprudenziale o normativo.

Con riguardo a quelle giurisprudenziali, una prima più radicale soluzione avrebbe potuto e potrebbe in futuro, a parità di condizioni, essere una presa di posizione “forte” della Corte di giustizia che, a fronte della violazione di competenze dell'Unione e, comunque, in considerazione del contenuto dell'atto e delle circostanze in cui è stato adottato, avesse ritenuto/ritenesse che l'atto impugnato è sostanzialmente un atto (rispettivamente) del Consiglio europeo e del Consiglio, come tale giustiziabile *ex art. 263 TFUE*. Parimenti radicale, e forse ancor più coraggiosa, avrebbe potuto/potrebbe essere la scelta

di estendere le maglie dell'art. 263 TFUE e, con una soluzione alla *Les Verts*, ritenere che anche gli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri (che agiscono in buona sostanza come “istituzioni di fatto” dell'Unione europea) sono, in quanto produttivi di effetti giuridici, giustiziabili dinanzi al giudice del Kirchberg.

Una seconda soluzione “intermedia” avrebbe potuto/potrebbe consistere nel riconoscere la ricevibilità e quindi la competenza del giudice UE almeno per sindacare la competenza del soggetto agente ad adottare l'atto e, quindi, la valida formazione dello stesso, conseguentemente immaginando un percorso volto a censurare (se riscontrata) la violazione delle previsioni pattizie da parte degli Stati membri (agenti in ambiti esorbitanti la loro discrezionalità e rientranti, appunto, nella competenza dell'Unione). A supporto di tale impostazione, si potrebbe forse richiamare la giurisprudenza *FBF*⁶⁴, dove – seppur nell'ambito di un rinvio pregiudiziale di validità avente ad oggetto un atto non vincolante – la Corte si è ritenuta competente a valutarne almeno la valida formazione, effettuando un controllo sulla genesi dell'atto, per accertare se esorbitasse o meno le competenze di EBA.

Se, così procedendo, la Corte riscontrasse che l'atto non si è validamente formato perché non è di competenza del soggetto che lo ha adottato, certo la conseguenza sarebbe – come in *EMA* ed *ELA* – che l'atto non può produrre alcun effetto nell'ordinamento UE perché non è stato legittimamente adottato. Lo stesso avverrebbe ricorrendo alla giurisprudenza *BASF* e sostenendo che l'atto è inesistente (anche se qui, per giurisprudenza consolidata, la Corte dichiara i ricorsi irricevibili)⁶⁵.

⁶⁴ Corte giust. 15 luglio 2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF)/Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, su cui v. il contributo di J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *DUE*, n. 2, 2022, p. 425 ss.

⁶⁵ V. Tribunale 27 febbraio 1992, T-79/89, da T-84/89 a T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 e T-104/89, *BASF AG e a./Commissione* (c.d. decisione PVC), spec. punti 31, 65, 68, 101; Corte giust. 8 luglio 1999, C-199/92 P, *Hüls/Commissione*, spec. punti 72 e 114. Secondo la giurisprudenza ivi richiamata il vizio dell'inesistenza è così grave da poter essere rilevato d'ufficio anche dopo il termine di cui all'art. 263, par. 6, TFUE, così da assicurare – pur dichiarando l'irricevibilità del ricorso – (i) la stabilità dei rapporti giuridici e (ii) la certezza diritto.

Certo anche la scelta della irricevibilità non è irrilevante nel ragionamento complessivo: insistere sulla non obbligatorietà dell'atto pare significare (dal punto di vista della Corte) in qualche modo tutelare (almeno formalmente) le istituzioni (e la loro discrezionalità) che poi a valle partecipano al procedimento decisionale di definizione (anche) della sede.

Eppure, la prassi dimostra che, seppur non produttiva di effetti, nella sostanza la decisione degli Stati membri vincola l'operato successivo delle istituzioni, ma lo vincola illegittimamente, sottraendo loro una competenza conferitagli dai trattati. Non può sostenersi che davvero esista la non vincolatività di un atto dei governi degli Stati membri, perché sul piano fattuale esso costituisce un vincolo ineludibile.

Proprio per tale ragione sarebbe importante poterlo annullare per violazione della competenza o, al limite, dichiararlo inesistente. Certo, poi, a ben guardare, il vizio di incompetenza è sempre stato vissuto al contrario: è viziato l'atto adottato dalle istituzioni in danno alla competenza degli Stati membri, mentre nei casi in esame si dovrebbe dimostrare che dal momento che l'atto è comunque dotato di una sua persuasività politica diventa di fatto obbligatorio, e, come tale, esso lede la competenza dell'Unione e per tale ragione deve essere censurato.

E la censura dovrebbe concretizzarsi – come già ipotizzato in dottrina⁶⁶ – in una procedura di infrazione contro gli Stati membri (il cui avvio lo stesso giudice dell'Unione avrebbe potuto/potrebbe suggerire alla guardiana dei trattati), per violazione del principio attribuzione delle competenze, dell'equilibrio istituzionale, delle procedure di adozione degli atti, dell'art. 4, par. 3, TUE. Forse, in questi casi, si dovrebbe addirittura immaginare un sistema (con necessaria revisione dei trattati) in cui la Commissione – a tutela dell'interesse generale dell'Unione a fronte degli Stati che agiscono *ultra vires* in danno ad una competenza esclusiva dell'UE e, dunque, del perimetro di azione dell'UE – è obbligata ad avviare la procedura di infrazione⁶⁷.

