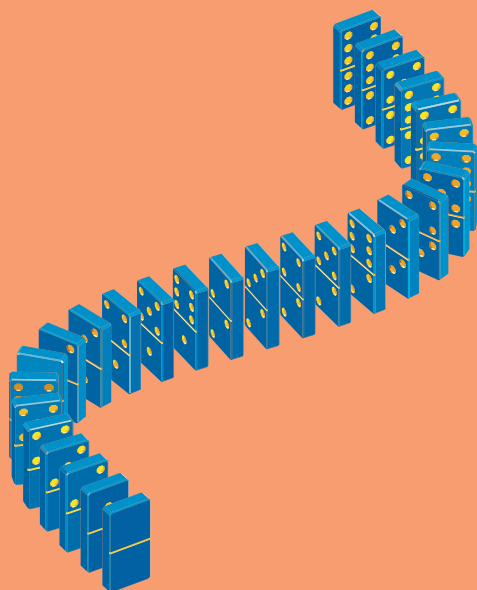


NATIONAL JUDGES AND THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION



Edited by
Anna Maria Mancaleoni
Elise Poillot

Consumatori
e Mercato

11



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici. Diritto, regolazione, bio-etica*, 2014
2. M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *Introduction to European Union transport law*, I ed. 2015; II ed. 2016; III ed. 2019
3. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, 2015
4. V. ZENO-ZENCOVICH, *Sex and the contract* (II ed.), 2015
5. G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, 2016
6. A. ZOPPINI (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione*, 2017
7. C. GIUSTOLISI (a cura di), *La direttiva consumer rights. Impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima*, 2017
8. R. TORINO (a cura di), *Introduction to European Union internal market law*, 2017
9. M.C. PAGLIETTI, M.I. VANGELISTI (a cura di), *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, 2020
10. L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, 2020



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NATIONAL JUDGES AND THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

PROCEEDINGS OF THE CONFERENCE HELD IN CAGLIARI, 1ST JUNE 2018

Edited by

Anna Maria Mancaleoni

Elise Poillot

**Consumatori
e Mercato 11**



Roma TrE-press

2021



Fondazione
di Sardegna

La presente opera è stata pubblicata grazie al contributo del Consiglio regionale della Sardegna e della Fondazione di Sardegna.

Coordinamento redazionale e editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grottesque (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press* ©

Roma, gennaio 2021

ISBN: 979-12-80060-91-4

<http://romatrepress.uniroma3.it>

This work is published under a *Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0). You may freely download it but you must give appropriate credit to the authors of the work and its publisher, you may not use the material for commercial purposes, and you may not distribute the work arising from the transformation of the present work.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

PRESENTAZIONE DELLA COLLANA “CONSUMATORI E MERCATO”

DIRETTORE: VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

COMITATO SCIENTIFICO:

GUIDO ALPA, MARCELLO CLARICH, ALBERTO MUSSO

La Collana “Consumatori e mercato”, pubblicata in open access dalla Roma TrE-Press, intende essere una piattaforma editoriale multilingue, avente ad oggetto studi attinenti alla tutela dei consumatori e alla regolazione del mercato. L'intento è di stimolare un proficuo scambio scientifico attraverso una diretta partecipazione di studiosi appartenenti a diverse discipline, tradizioni e generazioni.

Il dialogo multidisciplinare e multiculturale diviene infatti una componente indefettibile nell'ambito di una materia caratterizzata da un assetto disciplinare ormai maturo tanto nelle prassi applicative del mercato quanto nel diritto vivente. L'attenzione viene in particolare rivolta al contesto del diritto europeo, matrice delle scelte legislative e regolamentari degli ordinamenti interni, e allo svolgimento dell'analisi su piani differenti (per estrazione scientifica e punti di osservazione) che diano conto della complessità ordinamentale attuale.

The “Consumer and market” series published, in open access, by Roma TrE-Press, aims at being a multilingual editorial project, which shall focus on consumer protection and market regulation studies. The series' core mission is the promotion of a fruitful scientific exchange amongst scholars from diverse legal systems, traditions and generations. This multidisciplinary and multicultural exchange has in fact become fundamental for a mature legal framework, from both the market practice and the law in action standpoints. A particular focus will be given on European law, where one can find the roots of the legislation and regulation in the domestic legal systems, and on the analysis of different levels, in line with the current complexity of this legal sector.

Indice

<i>Indice degli autori</i>	IX
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>“National Judges and the case law of the Court of Justice of the European Union”: Introduction</i>	1
ELISE POILLOT, <i>The true story of the active role of courts in consumer litigation: Introduction to the Speech given by Etienne Rigal</i>	7
ETIENNE RIGAL, <i>The true story of the active role of courts in consumer litigation</i>	17
<i>Appendix to</i> <i>«The true story of the active role of courts in consumer litigation»:</i> <i>case C-473/00, Cofidis SA v Jean-Louis Fredout,</i> <i>Opinion of Advocate general Tizzano 18 April 2002</i> <i>and Judgement of the CJEU 21 November 2002</i>	25
ROLF DOTEVALL, <i>“Offensive courts” is a matter of principles</i>	59
GIUSEPPE RICCARDI, <i>Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’</i>	65
ERMANN CALZOLAIO, <i>The elusion of the duty of final courts to submit a preliminary reference to the CJEU: comparative remarks</i>	103
MARCO LIPARI, <i>Il giudice amministrativo e le decisioni della Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) nell’applicazione della direttiva ricorsi n. 665/1989: effettività della tutela giurisdizionale e interesse strumentale nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente</i>	115
GIACOMO BIAGIONI, <i>The EU Charter of Fundamental Rights: in bad need of instructions for use?</i>	165
CARLA SIEBURGH, <i>Never too late to communicate. Constructive and critical input from national private law judges before and after preliminary ruling procedures</i>	185
ARTHUR HARTKAMP, <i>Some practical consequences of the Achmea judgment for intra-EU investment arbitration</i>	193
SALVATORE SICA, <i>Giurisprudenza nazionale ed europea e frammentazione legislativa della responsabilità civile del provider</i>	205

CRISTINA AMATO, <i>The Influence of the CJEU's opinions on the Italian Courts in the Application of the Unfair Commercial Practices Directive</i>	223
DIANA WALLIS, <i>Outside the Picture Frame?, The case of the United Kingdom</i>	245
GABRIELLA AUTORINO, "Cross-judicial fertilization": <i>il ruolo delle Corti supreme</i>	251
ANNA MARIA MANCALEONI, ELISE POILLOT, <i>Summary report</i>	271
<i>Biographical notes of the editors</i>	287

INDICE DEGLI AUTORI

CRISTINA AMATO, *Full Professor of Private comparative law*, University of Brescia.

GABRIELLA AUTORINO, *Full Professor of Private comparative law*, University of Salerno.

GIACOMO BIAGIONI, *Associate Professor of International law*, University of Cagliari.

ERMANNIO CALZOLAIO, *Full Professor of Private comparative law*, University of Macerata.

ROLF DOTEVALL, *Professor of Private law*, University of Gothenburg.

ARTHUR HARTKAMP, *Professor of European private law*, University of Nijmegen.

MARCO LIPARI, *President of division*, Consiglio di Stato.

ANNA MARIA MANCALEONI, *Associate Professor of Private comparative law*, University of Cagliari.

ELISE POILLOT, *Full Professor of Civil law*, University of Luxembourg.

GIUSEPPE RICCARDI, *Judge*, Corte di Cassazione.

ETIENNE RIGAL, *Vice President*, Tribunal Judiciaire, Villefranche-sur-Saône.

SALVATORE SICA, *Full Professor of Private law*, University of Salerno.

CARLA SIEBURGH, *Judge*, Hoge Raad, *Professor of Private law*, University of Nijmegen.

DIANA WALLIS, *Former President of ELI, Former European MP, Professor of Private law*, University of Hull.

Anna Maria Mancaleoni

*“National Judges and the case law of the Court of Justice
of the European Union”: Introduction*

The impact of EU law on Member States’ legal systems materialises decisively by means of principles and rules established by the EU Court of Justice. It is common knowledge that even the source of the fundamental principles concerning the relationship between EU and Member States is the case law of the CJEU: just think of the principle of primacy, which is one of the main pillars of the relationship between the EU and the Member States and which was not enshrined in the most recent amendments to the Treaties; simply think of the principle of sincere cooperation (or loyalty), which, unlike primacy, is provided by the EU Treaty (Article 4), but has been enriched with corollaries by the CJEU, so that it has taken on strategic value, by compelling national judges to become promoters of EU law. Nevertheless, the application of these principles – which very often are actual operational rules – is delegated by the CJEU directly to national judges.

Therefore, the good performance of the multilateral system originating from the interaction between the legal system of the EU and the single Member States, implies a synergy between the Court of Justice and the international courts: on the one hand, the CJEU has the opportunity to give its opinion only by following the preliminary ruling reference made by national judges; on the other hand, national judges are charged with the task of faithfully implementing the decision of the Court of Justice into the internal legal system.

With this premise, the contributions collected in this Volume – which are the proceedings of the Conference held in Cagliari the 1st of June 2018 – aims to deal with the problems relating to ‘communication’ between *all* national courts (be they on the merits, supreme, constitutional) and the Court of Justice of the European Union. To this purpose, the same judges, as protagonists of this process of communication, are called to speak: they are invited to illustrate, moving from their direct experience, the possible difficulties experienced in the communication with the EU Court. The awareness of such difficulties can be the key to overcoming them, to enhance

the quality of communication and to reach a better integration between the EU and national legal systems via the case law. The voice of professors specialised in European law is also heard; the dialogue between practice and academia is fruitful and beneficial for both.

The idea of organising a Conference on the ‘dialogue’ between the Court of Justice and national courts matured after my involvement in a research project, coordinated by Professor Arthur Hartkamp, concerning the effectiveness of EU law in horizontal relationships. Each participant in the research had to collect data on the impact of EU law with specific regard to those areas in which these horizontal effects have proved more significant (non-discrimination, fundamental freedoms, competition, directives in general, general principles, *ex officio* application of the EU law). Each participant, in addition to reconstructing the general EU legal framework related to the area of his/her competence, had to provide the other participants, dealing with other areas, with the relevant data from his/her national legal system. As the principle of effectiveness of EU law and its sub-principles and rules have been defined by the CJEU, at first we had to look at the relevant decisions of the latter and then at their implementation by the national judges who made the references and, possibly, by other national judges dealing with the same question.

This approach gives a greater awareness of the interaction between courts in its entirety. National lawyers’ interest is more often focussed merely on the decision of the CJEU and the final actual outcome of the main dispute is not likewise known, but for the lawyers of the Member State from which the reference originated (also because national courts’ decisions are not translated in all the Member States’ languages, unlike the decisions of CJEU, which are also easily accessible to any member of the public through the CJEU’s website). The fact of focusing on the outcome of the case before the national judge – the decision implementing that given by the CJEU – highlights, in particular, the possible ‘distance’ between what the CJEU says in abstract and what the national judge does in the actual case. There can be different scenarios.

In some cases the decision of the CJEU is decisive also with regards to the dispute pending before the national judge, who does not have any margin of discretion in implementing the decision. In other instances the decision merely provides the national judge with general and abstract guidelines to be applied to the case.

The Court of Justice after all does not have jurisdiction on the merits of the main proceedings, but only on the interpretation of EU law. In

particular, even if it renders a decision in which it substantially states the incompatibility of the national law with EU law, the outcome of the dispute, as far as the question raised before the Court of Justice is concerned, is not automatic. The final result depends on possible variables, which are not predictable and sometimes even known or cognizable through the record of the proceedings (such as, for example, the “margin of manoeuvre” given by that national legal system as to the interpretation and application of the national legislative provisions by judges, in general and with specific regard to EU law; the personal attitude of the judge toward the law and the actual case; the context, in its broadest meaning, surrounding the case).

It has to be taken into consideration also the fact that the Court of Justice only answers to that very question referred by the national judge; at the most it can rephrase the question, but it does not have to consider the case from any other possible angle. And not only is its answer conditioned by the specific question raised but it is also based on the information on the case and on the national framework provided by the national judge him/herself; therefore the knowledge of the national context from the CJEU is only partial and indirect.

Furthermore, as the Court of Justice analyses the referred question on the basis of the presentation of the legal framework by the referring judge, it is fundamental that this framework corresponds to the real picture. If not, the decision can be flawed from the start, with repercussions that go beyond the main proceedings, as the CJEU decision is binding on all national courts dealing with the same question.

However it can be difficult to establish whether the decision of the CJEU is strictly conditioned by the specific circumstances of the case or if it can be considered as an application of a more general principle, therefore with a broader scope. In fact very often the decisions of the CJEU do not disclose clearly the *ratio decidendi* and all the controversial questions underlining the case. It can be more exhaustive and useful, in this perspective, to look at possible clues which can be found in the Opinions of the Advocates general, but these are not always, entirely or partly, followed by the CJEU. This is what happens also in cases with the greatest impact, as some of the contributions in this Volume show.

The above mentioned research project in which I took part is representative of these ‘communication’ difficulties. As far as the horizontal effects of EU law are concerned, it is impossible to extrapolate from the CJEU decisions principles and rules coherent and applicable with regard to all the EU sources (provisions of the Treaties, directives, general principles, EUCFR).

Even within the CJEU opinions may differ, as can be seen when looking at the positions taken by some Advocates general. Therefore national judges are uncertain about the solution to adopt in similar, but distinguishable, cases.

Furthermore, depending on the legal system, national judges, in general or in relation to the specific case, can have a different personal attitude toward EU case law, even regardless of the different leeway given to them, and incline toward a given solution rather than another.

Therefore, problems and difficulties of communication in the broad sense can be encountered between the CJEU and the national judges, in both directions (bottom-up, and top-down). These drawbacks are sometimes unavoidable, as inherent to the multilevel structure of the EU legal system and in the different positions of the protagonists. Sometimes the same problems and difficulties do not depend on a mere ‘communication deficit’, but on the lack of shared notions and values. This is one of the reasons why the CJEU sometimes prefers to rely on general principles and flexible criteria, to be defined by national judges, even if the result is not satisfactory in terms of certainty and coherence.

In articulating the subject matter of the conference, and the corresponding proceedings collected in this volume into different sessions, a logical and chronological order was followed. The starting point is the preliminary ruling reference, which is the pillar of the relationship between the CJEU and national judges. We moved from the position of the judges who have to make the difficult decision on whether or not to refer the case to the CJEU (“To refer or not to refer? This is the problem”). Once this decision is made, the national judge has to provide the Court of justice with the national framework (“To paint the picture”). Then the Court of Justice has to interpret the national framework (“To interpret the framework”) and render the decision. The ball comes back to the national judge, who has to transpose the interpretation of the CJEU into internal law (“The art of implementing the decisions of the Court of justice”).

The majority of the contributors are specialized in private law as this is also my area of research and teaching, but one of them is professor of international law and two are judges from the civil and the administrative Italian supreme courts. EU law is pervasive and implies a multi-disciplinary approach; the problems of communication between courts are however transversal and shared by the judiciary as a whole regardless of the subject. Furthermore, at the time of the Conference there were some important questions pending, raised by the Italian Constitutional Court, with regard to the relationship between EU law and the national legal systems. For all these reasons I con-

sidered more than appropriate the involvement in the discussion of representatives from different areas.

After this brief introduction to the subject matter, I would like to thank everyone for their sagacity, collaboration and practical help in this initiative.

A very big thank you to all the speakers, who have prioritised taking part in the Conference to other important engagements and for having contributed with the texts published in this Volume. As well as thanking him for taking part in the Conference, my best wishes go to Raffaele Sabato, who has become the Italian judge of the European Court of Human Rights.

A thank you to the Italian Association of comparative law and to its President Professor Vincenzo Zeno-Zencovich for his support in many matters, not just scientific; thank you Professor Aldo Berlinguer for your availability, encouragement and backing. A thank you to Professor Elise Poillot for her precious scientific help.

My special thanks goes to the President of the Court of Appeal Gemma Cucca, who has allowed us to hold the conference in the courtroom of the Court of Appeal, the most appropriate of locations; to the Dean Professor Del Zompo, University of Cagliari and to the Law Department, to the Director Professor Fabio Botta and to all the technical and administrative staff who have, as always, been of precious help and support.

A special thank you to the Lawyers' Association, its President Aldo Luchi and to Giovanni Dore, who is in charge of the vocational training in supranational law matters. I would also like to thank the School for magistrates and its representatives, judges Giorgio Latti and Giovanni La Rocca; also a thank you to the Presidency of the Consiglio regionale of Sardinia and to the Fondazione di Sardegna, for their financial contribution. A thank you to all those present at the Conference, colleagues, lawyers, magistrates, PhD research students. A hello to my students from my courses in Cagliari and Sassari, where I was a substitute lecturer this year, who could come to the Conference thanks to the Law Department of Sassari.

Finally, my best wishes to the President of the Constitutional Court Giuseppe Tesaro who could not attend the conference due to sudden health problems. A thank you to Professor Gianmario Demuro, Professor of Constitutional law at the University of Cagliari. A few months before the Conference I had asked him if he could present a report but at the time he told me he couldn't guarantee his attendance due to a series of previous engagements, but he promised he would come if in Cagliari. Luckily he was here and wonderfully chaired the morning's session of the Conference in place of Professor Tesaro.

Elise Poillot

*The True Story of the Active Role of Courts in Consumer Litigation:
Introduction to the Speech given by Etienne Rigal*

The following text is a testimony of an ordinary judge, Etienne Rigal, who was tired of deciding cases only on the grounds of the legal arguments that were invoked by the counsels of credit institutions, tired of seeing consumers not challenging unfair terms, not understanding what was happening to them. Facing the maze of laws, aimed at protecting consumers but little understood by the latter, consumers would simply fail to act. So judge Rigal decided to take an active stance, thus becoming not an activist but just a judge wishing to «have the right to make people respect [the law]»¹. Therefore, he randomly selected a case from the files regarding consumer loans piled up on the corner of his desk. This is how the story of the *Cofidis* case² began, one of the most famous cases brought by the “*ex officio* power” of the judge in consumer disputes as well as the second step in the development of a now well-established case law and legal theory of the Court of Justice of the European Union: the active role of courts in consumer litigation³. The speech that follows was delivered by Judge Rigal at the conference that took place in Cagliari on the 1st of June 2019, where it was simultaneously translated into Italian. In order to convey the very essence of the text, it was decided that it would be published in French. The following developments are a short introduction to his speech.

In his speech, Etienne Rigal explained why he sought an interpretation of Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts and he somehow delegated the process of taking a decision to someone else. The main reason

¹ E. CARRÈRE, *Other lives but mine* (translated by Linda Coverdale), London, Serpent's Tail, 2012.

² Case C-473/00 *Cofidis*, EU:C:2002:705.

³ A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Cambridge, Intersentia, 2018, Foreword by E. POILLOT, Introduction by E. RIGAL; *adde, inter alia*, E. MIŠČENIĆ, *The Effectiveness of Judicial Enforcement of the EU Consumer Protection Law*, in Z. Meškić, I. Kunda, D. Popović, E. Omerović (eds), *Balkan Yearbook of European and International Law*, Cham, Springer, vol. 2019.

was that, when deciding such cases, he sat as a single judge. In his opinion, the preliminary request submitted to the Court of Justice of the European Union reflects a personal decision, a personal vision of the case at issue. It puts the referring judge at risk since the interpretation given by the European Court will be binding not only upon the same judge but upon the whole domestic judiciary. Sitting alone, he was in search of “collegiality”. In the specific context of the *Cofidis* case, the preliminary request offered him the possibility to choose the panel he wanted to take part in when deciding the case as well as to request the Court of Justice to hand down an interpretation, thus making it possible to challenge the interpretation of the law given by his national supreme Court. The preliminary request that he submitted was carefully conceived and drafted with a University Professor and other first instance judges he decided to involve in the lengthy and complex process of posing a question to the Court of Justice of the European Union. One could wonder why he, as a judge, as someone whose profession is to decide cases, in a certain sense chose to delegate his decision to another Court. The answer is very simple. What Etienne Rigal expected from the European Court of Justice was not a ruling. He was asking the Luxembourg judges to confirm or override his interpretation of the law. This was no delegation. This was a request to share the power held as a judge, - that of interpreting the law. In Etienne Rigal’s view, law cannot but be the expression of “universalism”. It is inclusive of all individuals, it is the last resort for those who have nothing. The law is a living thing made for the living. In France, judges are told that statutory interpretation simply requires the identification of the literal meaning of the enacted words. As a consequence, French judges do not sufficiently refer to preparatory works. Yet, the objective, or at least one of the objectives of consumer law is to protect the weaker party.

Protecting and affording a fair treatment to citizens, this is, in Etienne Rigal’s opinion, the essence of what law should aim at in a democratic State. This was his state of mind when he sought for the interpretation by the Court of Justice of the European Union in the *Cofidis* case, a case that was, according to him, perfectly tailored for a teleological interpretation. Etienne Rigal was angry. The jurisprudence of the French Supreme Court (*Cour de cassation*) he should have followed in order to decide the case was clearly in breach of European law as it rendered the enforcement of the protection envisaged in Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts excessively difficult. Indeed, the said jurisprudence did not ensure consumers’ effective protection. His anger was stronger than his fear, that

is, the fear that the European Court could take a different view and declare his interpretation ill-founded.