⁶⁶ V. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 190 (che esclude invece categoricamente che si tratti di atti impugnabili *ex* – allora – art. 173 CEE). Nel senso che rispetto agli Stati membri che violano una competenza comunitaria dovrebbe avviarsi con una procedura di infrazione v. anche C. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁷ Nei tre casi esaminati la competenza dell'Unione violata dagli Stati membri era una competenza esclusiva e, anche alla luce della giurisprudenza più risalente della Corte di giustizia, come visto (*supra*, par. 3), è pacifico che si dovrebbe reagire ad una

Una terza soluzione più *soft* avrebbe potuto/potrebbe consistere – sulla scia di quanto avvenuto nella citata causa *UPA*⁶⁸ – in un invito ai signori dei trattati (alla cui volontà si fa riferimento, ad esempio, al punto 108 di *EMA*⁶⁹ e al punto 85 di *ELA*⁷⁰) a ripensare il sistema di

siffatta violazione, censurando l'atto impugnato (o almeno per il tramite di una procedura di infrazione come qui si sta ipotizzando). Interessante sarebbe verificare l'atteggiamento del giudice dell'Unione rispetto ad un caso di violazione di competenza ripartita a titolo concorrente: in base alla giurisprudenza *Bangladesh Aid* (*supra*, par. 3), in assenza di un previo intervento dell'Unione e laddove dunque la competenza concorrente non sia ancora stata esercitata dalle istituzioni, è legittimo l'intervento degli Stati membri. Non appare però ozioso porsi l'interrogativo se un intervento *extra-ordinem* di tutti gli Stati membri non attesti di per sé che è preferibile un intervento delle istituzioni (alla luce del principio di sussidiarietà) e che dunque siffatto intervento possa divenire censurabile per violazione del principio di leale cooperazione. Dalla Commissione europea con procedura di infrazione, ma forse anche direttamente nell'ambito di un ricorso per annullamento, che dovrebbe essere dichiarato ricevibile (anche se l'atto è imputato agli Stati membri... e qui si ricade nella soluzione più radicale di estensione della categoria di atti impugnabili *ex art. 263 TFUE*, a meno di ritenere che gli Stati di fatto abbiano agito come Consiglio o Consiglio europeo cui l'atto viene ricondotto), per poi valutare il merito dell'atto.

⁶⁸ *Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio*, sopra citata, punto 45, dove si legge che «[a]nche se è indubbiamente concepibile un sistema di controllo della legittimità degli atti comunitari di portata generale diverso da quello istituito dal Trattato originario e mai modificato nei suoi principi, spetta, se del caso, agli Stati membri, in conformità all'art. 48 UE, riformare il sistema attualmente in vigore» (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Dopo aver dichiarato che «107. L'argomentazione delle parti ricorrenti, secondo cui occorrerebbe nel caso di specie adottare un'accezione estesa degli autori degli atti ai quali l'articolo 263 TFUE si riferisce, vale a dire le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, al fine di ritenere che la decisione impugnata sia stata adottata da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione ai sensi di tale articolo, o, quantomeno, al fine di assimilare i presenti ricorsi a ricorsi proposti contro una decisione del Consiglio, non può dunque essere accolta senza disattendere il chiaro tenore letterale dell'articolo sopra citato (v., in tal senso, ordinanza del 16 giugno 2021, Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri, C-685/20 P, EU:C:2021:485, punto 48)», la Corte afferma che «108. Una simile interpretazione si porrebbe in contrasto anche con la volontà degli autori dei Trattati – rispecchiata dall'articolo 263 TFUE, il cui ambito di applicazione è limitato ai soli atti di diritto dell'Unione adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione – di sottrarre gli atti degli Stati membri al controllo dei giudici dell'Unione» (corsivi aggiunti).

⁷⁰ In modo sostanzialmente analogo a *EMA*, in *ELA* la Corte afferma: «84. L'argomentazione del Parlamento, secondo cui occorrerebbe nel caso di specie adottare un'accezione estesa degli autori degli atti ai quali l'articolo 263 TFUE si riferisce, vale a dire le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, al fine di ritenere che la decisione impugnata sia stata adottata da un'istituzione, da un organo o da un organismo dell'Unione ai sensi tale articolo, o, quantomeno, al fine di assimilare il presente ricorso a un ricorso proposto contro una decisione del Consiglio,

tutela giurisdizionale dell'Unione quanto, nei casi in esame, alla tipologia di atti impugnabili (in *UPA* il tema era quello della legittimazione ad agire).

Quanto, invece, alla soluzione normativa, si tratta di soluzione radicale (anche eventualmente a valle di un invito della Corte di giustizia del tenore di quello a cui si è testé fatto riferimento), consistente in una modifica dell'art. 263 TFUE, volta a sancire la giustiziabilità degli atti dei "rappresentanti dei governi degli Stati membri" produttivi di effetti giuridici.