Anger and fear are emotions, but they also play a part in a judge's ruling. Judge Rigal also feared that the efforts of the people who supported him in the process of seeking for a preliminary ruling – Bernadette Ferrarese, the university Professor who acted as his strategist, his colleagues – Juliette Devynck and Philippe Florès, who proof-read the request for interpretation he sent to the European Court of Justice – might collapse. During his speech, Judge Rigal proudly emphasised the collaboration he fostered and carried out with an academic, quite a rare circumstance in France, where the judiciary rarely meets the academia. He also recalled how much he owes to his Spanish colleague from Barcelona Dr Fernandez Seijo, who paved the way for a fairer interpretation of the law on unfair terms. Etienne Rigal also told the audience an interesting anecdote. In the first case (*Océano Grupo*) related to the question whether a national judge could raise of his own motion the issue of the existence of an unfair term in a consumer contract, referred to the European Court of Justice by judge Fernandez Seijo the French government had defended in its written opinion sent to the Court the possibility for the judge to do so, whereas in the *Cofidis* case, the French government took an opposite stance. Clearly, in the *Cofidis* case, it had become a matter of “national pride”. Years later, Etienne Rigal met one of the French government representatives who had drafted the French opinion, who told him how ashamed he had been to be forced to defend a viewpoint he did not share.

There is one last thing that deserves to be said, before letting the reader discover Etienne Rigal's beautiful text. The *Cofidis* case was only the beginning of a new approach, that of the active role of courts in consumer litigation, which became a landmark in the field of consumer law, leading Member States to adapt their procedural systems to the requirements of judges finally empowered to question the existence of unfair terms on their own motion⁴.

To briefly explain how the story started we must go back to 1998, when the case was decided⁵. An action had been initiated by a professional against consumers who purchased encyclopaedias by instalments and failed to pay all the sums due. The purchase contract included an exclusive jurisdiction clause in favour of the seat of the trader in Barcelona, a city where none of

⁴ France, for example, introduced new provisions in its consumer code. Article R-632-1 of the French Consumer Code now imposes a duty on judges to raise an issue on the existence of an unfair term of their own motion.

⁵ Joined cases C-240/98 and C-244/98 *Océano Grupo*, EU :C :2000 :675.

the defendants were domiciled. The referring court considered such a clause to be unfair, in which case it would have had to declare the action inadmissible. The preliminary issue was whether the court was actually empowered to make the finding of unfairness of its own motion. The European norm at stake, Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, did not provide for any such power of the judge. Nevertheless, the Court of Justice of the European Union took the view that «the protection provided for consumers by Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts entails the national court being able to determine of its own motion whether a term of a contract before it is unfair when making its preliminary assessment as to whether a claim should be allowed to proceed before the national courts». This interpretation was grounded on the argument that «the aim of Article 6 of the Directive, which requires Member States to lay down that unfair terms are not binding on the consumer, would not be achieved if the consumer were himself obliged to raise the unfair nature of such terms. In disputes where the amounts involved are often limited, the lawyers' fees may be higher than the amount at stake, which may deter the consumer from contesting the application of an unfair term. While it is the case that, in a number of Member States, procedural rules enable individuals to defend themselves in such proceedings, there is a real risk that the consumer, particularly because of ignorance of the law, will not challenge the term pleaded against him on the grounds that it is unfair»⁶. Therefore, the Court considered that «effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion»⁷. The Court also resorted to article 7 § 1 of the Directive, as it requires Member States to implement adequate and effective means to prevent the continued use of unfair terms. Building on this case law, in the *Cofidis* case⁸ the Court further elaborated that «a national provision which, in proceedings brought by a seller or supplier against a consumer on the basis of a contract concluded between them, prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding, of its own motion or following a plea raised by the consumer, that a term of the contract is unfair». Etienne Rigal made his reference «after finding in *Océano Grupo* the means to challenge the course of domestic law». He, as Emmanuel Carrère, the novelist who made the *Cofidis* story famous beyond lawyers' circles wrote, discovered «the crucial move that

⁶ At point 26 of the case.

⁷ *Ibid.*

⁸ Case C-473/00 *Cofidis*, EU:C:2002:705.

[would] change the tide of the battle»⁹.

The question referred by Etienne Rigal in the *Cofidis* case regarded the conformity of a legal provision (former Article L-311-37 of the French Consumer Code - *Code de la Consommation*), with effective consumer protection. According to such provision, the actions brought before the first instance court (*tribunal d'instance*) had to be «raised within two years of the event which gives rise to them and are otherwise time-barred»¹⁰. Unfortunately for consumers, the French Cour de cassation had interpreted «the biennial foreclosure period in such a way as to cover not only actions by the creditor but also by the borrower, who could no longer contest, under the form of claim or defence, the credit contract on the basis of the breach of the legal formalities set out for the conclusion of the consumer credit contract. The starting date for the calculation of the biennial period was moreover determined as from the date of the conclusion of the contract. The wording and the systematic reading of the provision left doubts as to whether the plea of unfairness [of the contract term] should also be deemed to be covered by the foreclosure period»¹¹. As accurately analyzed by Dr. Anthi Beka in her book on the «Active Role of Courts in Consumer Litigation», the reference done by Etienne Rigal was therefore «a conscious move»¹² (not to say resistance) from a lower court «to change the course of the much criticized case-law of the *Cour de Cassation* and to ensure that it would not be applicable to the plea of unfairness»¹³. The reference made by the national court to the debarment from action when a plea of unfairness was raised, «appears to be a “Trojan” horse to strip consumer law of its protective scope»¹⁴. However, a purposive interpretation could reveal that the true purpose was to prevent accrual of interest and consumer over-indebtedness by inciting the creditor to act promptly and with due diligence.

One argument that was invoked by some French scholars¹⁵ to support the interpretation of the Cour de cassation was that «the foreclosure is a way

⁹ E. CARRÈRE, p. 179.

¹⁰ The wording of the provision when the preliminary request was submitted was: «[...] The actions for payment that are brought before [the first instance] court by reason of default by the borrower shall be time-barred two years after the event giving rise to them occurred [...]».

¹¹ A. BEKA, p. 145.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, at p. 146.

¹⁵ X. LAGARDE, *Forclusion biennale et Crédit à la Consommation. Réforme de l'article L.311-37 du Code de la Consommation*, *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 2002, n° 4, I 106.

to constrain an act of bad faith (*mauvaise foi*) on the part of the consumer, in the case in which he might initiate an action of breach of the formal requirements for the formation of the contract years after the conclusion of the contract with the purpose of obtaining a free credit¹⁶. Although «the objective of combating bad faith being [was] legitimate as such»¹⁷, unfortunately «the restrictive interpretation of the application of the foreclosure period had actually led to unfair results»¹⁸. The interpretation of the moment from which the foreclosure two-year period starts running created «a different treatment between the creditor and the consumer»¹⁹. As a consequence, for the creditor the event giving rise to the dispute was the default on the part of the consumer. For the consumer instead, the triggering effect to raise the breach of the provisions set for her protection was the conclusion of the contract. From a more general perspective, the forfeiture period «was interpreted in such a way as to cover not only actions brought by the creditor but also actions by the borrower, who could no longer contest, either in the form of a claim or defence, the credit contract on the basis of the breach of the legal formalities set out by the law for the conclusion of the consumer contract».²⁰ This created a «procedural imbalance between creditors and consumers»²¹, severely criticized in academia but also by first instance judges because the «creditor could legally initiate action for payment after the elapse of the two-year foreclosure period, while at that stage it would be no longer possible for the consumer to contest payment on the basis of the breach of the legal provisions»²². As rightly pointed out by A. Beka, «this is a vicious effect of deviation from the rule *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, which allows submissions that can no longer be adduced as claims to be invoked as a defence»²³. And such «a deviation is not justified with regard to non-sophisticated parties protected by consumer legislation»²⁴. At that time, another point needed to be clarified: that of the extension of the application of the two-year time-bar period also to the plea of unfairness of a contractual term. When referring the case to the European Court of Justice, Etienne Rigal also intended «to ensure that the objection of unfairness would

¹⁶ *Ibid.*, at p. 147.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, at p. 147.

²⁴ *Ibid.*, at p. 148.

not be subject to the same procedural regime of foreclosure as the plea based on the breach of the provisions on the formalities of the conclusion of the consumer credit contract»²⁵. Should this have been the case, «the national law [would have jeopardised] the effectiveness of Union law on unfair terms»²⁶. As a consequence, the decision of the Court of Justice of the European Union «was given on the basis of the assumption that the foreclosure period also referred to the raising of the plea of unfairness»²⁷.

Judges Fernandez Seijo and Rigal opened fire on the inefficiency of domestic legal systems with regard to consumers' protection in the field of unfair terms²⁸. The decisions rendered by the European Court of Justice in the *Océano Grupo* and *Cofidis* cases encouraged first instance judges to refer preliminary questions of interpretation to the Court of Justice of the European Union. Spanish judges were particularly active in fighting procedural injustice through such means. Since the *Océano Grupo* case, the Court has rendered twenty-three decisions related to the procedural imbalance that struck Etienne Rigal and his predecessors and led them to combat such injustice through preliminary rulings on the ground of articles 6 and 7 of the 93/13/EEC Directive on unfair terms in consumer contracts²⁹. The active role of the Court then expanded beyond the scope

²⁵ *Ibid.*, at p. 149.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ He also sought a preliminary ruling in the *Aziz* case, C-415/11, EU:C:2013:164, a key decision in the field of consumer procedural law, on which see *inter alia* A. BEKA, pp. 130-142.

²⁹ This contribution only refers to cases decided before April 2020. Cases C-168/05, *Mostaza Claro*, EU:C:2002:705; C-243/08, *Pannon GSM*, EU:C:2009:350 ; C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, EU:C:2009:615 ; C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt.*, EU:C:2010:659; C-76/10, *Pohotovost'*, EU:C:2010:685 ; C-472/10, *Invitel*, EU:C:2012:242 ; C-618/10, *Banco Español de Crédito*, EU:C:2012:349 ; C-397/11, *Jörös, Fővárosi Bíróság*, EU:C:2013:340; C-472/11, *Banif Plus Bank*, EU:C:2013:88; C-415/11, *Aziz*, EU:C:2013:164; C-488/11, *Asbeek Brusse and de Man Garabito*, EU:C:2013:341; joined cases C-537/12 et C-116/13, *Banco Popular Español*, EU:C:2013:759; C-348/14, *Bucura*, EU:C:2015:447; C-32/14, *ERSTE Bank Hungary Zrt.*, EU:C:2015:637; C-49/14, *Finanmadrid EFC*, EU:C:2016:98; C-377/14, *Radlinger and Radlingerová*, EU:C:2016:283; C-122/14, *Aktiv Kapital Portfolio*, EU:C:2016:486; C-168/15, *Tomášová*, EU:C:2016:602; C-568/14 à C-570/14, *Fernández Oliva*, EU:C:2016:828; C-421/14, *Banco Primus*, EU:C:2017:60; C-176/17, *Profi Credit Polska*, EU:C:2018:293; C-407/18, *Addiko Bank*, EU:C:2019:537; C-511/17, *Litner*, EU:C:2020:188 (case decided on March 11 2020), the latter case led the Court to somehow limit the scope of the *ex officio* power of the judge by deciding that «Article 6(1) of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts must be interpreted as meaning that a national court, hearing an

of unfair terms. Directive 2008/48/EC on consumer credit³⁰, and more specifically articles 8 et 23 thereof, were also interpreted as imposing an obligation on national courts, that is, to examine, of their own motion, whether the creditor complied with his pre-contractual obligation to assess the consumer's creditworthiness³¹. Directive 99/44/EC on non-conformity led to two different approaches. While national courts are required of their own motion to determine whether the purchaser may be classified as a consumer within the meaning of that directive even if the purchaser has not relied on that status³², and therefore have the obligation to assess the purchaser's "consumer status", it appears that judges are only permitted to substitute of their own motion the reduction of the price, not sought by the consumer, for the rescission of the contract in case of non-conformity of the goods at issue, yet the latter is a power vested in them, not an obligation³³. Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises³⁴, Directive 87/102/EEC on consumer credit³⁵ and Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices were also the battlefield with a view to achieving efficient consumer protection, yet the victories were less spectacular in this field. In the *Rampion and Godard* case, regarding Directive 87/102, national judges were only allowed «to apply of their own motion the provisions transposing Article 11(2) of Directive 87/102 into national law»³⁶. With regard to Directive 2005/29,

action brought by a consumer seeking to establish the unfair nature of certain terms in a contract that that consumer concluded with a professional, is not required to examine of its own motion and individually all the other contractual terms, which were not challenged by that consumer, in order to ascertain whether they can be considered unfair, but must examine only those terms which are connected to the subject matter of the dispute, as delimited by the parties, where that court has available to it the legal and factual elements necessary for that task, as supplemented, where necessary, by measures of inquiry» and «article 4(1) and Article 6(1) of Directive 93/13 must be interpreted as meaning that, while all the other terms of the contract concluded between a professional and that consumer should be taken into consideration in order to assess whether the contractual term forming the basis of a consumer's claim is unfair, taking such terms into account does not entail, as such, an obligation on the national court hearing the case to examine of its own motion whether all those terms are unfair».

³⁰ Repealing Directive 87/102/EEC.

³¹ Case C-679/18, *QPR Finance*, EU:C:2020:167.

³² Case C-497/13, *Faber*, EU:C:2015:357.

³³ Case C-32/12, *Duarte Hueros*, EU:C:2013:637.

³⁴ Repealed by the 2011/83/EU Directive on consumer rights, case C-237/08, *Martin Martin*, EU:C:2009:792.

³⁵ Repealed by the 2008/48/EU Directive on consumer credits. Case C-429/05, *Rampion et Godard*, EU:C:2007:575.

³⁶ Case C-429/05, *Rampion et Godard*, EU:C:2007:575. It should however be stressed

the Luxembourg judges responded negatively to the question of a Spanish court asking whether a law that does not provide for the review by the courts of unfair commercial practices, whether of their own motion or at the request of one of the parties, is contrary to Article 11 of that directive because that national legislation hinders or prevents review by the courts of contracts or acts which may contain unfair commercial practices. This judgement could certainly be perceived as a halt in the development of the theory of the active role of courts in consumer litigation³⁷. But we should recall that the Court is bound by the objective of the legislation it is called to interpret. From that standpoint, undisputedly Directive 2005/29 on unfair commercial practices does not have the same purpose as Directive 93/13 on unfair terms. Directive 2005/29 «is purely concerned with regulating the conduct of traders in their dealing with consumers»³⁸, and «consequently, the enforcement of the prohibitions in the [Directive] is viewed as primarily a matter for public bodies and other organisations with an interest in combating unfair commercial practices to take legal action and/or complain to a relevant administrative authority»³⁹. In contrast, Directive 93/13 «offers a good example of an insurance-like, welfarist approach to consumer protection»⁴⁰. Moreover, it provides a sanction for the infringement of its provisions, which is not the case with Directive 2005/29. Whilst Directive 93/13 seeks to address the inequality of power between the parties that is created by the unfair term, Directive 2005/29 only seeks to put an end to unfair practices, without an impact on the validity of the contract. This certainly shows the difference in said approaches. Besides, as previously observed, the CJEU recently took a rather socially sensitive approach to consumer

that the judge did not give the Court the opportunity to decide that there was an obligation to raise of his own motion the provision at stake, by not referring in the question posed to the Court to an obligation.

³⁷ Case C-109/17, *Bankia*, EU:C:2018:735.

³⁸ G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, 2018, p. 85. It should however be noted that the newly passed Directive 2019/2161 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules aims to improve the effectiveness of consumer protection by establishing criteria related to the penalties that should be imposed on rogue traders, meaning that the enforcement of Directive 2005/29 prohibitions is now viewed as a matter of EU interest. Therefore, the Court of Justice of the European Union could take a different interpretive approach in the future.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.* at p. 131.

protection in a case regarding Directive 2008/48 on consumer credit⁴¹ by imposing on national courts the duty to raise of their own motion the issue of whether the creditor complied with his pre-contractual obligation to assess the consumer's creditworthiness. The decision is rather interesting because the EU's consumer policy in the field of consumer credit «has not necessarily been to increase credit consumption; rather it has sought to promote competition and ensure consumers have a transparent choice on fair conditions»⁴². The theory advocating the active role of courts in consumer litigations is still thriving.

With the *Océano Grupo* and *Cofidis* cases, the seeds of an effective procedural protection of consumers had been sown. And indeed, the battle fought by these judges has not only forged a Europeanized model of the legal framework for an active consumer protection by the courts, it has also stood as a pillar of procedural consumer law, touching upon a fundamental aspect of civil procedure. After the *Océano Grupo* and *Cofidis* cases, the narrative of consumer procedural law has evolved, and will continue to evolve, to incorporate the specific aspects of consumer law into the procedures themselves and how the same affects different types of proceedings (namely payment, insolvency and mortgage cases). And in fact, the theory developed by the Court of Justice of the European Union has transformed the judicial mind-set in different jurisdictions. It has revealed how seemingly technical, procedural rules can encompass a humanized perception of procedures. Behind the courts' procedural rulings, the *ex officio* theory allows citizens' true stories to unfold before the judges' eyes and allows courts, be they the Court of Justice of the European Union or a first-instance national court, to take on the role of "guardian of EU fundamental rights". The need for such a guardian, and the courts' assumption of that role, is more crucial than ever because the on-going crisis transcends finance and now strikes at the very pillars of the Member States' and EU's policies; the courts' application of this theory in consumer law makes it plain that, contrary to some frequently expressed opinions, EU law is not a disembodied set of rules interpreted by judges far removed from citizens' daily life. This is another of Etienne Rigal's victories, one that exceeds the technical aspects of the law, the happy ending of a true story.

⁴¹ Case C-679/18, *QPR Finance*, EU:C:2020:167.

⁴² G. HOWELLS, C. TWIGG-FLESNER, T. WILHELMSSON, p. 215.

Etienne Rigal

The True Story of the Active Role of Courts in Consumer Litigation

La question que j'avais posée était celle de la conformité d'un délai de forclusion de deux ans avec la finalité de la directive 93/13/CE, ce délai courant du contrat écoulé interdisant au juge de faire valoir le caractère abusif d'une clause.

La Cour de cassation française interdisait le relevé d'office et imposait un bref délai de forclusion pour ce qui était du constat de violations de la loi par les organismes de crédit à la consommation. Il s'agissait d'une pratique bancaire qui laissait croire à un crédit gratuit (le contrat était présenté avec le titre «Offre gratuite de réserve d'argent») quand il était remboursable selon un intérêt annuel de 17%. Ce faisant la Cour rendait inefficente la protection du consommateur pourtant recherchée par la loi communautaire, en cela transcrite par la loi française. Permettez-moi un hommage et des remerciements en préambule à cette intervention. Hommage à notre collègue juge à Barcelone qui a le premier pris l'initiative de saisir la CJEU d'une question préjudicielle quant à l'office du juge en matière d'éradication d'une clause abusive dans l'affaire *Océano Grupo*. Il est le pionnier, le seul père de cet élan des juges vers le droit communautaire de la consommation et la Cour. Je lui voue une estime et une reconnaissance éternelle. Je sais le risque qu'il a pris dans un domaine jusqu'alors inexploré. J'ai peut-être été le second de cordée, mais il restera le guide.

Il m'est aujourd'hui demandé de partager mon expérience et je veux tout d'abord parler de l'idée même de la question préjudicielle avec cette caractéristique que je suis un juge questionnant mais également le membre d'une institution interrogée pour avis. Juge questionnant car j'ai saisi le CJEU, mais également la Cour de cassation française en 2016 et 2017. Membre questionné car j'exerce les fonctions de vice-président de la commission des clauses abusives, saisie par des juges pour avis.

Le premier constat que je veux faire est celui que les questions préjudicielles posées d'office émanent de juges statuant seuls et non en collégialité. Il y a sans doute dans le fait d'interroger l'expression d'un engagement personnel et d'un risque qui ne peuvent relever que d'une démarche individuelle. J'ajoute que parfois et ce fût mon cas, la juridiction communautaire est

saisie dans le contexte d'une résistance à une jurisprudence nationale. Il y a dans la collégialité un apport de raison et c'est essentiel, mais poser une question ressort également et pour partie au moins d'une part de passion. Telle est du moins mon expérience. Il y a là la part du juge et cette part personnelle peut être difficilement partageable avec ceux que le seul tableau de service a désigné comme nos partenaires. La collégialité qui m'était nécessaire a été une collégialité choisie, un partage avec une universitaire et des juges d'instance ayant les mêmes aspirations.

Le second point sur lequel je veux m'arrêter est le suivant: pourquoi interroger et ce faisant déléguer la décision à autrui ? Le métier du juge est évidemment celui de juger, d'interpréter le droit et il n'y a pas lieu de se décharger de cette fonction sur autrui. L'an passé au sein de la commission des clauses abusives nous avons été interrogés par un juge qui d'évidence nous confiait son dossier qu'elle ne savait ou ne voulait pas traiter; je dois dire à quel point j'ai trouvé cela désagréable.

La démarche juste à mon sens est celle de présenter une interprétation choisie, une analyse et de la soumettre à la validation, ici pour ce qui nous réunit, de la Cour européenne.