Certo una modifica dei trattati dovrebbe seguire le procedure di cui all'art. 48 TUE e incontrare la volontà di tutti gli Stati membri, che difficilmente (si immagina) si priverebbero della discrezionalità – e sostanziale immunità – di cui si discute. Altrettanto certo, però, che almeno il rispetto delle procedure, e dei margini di competenza dell'Unione, dovrebbe essere suscettibile di controllo giurisdizionale (come accade per i profili procedurali del meccanismo, senza dubbio politico, di cui all'art. 7 TUE).

Ci troviamo però di fronte ad un cortocircuito, analogo a quello cui si è accennato sopra con riguardo alla nomina dei giudici e degli avvocati generali di Corte e Tribunale. In questo caso, il cortocircuito pare anche peggiore, vista la politicità in senso più stretto dell'atto di nomina: qui si tratta davvero di atti di competenza dell'Unione, produttivi di effetti giuridici e rispetto a cui si sarebbe potuto dire (diversamente argomentando, anche sulla base di un dato normativo forte, per *EMA*, ma anche per *NF*) che si tratta di atti, nella sostanza, (rispettivamente) del Consiglio e del Consiglio europeo. La scelta della

non può dunque essere accolta senza disattendere il chiaro tenore letterale dell'articolo summenzionato (v., in tal senso, ordinanza del 16 giugno 2021, Sharpston/Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri, C-685/20 P, EU:C:2021:485, punto 48). 85. *Una simile interpretazione si porrebbe in contrasto anche con la volontà degli autori dei Trattati* – rispecchiata dall'articolo 263 TFUE, il cui ambito di applicazione è limitato ai soli atti di diritto dell'Unione adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione – *di sottrarre gli atti degli Stati membri al controllo dei giudici dell'Unione*. 86. *Estendere la nozione di atti impugnabili ai sensi dell'articolo 263 TFUE agli atti adottati, anche di comune accordo, dagli Stati membri porterebbe, in definitiva, ad ammettere un controllo diretto del giudice dell'Unione sugli atti degli Stati membri e, dunque, ad aggirare i rimedi giuridici specificamente previsti in caso di inadempimento degli obblighi ad essi incombenti in virtù dei Trattati»* (corsivi aggiunti).

Corte, certamente dettata da ragioni di delicatezza politica delle questioni ad essa sottoposte, rischia tuttavia di essere pericolosa, perché il difetto di tutela giurisdizionale di cui si discute, a fronte di una scelta precisa degli Stati membri di assicurarsi una “sacca” di immunità, indebolisce, se non addirittura nega *in parte qua*, l’idea stessa di “comunità di diritto”.

ABSTRACT (ITA)

Il contributo analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale dell'Unione nei casi *NF*, *EMA* ed *ELA* per verificare l'attualità e tenuta del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione. Specie a fronte delle prese di posizione sempre più incisive del giudice dell'Unione per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale negli ordinamenti degli Stati membri e censurarne la violazione, sembrano oggi (ancora) più evidenti che in passato alcune lacune di tutela nell'ordinamento UE in relazione agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri che pur agiscono in ambiti di competenza "comunitaria". Lo scritto esamina se e in che misura è tutt'ora opportuno e giuridicamente sostenibile che gli Stati membri agiscano collettivamente restando il loro comportamento sottratto al sindacato giurisdizionale dell'Unione o se e dove, invece, si pone la necessità di un "aggiornamento" dei meccanismi di tutela, al fine di arginare la discrezionalità ancora riconosciuta agli Stati membri (con il rischio di loro comportamenti "abusivi"), e, in tal caso, quali soluzioni sono possibili e quali vie percorribili per raggiungerle. Del resto, almeno dal 1986 (causa 294/83, *Les Verts*) la Corte di giustizia ha affermato che la (allora) Comunità economica europea è una "comunità di diritto", dove in linea di principio ciò che accade di giuridicamente rilevante deve essere giustiziabile.

ABSTRACT (ENG)

The contribution analyzes the case-law of the ECJ and the GC in *NF*, *EMA* and *ELA* to verify the adequacy and stability of the EU judicial protection system. In light of the increasingly incisive positions taken by the EU Judges to ensure the effectiveness of judicial protection in the legal systems of the Member States and to censure its violation, some gaps in the EU judicial protection system seem today more evident than in the past, especially in relation to the acts of the representatives of the governments of the Member States who act within the scope of EU law. The article examines whether and to what extent it is still appropriate and legally sustainable for Member States to act collectively while escaping judicial control and whether and

where, instead, there is a need for an ‘update’ of the protection mechanisms, in order to limit the discretion still recognized to Member States (with the risk of their ‘abusive’ behaviour), and, in this case, what solutions are possible and what ways can be pursued to achieve them. After all, at least since 1986 (case 294/83, *Les Verts*) the ECJ stated that the (then) EEC is a ‘community of law’, where in principle what does have legal effect must be justiciable.