Je reste juge et ce faisant interprète mais dans une démarche déontologique qui s'inscrit dans la hiérarchie des juridictions.

Là encore, il y a deux étapes qui renvoient, d'une part, à la part individuelle du juge et, d'autre part, au collectif des juridictions.

Comme membre de la commission des clauses abusives, j'ai ce même sentiment de partage lorsque saisis pour avis d'un juge dans sa question nous confirmons sa proposition d'interprétation. Je sais à quel point mon collègue s'est investi et je reçois la part de confiance qu'il nous a fait. Il a été plus douloureux de ne pas le suivre quand tel a été notre avis.

Je voudrais dire mon attachement au droit comme outil d'universalisme; j'aime ce mot universalisme que j'entends de moins en moins prononcé en France. J'aime penser que le droit est ce qui reste à celui qui n'a rien et je voudrais faire miens ces mots d'un juriste qui est ma référence, Paul Bouchet, qui nous appelle nous les juges à «faire du droit une matière vivante pour les vivants».

Je suis d'un pays dont la tradition est celle d'une interprétation essentiellement littérale du droit. Je continue de m'étonner que la Cour de cassation au travers de ces arrêts mais même de leurs rapports préalables, ne cite que trop rarement les travaux préparatoires des lois. La finalité ou plutôt une des finalités des directives et lois nationales en droit de la consommation est celle de la protection de la partie faible au contrat. Protéger, équilibrer, je

retrouve là une valeur universelle, je crois même le fondement primaire de l'existence du droit dans une démocratie.

L'interprétation finaliste favorable au consommateur me semblait offerte par la Cour à la lecture de l'arrêt *Océano Grupo*, sans lequel nous n'aurions pas agi. Bernadette Le Baut Ferrarese défendait l'idée que l'autonomie processuelle des Etats devait être limitée quand elle contrevenait à l'objectif protecteur des directives.

Par prudence, nous avons souhaité dans un premier temps rester dans le champ de la directive "clauses abusives" et non dans celui de celle relative au crédit à la consommation, alors même que les contrats concernés étaient des crédits revolving. D'abord parce que nous avions ce précédent *Océano Grupo*. Plus encore parce que l'article 5 de la directive "clauses abusives" instaurait une obligation de résultat qui nous semblait solidifier notre interprétation. J'en rappelle les termes: *«Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux»*.

Tout cela nous a guidés et face à la jurisprudence française de l'époque, il nous a semblé que seule la Cour pouvait permettre à notre droit de retrouver sa vocation et son efficacité protectrice.

Je dois ici rappeler quelle était l'état de la jurisprudence française.

Il était inséré à la loi relative au crédit à la consommation une disposition interdisant l'action en justice au-delà d'un délai de forclusion de deux années courant de l'événement fondant le procès. L'intention du législateur était celle d'obliger les banques à agir sans tarder en présence d'impayés, afin de ne pas laisser le consommateur s'installer dans son défaut de paiement. Cependant, la Cour de Cassation avait étendu le champ d'application du délai de forclusion aux actions en contestation du contrat et interdisait tout contrôle de la régularité du contrat deux ans après sa formation. Par ailleurs, elle interdisait le relevé d'office par le juge des irrégularités.

Ma colère était née de cela, d'une jurisprudence de ma Cour de cassation nationale qui de fait rendait inefficace la protection du consommateur telle que l'avait exprimée la CJEU dans l'arrêt *Océano Grupo*. Colère également d'une pratique bancaire qui laissait croire à un crédit gratuit (le contrat était présenté avec le titre en grands caractères rouges «Offre gratuite de réserve d'argent»), quand il était remboursable selon un intérêt annuel de 17%, ce taux étant mentionné au verso du contrat et en caractères si petits qu'ils étaient difficilement lisibles.

Faire vivre le droit par une autre interprétation: la colère plus forte que la

peur, une colère mêlée de respect, celui de la hiérarchie des cours. Et le juge ne devait rien dire de cet abus tel les trois singes chinois...

La colère est une émotion, là encore la part du juge et à dire vrai, une autre émotion nous habitait, la crainte, disons le même, la peur.

Peur du juge orgueilleux d'être désavoué et de passer pour un incompetent. Plus encore, peur de figer le droit dans le sens contraire à celui de nos interprétations et de ruiner les efforts de tous ceux qui se retrouvaient avec nous dans cette résistance, avec ses enjeux. C'est là que nos propres réticences, nos hésitations et freins personnels ont été les plus présents.

Outre la conviction juridique forte et orgueilleuse que notre raisonnement était rigoureux, ce qui a emporté notre décision, la mienne, c'est l'affirmation que l'éthique qui s'imposait au juge devait me conduire à me soumettre à l'avis de la Cour européenne. Le juge ne tire sa légitimité que de son respect des normes et des autorités normatives. Je me devais à ce respect.

Cela ne devrait pas être dit mais ce sentiment, cette peur était bien présente et m'est resté pendant les deux années d'attente de l'arrêt, fluctuant au gré de l'avis nous confortant de la commission, mais également de l'avis défavorable de l'avocat général, lequel contestait le caractère abusif des clauses.

Une petite anecdote. Le gouvernement français en des termes très forts et résolu avait pris parti pour le relevé d'office dans le cadre des échanges préalables à l'arrêt *Océano Grupo* et je m'attendais à son soutien dans l'affaire *Cofidis/Fredout*, après tout notre point de vue ne critiquait pas la loi mais son interprétation de celle-ci par les juges. Mais l'orgueil n'affecte pas que le juge et la France a défendu son droit, développant des arguments qu'elle avait précédemment rejetés. Plus tard, j'ai rencontré un des rédacteurs de cet avis, il m'a dit sa gêne car, à titre personnel et comme ses collègues, il soutenait notre point de vue.

Je veux insister sur le lien entre juges et chercheurs en droit et, ici à l'instant d'un colloque nous réunissant, témoigner de la disponibilité des universitaires lorsque nous, juges, les invitons à nous rejoindre dans la mise en œuvre du droit réel. En France, il est rare que le magistrat requière l'aide du professeur, chacun sa chapelle; c'est une erreur tant nous nous complétons. Mon universitaire aidante se nomme Bernadette Le Baut Ferrarese et je n'ai aucune difficulté à dire qu'elle a été la rédactrice de la part communautaire de mes jugements interrogeant la Cour, elle a été la spécialiste sans laquelle je n'aurais pu agir. Elle fût la stratège, j'ai été le tacticien et celui qui a mené la charge.

J'ajoute que ces jugements ont préalablement été lus, corrigés et au final co-écrits par deux autres juges d'instances Juliette Devynck et Philippe Flores.

Je crois en cette nécessité d'un travail partagé, collégial et dans le même temps, je vois que l'initiative doit parfois passer par une décision solitaire. Alors va pour la collégiale choisie, d'appartenance.

Quelques mots sur la procédure française s'agissant des questions préjudicielles.

Je dois d'abord dire que le juge français a cette chance d'être libre dans ses jugements et notre hiérarchie n'a pas à être informé de notre volonté préjudicielle, le serait-elle qu'elle s'interdirait de réagir.

Le jugement rendu, je l'ai simplement communiqué pour information au président de mon tribunal, qui ne m'en a d'ailleurs rien dit.

Nous rendons des jugements ouvrant droit à appel, si l'affaire concerne une créance de 4000 euros ou plus, mais si la somme demandée est moindre, seul un pourvoi en cassation est ouvert aux parties.

Au surplus, ce pourvoi n'est pas recevable contre un jugement avant dire droit, tel celui posant une question préjudicielle.

J'ai donc choisi un dossier de moins de 4 000 euros, sachant qu'aucun recours n'était possible contre mon jugement interrogeant la Cour européenne.

L'étape essentielle a été celle du choix de l'affaire.

Souhaitant me fonder sur la directive "clauses abusives", il a fallu trouver un crédit dont la clause financière était de mon point de vue trompeuse et la contrat LIBRAVOU répondait à mon sens à cette exigence, tant dans sa présentation et son intitulé, il pouvait laisser croire à une "réserve d'argent" gratuite.

Enfin, j'ai choisi une instance au cours de laquelle le débiteur n'avait pas comparu, par souci de ne pas perturber un plaideur m'ayant par exemple demander des délais de paiement et qui se serait vu sans réponse durant deux années et n'y aurait sans doute rien compris.

Mon choix s'est donc arrêté sur ce contrat LIBRAVOU proposé par COFIDIS et qui me semblait scandaleux en sa présentation. Parmi mes dossiers de ce prêteur, celui octroyé à Monsieur Jean Louis Fredout remplissait toutes mes conditions et c'est avec un frémissement d'excitation que je l'ai reçu.

Ce choix fait, il a fallu être patient, informer les parties de la possibilité d'une question préjudicielle et recueillir leurs observations. L'avocat de COFIDIS ignorait l'existence de telles questions et m'a dit ne rien avoir à en dire, le temps de la rédaction du jugement est venu et je l'ai vécu avec un grand enthousiasme.

La question que j'avais posée était celle de la conformité d'un délai de forclusion de deux ans avec la finalité de la directive, ce délai courant du

contrat, écoulé interdisant au juge de faire valoir le caractère abusif d'une clause. La réponse de la Cour a été au-delà de la question posée. Dès lors que le relevé d'office a été reconnu comme pouvant s'exercer sans délai. Il me semble que cette affirmation limpide, très forte et de portée générale était peut-être la part du juge de la Cour, comme une invitation à poursuivre. Je n'ai pas été le seul à l'entendre ainsi. Conforté par l'avis favorable apportée par la Commission dans l'affaire *Cofidis*, j'avais saisi la Cour, d'une seconde question ayant trait au pouvoir du juge de relever d'office des violations non plus à la directive clauses abusives, mais à celle ayant trait au crédit à la consommation et l'affaire devait être plaidée en décembre 2002. C'était le second étage de notre démarche déterminée mais prudente, un pas après l'autre. L'affaire devait être plaidée en décembre 2002 et le juge rapporteur a invité les parties à se référer à l'arrêt *Cofidis/Fredout* rendu quelques jours plus tôt. Une semaine avant cette audience à Luxembourg la banque s'est désistée de son procès devant ma juridiction, mettant fin au litige et dessaisissant ainsi la Cour communautaire.

Il a fallu réinterroger la Cour et Philippe Flores l'a fait, conduisant la Cour à l'arrêt *Rampion* du 4 octobre 2007. J'en rappelle le dispositif : «La directive 87/102, telle que modifiée par la directive 98/7, doit être interprétée en ce sens qu'elle permet au juge national d'appliquer d'office les dispositions transposant en droit interne son article 11, paragraphe 2». Là encore, Philippe s'est interrogé, devait-il poser la question en terme de devoir du juge de relever d'office, qui était notre point de vue ou de simple pouvoir; la prudence est restée de mise et il n'a franchi que la première marche, celle du pouvoir. La Cour a répondu à cette seule question, laissant un débat entre juges français, les tenants du devoir et ceux du pouvoir. La cordée doit se continuer sur ce point.

J'ai parlé de moi au moment de questionner et de ma part personnelle, je vais continuer et dire que j'ai reçu ma part en retour, au travers du sentiment d'avoir été un bon juriste, d'avoir été utile. Philippe Flores, mon ami, a plus tard lui-même interrogé la Cour sur la question du relevé d'office, là aussi dans un jugement nous réunissant. Quand la réponse également positive lui est parvenue, il m'a écrit ce message: «La Cour a statué, tu sais, maintenant, je peux prendre ma retraite». Son devoir était accompli et lui comme moi vivons avec cette satisfaction.

Quelques mots pour finir des suites de ces cet arrêt *Cofidis/Fredout* et *Rampion*.

Dès avant l'arrêt *Cofidis* et au vu des débats devant la Cour, le législateur français par la loi du 11 décembre 2001 a limité l'application du délai

de forclusion aux actions en paiement consécutives à une défaillance de l'emprunteur. Dès lors, les actions intentées par le consommateur-emprunteur ou les exceptions relevées par le juge ne relevaient plus de ce délai. La loi du 3 janvier 2008 a fait suite à l'arrêt *Rampion* créant un article l'article L. 141-4 du code de la consommation, qui énonçait que «le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application».

Appendix to
«The true story of the active role of courts in consumer litigation»:
case C-473/00, Cofidis SA v Jean-Louis Fredout,
Opinion of Advocate general Tizzano 18 April 2002 and
Judgement of the CJEU 21 November 2002

OPINION OF ADVOCATE GENERAL TIZZANO
delivered on 18 April 2002 (1)

Case C-473/00
Cofidis SA
v
Jean-Louis Fredout

(Reference for a preliminary ruling from the Tribunal d'instance de Vienne (France))

(Directive 93/13/EEC - Unfair terms - Judicial review - Limitation period - Compatibility with the Directive)

1. In accordance with Article 234 EC, the Tribunal d'instance de Vienne (District Court, Vienne), France, asked the Court, by judgment of 15 December 2000, whether Directive 93/13/EEC (2) precludes a national provision which prescribes a limitation period of two years for a national court, either of its own motion or on application by the consumer when defending an action, to determine whether any term included within a standard contract made between a seller or supplier and a consumer is an unfair term. (3)

I - Legal framework

A - The relevant Community provisions

2. Article 1 of the Directive provides:

'1. The purpose of this Directive is to approximate the laws, regula-

tions and administrative provisions of the Member States relating to unfair terms in contracts concluded between a seller or supplier and a consumer.

2. The contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the provisions or principles of international conventions to which the Member States or the Community are party, particularly in the transport area, shall not be subject to the provisions of this Directive’.

3. Article 2 of the Directive provides:

‘For the purposes of this Directive:

(a) “unfair terms” means the contractual terms defined in Article 3;

(b) “consumer” means any natural person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession;

(c) “seller or supplier” means any natural or legal person who, in contracts covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession, whether publicly owned or privately owned’.

4. Article 3 of the Directive provides:

‘1. A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

2. A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract. ...

3. The annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair’.

5. Article 4 of the Directive provides:

‘1. Without prejudice to Article 7, the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all the circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent.

2. Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither

to the definition of the main subject-matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language’.

6. Article 5 of the Directive provides:

‘In the case of contracts where all or certain terms offered to the consumer are in writing, these terms must always be drafted in plain, intelligible language. Where there is doubt about the meaning of a term, the interpretation most favourable to the consumer shall prevail. ...’.

7. Under Article 6(1) of the Directive:

‘Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms’.

8. Article 7(1) of the Directive provides:

‘Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers’.

9. Article 8 of the Directive provides:

‘Member States may adopt or retain the most stringent provisions compatible with the Treaty in the area covered by this Directive, to ensure a maximum degree of protection for the consumer’.

10. In accordance with Article 3(3), the annex to the Directive contains an indicative list of terms which may be regarded as unfair. These include those having the object or effect of ‘irrevocably binding the consumer to terms with which he had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract’ [point ‘i’].

B - *The relevant national provisions*

11. In French law, the provisions on unfair terms are the subject-matter of Chapter II (‘Unfair terms’) of Title III (‘General conditions of contract’) of Book I (‘Information for consumers and formation of contracts’) of the

Consumer Code (hereinafter 'the Code'). Those provisions include Article L. 132-1, as amended by Law No 95-96 of 1 February 1995 implementing the Directive, which is found in Section I ('Protection for consumers against unfair terms') of Chapter II. This provision defines the concept of unfair terms in accordance with the Directive and its annex contains an illustrative list of terms which is the same as that appearing in the annex to the Directive. It also states that such terms are to be deemed not written, meaning - as the court making the reference explains - that they are null and void. Like the Directive, Article L. 132-1 does not prescribe time-limits for any action for nullity; however, under the general rules of contract law, such actions may be brought for up to five years. (4) On the other hand, there is no time-bar on a defence of nullity: (5) in other words, a consumer may at any time plead that a term relied upon in an action brought against him by a seller or supplier is unfair.

12. The Civil Code also makes separate and specific provision for consumer-credit contracts. This is the subject-matter of Chapter I ('Consumer credit') in Title I ('Credit') of Book III ('Debt'), and it largely repeats the provisions of Law No 78-22 of 10 January 1978 on consumer information and protection relating to certain credit transactions, also known as the '*Scrivener Law*', which is intended to limit the great number of cases relating to the countless consumer-credit contracts made each year. To that end, the *Scrivener Law* seeks to avoid case-by-case consideration of whether the parties to such contracts had actually given genuine consent and requires the use of wording that will ensure better consumer information and simplify the courts' task of verifying the lawfulness of contracts. In particular, Article L. 311-13 of the Code provides that the document whereby the consumer is offered a consumer-credit contract must be written in accordance with standard model contracts prescribed by the Banking Regulation Committee, following consultation with the National Consumer Council. These model contracts were then prescribed by decree (6) and are now contained in an annex to the first paragraph of Article R. 311-6 of the Code; the latter provision reads:

'The initial offer of a loan as specified in Article L. 311-8 [now Article L. 311-13] shall include the particulars given in that standard model which, of those annexed to this Code, corresponds to the credit transaction offered'. (7)

13. Of the model contracts shown in the annex to Article R. 311-6 of the Code, No 5 is for an 'initial offer of new credit, to be used in instalments and accompanied by a credit card', that is to say, precisely the type of

contract under discussion in this action and referring to a credit transaction known in France as ‘*crédit permanent*’ (renewable credit).

14. The second paragraph of Article R. 311-6 of the Code provides:
 ‘This document [that is to say, the initial offer of a loan] shall be set out clearly and legibly. It shall be in characters the height of which may not be less than eight-point’.

15. The national court does not refer to the above consumer-credit requirements but does note that, in a recommendation of 17 December 1991 (hereinafter the ‘Recommendation’), (8) which was adopted to make consumer-credit contracts clearer and more comprehensible, the Commission on Unfair Terms - a body within the ministry with responsibility for consumer protection, responsible for proposing the removal or amendment of unfair terms in standard contracts (9) - suggested, firstly, that ‘all contractual terms should be above the signatures of the parties’ (point I-1) and, secondly, that ‘contractual documents should be printed in characters the height of which is not less than eight-point’ (point I-3) meaning, according to the national court, in a print size of not less than 3 mm in height. (10)

16. The rules on consumer-credit contracts also prescribe the specific consequences of a failure by a lender to comply with the formalities which, as I have just noted, are laid down for this purpose. In particular, Article L. 311-33 of the Code provides:

‘A lender who grants credit without making the borrower an initial offer which meets the conditions specified in Articles L. 311-8 to L. 311-13 shall forfeit entitlement to interest and the borrower shall be required to repay only the capital, in accordance with the time schedule provided ...’.

17. Article L. 311-34 of the Code further provides that a lender failing to comply with the formalities set out in Articles L. 311-8 to L. 311-13 is to incur a fine of FRF 12 000.

18. I should also point out that Article L. 311-37 of the Code - which is the article specified in the question referred for preliminary ruling: it is in Section VIII (‘Procedure’) of Chapter I, on consumer credit, which includes those articles of the Code to which I have referred above - in the version in force at the time of the facts material to the main proceedings, provided:

‘The Tribunal d’instance shall have jurisdiction in disputes which arise from application of the present chapter. Actions brought before the Tribunal d’instance shall be time-barred two years after the event giving rise to them ...’.

19. According to the French case-law cited by the national court, the two-year period for challenging formal irregularities in a consumer-credit contract runs from the date on which the contract is made; furthermore, that period applies both to the bringing of the action and to any pleas in defence, and it is binding on a court which establishes such irregularities of its own motion. It has also been shown that this period cannot be either suspended or interrupted (it is a ‘*délai préfix*’ or strict time-limit).

20. Lastly, it should be noted that Article 16(II-1) of Law No 2001-1168 of 11 December 2001 making urgent provisions for financial and economic reform (hereinafter ‘Law No 2001-1168’) (11) makes the following addition to the second sentence of Article L. 311-37, effective for contracts made after promulgation of that law (see Article 16(II-3):

‘Actions for payment that are brought before that court following non-performance by the borrower shall be time-barred two years after the event giving rise to them.’ (12)

21. During the hearing before this Court, the French Government stated that Article 16(II-1) of Law No 2001-1168 is simply a provision to ‘interpret’ (13) Article L. 311-37, intended to make it clear that the period prescribed by the latter does not apply to any action other than one brought by the lender where the borrower fails to perform, and in particular does not apply to actions seeking to establish that certain terms are unfair.

22. During the hearing, it also became evident that, since most actions concerning consumer-credit contracts do in fact relate to the borrower’s failure to pay, the legislature has sought by means of these amendments to restrict the risk of excessive indebtedness for the borrower by prescribing a period which, it seems to me, essentially begins to run as soon as any repayment instalment is not paid and within which the lender must bring judicial proceedings to secure compliance with the contract.

II - The facts and the question referred

23. By a contract of 26 January 1998, Cofidis SA, a credit institution

(hereinafter 'Cofidis'), granted to Mr Jean-Louis Fredout the opening of a credit usable in instalments and accompanied by a credit card, repayable by monthly instalments and subject to a contractual rate of interest of 15.48% on a debit balance of less than FRF 30 000 and of 14.40% on the remainder. As the borrower failed to pay some of the monthly instalments by the due dates provided, on 24 August 2000 the credit company brought an action before the Tribunal d'instance de Vienne for payment of the total amount owed. The defendant did not make an appearance.

24. In examining the text of the contract, the national court observed of its own motion that the terms relating to contractual interest and to the late-payment penalties (hereinafter the 'financial clauses') had to be regarded as unfair, and thus null and void, since they 'lack legibility' and were so placed within the contract document (a single sheet printed on both sides) that it could not be guaranteed that Mr Fredout had been able to take cognisance of them. The Tribunal d'instance pointed out that, for the contract in question, Cofidis used a sheet printed on both sides on which the borrower's signature was on the front of the contract and, therefore, in breach of the provisions of the Recommendation of 17 December 1991, (14) came before the financial clauses featured on the back. Furthermore, those terms were printed in a type-size smaller than the minimum size required to ensure legibility; again on the front of the contract, there was a heading in large letters 'free application for money reserve', which the Tribunal d'instance considered might mislead the consumer but, in addition, the amount of the 'money reserve' and the amount of the monthly repayment instalments were stated but with no indication of the number of those instalments or, hence, of the total cost of the sum placed at the consumer's disposal.

25. The Tribunal d'instance therefore invited the applicant to provide clarification concerning the irregularities which, in its opinion, vitiated the contract. According to the order for reference, Cofidis observed that, under Article L. 311-37, which applies to all disputes regarding consumer-credit contracts, the court could no longer of its own motion raise any irregularities since those related to a consumer-credit contract that had been entered into more than two years before the action was brought.

26. Thus, in view of the fact that the period prescribed in Article L. 311-37 relates to the bringing of proceedings and also to any pleas in defence that consumer-credit contracts are unlawful, and given that it is

binding upon a court which of its own motion raises the unlawfulness of such contracts, and in view of the fact that - according to French case-law - that would also preclude a finding of nullity under ordinary law, (15) the Tribunal d'instance ruled that it could not annul an unfair term included in a consumer-credit contract in a case in which that period of time had expired before the application was made to the court. In that connection, however, the national court entertains doubts as to whether Article L. 311-37 is in accordance with the Directive, having regard, on the one hand, to the provisions of Article 6(1) of the Directive and, on the other, to the fact that the list of unfair terms annexed to the Directive also includes terms that have the object of 'irrevocably binding the consumer to terms with which he had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract' [point 'i']. The Tribunal d'instance de Vienne therefore considered it proper to refer a question to the Court of Justice for a preliminary ruling; having first stated that: 'Since the protection conferred by Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts implies that a national court, applying provisions of national law previous or subsequent to that directive, is to interpret them so far as possible in the light of the wording and purpose of the latter', the Tribunal d'instance then asked:

'Does that requirement of an interpretation in conformity with the system of consumer protection under the Directive require a national court, when hearing an action for payment brought by a seller or supplier against a consumer with whom he has contracted, to set aside a procedural rule on pleas in defence, such as that in Article L. 311-37 of the Code de la consommation, in so far as it prohibits the national court, either on the application of the consumer or of its own motion, from annulling any unfair term which vitiates the contract where the latter was made more than two years before the commencement of proceedings, and in so far as it thereby permits the seller or supplier to rely on those terms before a court and base its action on them?'

III - The jurisdiction of the Court of Justice

27. Cofidis and the French Government have questioned whether the question referred is appropriate and, hence, whether the Court of Justice is competent to answer it. This matter must therefore be considered as a preliminary.

A - Summary of the arguments of the parties

28. The French Government, like Cofidis, maintains that the Tribunal d'instance was mistaken in holding that the period prescribed in Article L. 311-37 applies to the matter of unfair terms inasmuch as it confused the rules on consumer-credit contracts with the system for protecting consumers against unfair terms. In spite of what the Tribunal d'instance seems to suggest, Article L. 311-37 - which is part of Book III of the Code - has nothing to do with the rules on unfair terms covered in Book I of the Code and there is therefore nothing to support the argument that the legislature intended to extend the two-year limitation period to the issue of whether a term is unfair, even if it is included in a consumer-credit contract. (16) In cases such as this, however, it still holds true that an action or a defence of nullity is governed by the provisions of ordinary law in respect of time-limits. On the other hand, although the link assumed by the national court between the two sets of rules has not been confirmed by the Cour de cassation, which has not yet given a ruling in the matter, (17) this appears to be completely contradicted by the authentic interpretation of Article L. 311-37 recently given by the French legislature, (18) which - albeit with a new feature which is subsequent to the facts which are the subject of the main action - has stated that the two-year period which it prescribes applies only to actions brought by a lender following nonfeasance on the part of the borrower.

29. Cofidis argues along similar lines, noting additionally that, within the context of the rules on consumer-credit contracts, the provision of a special period of two years, instead of the usual five, relates only to objections on formal irregularities in the document as compared with the regulation model. That period of time meets obvious requirements of legal certainty and is a counterbalance to rules which are quite pervasive: by prescribing that period, the legislature intended to prevent a borrower from being able to make indefinite use of the credit granted with the intention of first making use of it and then complaining that he has been the victim of a formal irregularity committed when the offer was made. That said, where in a case such as this a contract has been made more than two years previously, in accordance with model No 5 as specified in Article R. 311-6 of the Code, (19) the Tribunal d'instance could not have examined whether the contract is lawful, as the two-year period laid down in Article L. 311-37 had expired. Instead, the Tribunal d'instance reclassified the financial clauses of the contract as 'unfair' because of the formal irregularities by which it considered the contract to be

vitiated, and was then able to justify applying the rules on unfair terms and consequently to object that the brevity of the limitation period provided for in that regard was at variance with the Directive.

30. Cofidis, however, does not exhaust its arguments with these objections regarding the general rules; it adds that the question referred is entirely irrelevant to the situation which is the subject-matter of the main action in two further respects, namely that in this case there are neither any unfair terms within the meaning of Article 3 of the Directive nor any formal irregularities infringing the French rules on consumer-credit contracts.

31. On the first point, the applicant company maintains that the terms which the Tribunal d'instance holds to be unfair - the financial clauses - do not come within the scope of the Directive. As I noted earlier, under Article 4(2) of the Directive, '[a]ssessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject-matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language'. However, according to Cofidis, in a consumer-credit contract, the terms which establish the cost of opening the credit granted to the consumer constitute precisely the 'main subject-matter' of the contract; in the present case, moreover, those terms have to be regarded as being 'in plain intelligible language'. Furthermore, Article 1(2) of the Directive provides that '[t]he contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions ... shall not be subject to the provisions of this Directive'. Therefore, even if they were unclear, the terms in question would in any event not be subject to the Directive, since the contract signed by Mr Fredout reproduces precisely model No 5 as prescribed by the legislature. That is so even though the order for reference makes no mention of this statutory origin of the model used by the terms at issue but instead seeks to link them to the Recommendation referred to above, (20) so as to attach them not to a model contract prescribed by law but to an instrument without any regulatory force. (21)

32. Turning to the alleged formal irregularities in the terms, Cofidis maintains that, on the basis of national case-law also, (22) there are no such irregularities in the standard contract which it used for Mr Fredout and in any case points out that the Tribunal d'instance has given no indication of which specific provision of the *Scrivener* Law has been infringed. In

any event, as regards the objection that the borrower's signature comes before, rather than after, the financial clauses placed on the back of the contract, Cofidis notes that, immediately above that signature, the following declaration can be found: '[the borrower] is aware of and declares that he accepts all the conditions on the front and back' of the contract.

B – Assessment

33. As we have seen, Cofidis and the French Government maintain that there is no connection between the Directive and the subject-matter of the main action because, firstly, the financial clauses of the contract made with Mr Fredout are neither unfair nor unclear and, secondly, the limitation period specified in Article L. 311-37 does not apply to disputes over the terms which are the subject of the Directive. The Court, they submit, is therefore not competent to give a ruling on the question raised.

34. On this, however, I must note that - as the French Government itself and the Commission have pointed out - the Court has consistently held that, within the context of collaboration between the Court of Justice and the national courts as established in Article 234 EC, 'it is for the national courts alone, which are seised of a case and which must assume responsibility for the judgment to be given, to determine, having regard to the particular features of each case, both the need for a preliminary ruling in order to enable them to give their judgment and the relevance of the questions which they refer to the Court. A reference for a preliminary ruling from a national court may be rejected only if it is quite obvious that the interpretation of Community law sought by that court bears no relation to the actual nature of the case or the subject-matter of the main action'. (23)

35. However, it appears to me that this latter situation does not apply here because, I feel, in no circumstances would the Court's reply to the question be patently irrelevant for the purposes of the decision by the court making the reference. It would obviously not be so were the Court to rule that the situation which is the subject-matter of the main action does fall within the scope of the Directive, but it would also not be irrelevant if the Court were to rule otherwise because, even to come to that conclusion, the Court would perforce have appraised the scope of the Directive and therefore, for that purpose, affirmed its own competence to rule on the question referred.

36. I therefore take the view that the Court is competent to answer the question referred for a preliminary ruling in the present proceedings.

IV - The question referred

A - Applicability of the Directive

37. Although, as I have just said, it is not relevant whether the Directive can apply here, for the purposes of the Court's competence to give a ruling on the question referred, I believe that it is relevant as regards the response to the substance of that question, indeed that it is a preliminary to that response. If it were in fact to turn out that the Directive does not apply to the situation in the main proceedings, the very basis of the question would founder and there would thus be no reason to answer it, unless indeed we sought to give a ruling that bears no relation to the actual nature of the case or the subject-matter of the main action.

38. That said, I note that this question has been put on the assumption that the financial clauses of the credit contract made between Cofidis and Mr Fredout are 'unfair' within the meaning of the Directive. Hence the reference to the Directive, which argues that the short limitation period provided in Article L. 311-37 for consumer-credit contracts is incompatible with the Directive because, it is assumed, that period is an obstacle to effective protection against such terms.

39. We must therefore examine first of all whether the present case does involve unfair terms because, if not, the Directive would simply not apply and so could not be relied upon to challenge application of the limitation period in Article L. 311-37. That is, in fact, how the Court proceeded in the judgment in *Océano Grupo Editorial* because, before proceeding to examine the substance of a question referred for preliminary ruling and also concerned with the Directive now under discussion, the Court first examined as a preliminary point whether the contested clause in the main proceedings could in fact be described as unfair under the Directive and, hence, whether the Directive could be applied. (24)

40. It seems to me that the question raised here must be answered in the negative: the documents on the case-file do not in any way indicate that, in setting the rates of contractual interest and of interest on late payment

and in providing a penalty for failure to repay the sums due, the financial clauses concerned are such as to cause, to the detriment of the consumer and contrary to good faith, 'a significant imbalance' in the rights and obligations of the parties within the meaning of Article 3(1) of the Directive. (25) I would add that those clauses simply do not correspond to any of the examples of unfair terms in the annex to the Directive, (26) unlike in the *Océano Grupo Editorial* case. (27) Principally, however, I must point out that the financial clauses are the 'main subject-matter' of a credit contract and that in such a case, under Article 4(2) of the Directive, assessment of their unfairness is precluded if they 'are in plain intelligible language', as happens to be the position here.

41. It is indeed true that, as I have noted above, the Tribunal d'instance held that the manner in which this contract was printed and the fact that the consumer's signature preceded the financial clauses made the contract and those clauses unclear or, at any rate, did not guarantee that the consumer was able to take full cognisance of them. I would, however, observe that in this case, as we see from the order for reference, there is no doubt as to the meaning to be attached to the financial clauses because, as I have said, they only set rates of interest and a penalty and there is not (nor have the parties or the Tribunal d'instance suggested) any uncertainty as to how much these are. (28) I would also point out that, from the copy of the contract attached to the statement from Cofidis, it is clear that the borrower's attention is drawn when signing to all the conditions on the front and the back of that contract and that the clauses relating to the total cost of the credit, shown on the back of the contract, are printed in bold type. In those circumstances, I do not think it is enough, in order to establish that the consumer could not have had effective knowledge of those clauses, to complain that they were unreadable because they were not printed in 'eight-point'; the reasons for this - as the documents in the case show - include the lack of unanimity even in French case-law on the size required for the relevant typeface. (29)

42. I must also note that, as Cofidis has contended, without contradiction, if this contract and, more particularly, its financial clauses do correspond to one of the model contracts prescribed by French law, there is further reason for the Directive not to apply, because Article 1(2) provides that '[t]he contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions ... shall not be subject to the provisions of this Directive'

43. That having been made clear, although I agree that it is not for the Court to rule whether the two-year limitation period laid down in Article L. 311-37 also relates to a finding that clauses in standard contracts are unfair, I consider that the absence of unfair terms in this instance must lead to the conclusion that the situation which is the subject-matter of the main proceedings in this case falls outside the scope of the Directive.

44. From this it follows, in my view, that the Court should confine itself to answering along those lines and should not examine the substance of the question referred. However, I shall also consider it myself, in case the Court reaches different conclusions regarding the preliminary issue that I have just dealt with.

B - On the substance of the question referred

45. Assuming therefore that the Directive does also apply to the terms at issue in the main proceedings, the Tribunal d'instance asks essentially whether it must be construed as precluding a national provision which bars a national court, either of its own motion or upon a plea in defence by the consumer, from considering the unfairness of any term included within a standard contract once two years have elapsed since the time at which that contract was entered into.

1. Summary of the arguments of the parties

46. Whilst Cofidis and, to a certain extent, the French Government propose that the answer to the question should be in the negative, Mr Fredout, the Austrian Government and the Commission take the opposite view.

47. The former are primarily concerned to distinguish between the situation which is the subject-matter of the present proceedings and that giving rise to the judgment in *Océano Grupo Editorial* (30) since, in the latter, the Court ruled that '[t]he protection provided for consumers by [the] Directive ... entails the national court being able to determine of its own motion whether a term of a contract before it is unfair when making its preliminary assessment as to whether a claim should be allowed to proceed before the national courts'. (31)

48. They point out that this ruling was made in respect of the very clear

instance of a term conferring jurisdiction which, by obliging the consumer to submit to the exclusive jurisdiction of the court for the place at which the seller or supplier had his principal place of business, had the effect of creating difficulties for the consumer to appear, and so to defend himself, in court. In permitting the national court to determine of its own motion whether such a term was unfair, the Court therefore simply acknowledged the national court's power itself to decline jurisdiction, which was already provided in French law in similar circumstances. In the present case, by contrast, it is necessary to assess whether or not to apply a particular limitation period imposed by the national legislature.

49. Cofidis and the French Government also maintain that, since neither the directive in question nor Directive 87/102 (which specifically relates to consumer credit), (32) includes provisions regarding limitation periods and that these are issues of procedure, the matter falls within the procedural independence of the Member States in this respect.

50. In this connection, Cofidis and the French Government refer to the case-law of this Court under which, where there are no specific Community rules, 'it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from Community law, provided, first, that such rules are not less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and, second, that they do not render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law (principle of effectiveness)'. (33)

51. In this connection, while Cofidis and the French Government have no doubt that Article L. 311-37 complies with the principle of equivalence, both dwell at greater length on the principle of effective protection, noting that the Court has accepted limitation periods of a year (34) or even of just 30 days (35) as being compatible with that criterion, so that the time-limit under Article L. 311-37 should certainly be regarded as reasonable, particularly since, firstly, the purpose of setting such time-limits is to safeguard the fundamental principle of legal certainty, which in this instance protects both the consumer and those operating as suppliers in the consumer-credit sector and, secondly, the time-limit prescribed under that provision applies simply to the possibility of alleging the formal irregularity

of a contract for which there is a statutory model.

52. Mr Fredout, however, argues entirely the opposite, starting from Article 6 of the Directive, which requires Member States to ensure that unfair terms shall not be binding on the consumer; he emphasises the judgment in *Océano Grupo Editorial*, pointing out that there the ability of the national court to determine of its own motion whether a term was unfair was in fact regarded as constituting a proper means by which to achieve that result. On the other hand, that result would assuredly not be achieved if a time-limit were placed on the court's ability of its own motion to determine whether a term was unfair with a view to ruling it null and void (and, hence, releasing the consumer from the obligations which it imposed). If that were in fact the case, the supplier or seller could avoid a ruling that terms were unfair simply by waiting until that limitation period expired before bringing the action for payment. Furthermore, greater importance attaches to a court's ability of its own motion to determine whether a term is unfair because, in most cases, actions relating to consumer-credit contracts are brought by the lender following failure to pay the loan, while the defendant usually does not appear or, if he does so, is often not assisted by a lawyer (36) and, therefore, does not have full knowledge of his rights under the rules on unfair terms. Nor would it be proper, in support of this limitation period, to rely on reasons of legal certainty because, among other things, the Court itself has ruled recently that such reasons 'cannot prevail since they imply a limitation of the rights expressly conferred on consumers'. (37)

53. The Austrian Government, for its part, interprets Article L. 311-37 to mean that, notwithstanding the arrangements of ordinary law, it imposes a specific limitation period for all disputes relating to consumer-credit contracts, including those on unfair terms. That said, and whilst acknowledging that the Directive leaves the Member States a considerable degree of manoeuvre as to the forms and means used to transpose Articles 6(1) and 7(1), (38) and that a limitation period enhances legal certainty, the Austrian Government none the less questions whether, given that it is an exception and that it is short, the results prescribed by those provisions can be achieved by means of that limitation period.

54. The Commission's interpretation of Article L. 311-37 is very similar to that of the Austrian Government. The Commission also refers to the judgment in *Océano Grupo Editorial*, pointing out that this interpretation

is valid generally and not - as Cofidis and the French Government have argued - limited to terms conferring jurisdiction; the national court must therefore always be able to determine of its own motion whether a contractual term is unfair. It follows, according to the Commission, that to impose a limitation period on its ability to do so conflicts with Article 6(1) of the Directive and with the objective of effective protection for consumers, and is also at variance with Article 7(1) of the Directive, which imposes on Member States a duty to provide adequate and effective means to prevent the continued inclusion of unfair terms in standard contracts. Furthermore, the Commission adds, if every Member State were allowed to impose a limitation period and, worse, a different limitation period on that ability, that would compromise the principle of uniform interpretation of directives, (39) as it would adversely affect in general the objective of harmonising national provisions and, more particularly, the objective, set out in Article 7 of the Directive, of providing adequate and effective means to prevent the continued inclusion of unfair terms.

2. Assessment

55. I would note that the national court's question to the Court is based on the assumption that the limitation period prescribed in Article L. 311-37 applies also when determining whether a term included in a consumer-credit contract is unfair and that expiry of that period precludes the consumer from pleading the unlawfulness of the term, and also prevents the courts from determining that of their own motion. However, as I have stated earlier, I shall not dwell on the soundness of that assumption because it involves questions of interpretation of national law which I do not believe are for this Court to consider; I shall only point out that, as is clear from the documents in the case, the solutions given in the question are anything but certain in French law. (40)

56. That said, I must note first of all that, in resolving the question, we find little help in the wording of the Directive, which is silent on the matter. It is true that this silence has itself been read as leaving the Member States free to set limitation periods; however, it is also true that the essential purpose of the Directive - which is stated in Article 6 - is that unfair terms should not be binding on consumers and that the task here is precisely to establish in this instance whether the application of a specific provision of French law prevents the Directive from pursuing the purpose stated.

57. From this point of view, I feel that *effective* protection of consumers in terms of Article 6 can be guaranteed only if it is accepted that it is possible to plead the unfairness of the term relied upon by the supplier in the action at any time, and thus without any limitation period. As has in fact been noted, because in the case in point the initiative of bringing an action to enforce the contract is left to the discretion of the lender, who is the supplier, he may delay doing so until the limitation period in question has expired, and thus nullify the protection which the Directive affords the consumer. Indeed, that is exactly what has happened in the proceedings from which the reference stems, in which the supplier, having brought the action against the borrower for payment of the sums owed, has then pleaded that expiry of the two-year period precluded any examination of the contractual clauses entitling him to payment.

58. The approach put forward regarding the supposition that a court may, of its own motion, consider whether a term is unfair seems even more clear. Indeed, I would note that, in the judgment in *Océano Grupo Editorial*, already cited several times, the Court states clearly that, in disputes concerning limited amounts, where there is a risk that the consumer may not be able to prepare a proper legal defence, the aim laid down by Article 6 of the Directive 'would not be achieved if the consumer were himself obliged to raise the unfair nature' of the terms and, hence, 'effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate [such terms] of its own motion'. (41) That is exactly what has happened in the main proceedings here, where the defendant consumer did not appear and the unfair nature of certain terms was raised by the Tribunal d'instance of its own motion.

59. I come now to the argument which, in view of the fact that the Directive is silent in this respect, asserts the freedom of Member States to make provision for the matter, advancing the principle of their procedural autonomy. I have to observe here that it is indeed undeniable that, where there are no specific Community rules, Member States are free to establish the detailed rules under which those concerned may claim the rights which the Community rules guarantee to them. But it is also true that, according to the case-law of the Court that I have cited, this freedom may only be exercised subject to the principles of equivalence and effectiveness of protection, to be considered in the light of the circumstances of individual cases. (42) In the light of what I have said earlier, it seems to me that to

impose a limitation period for the determination that a term in a contract is unfair, whether by a court of its own motion or following a plea by the consumer when defending an action, would constitute a barrier to protection of that consumer's rights and would thus infringe the principle of effective protection. (43)

60. Clearly, that conclusion also could not be challenged in principle by the fact that, in different circumstances, the Court has recognised the lawfulness of limitation periods shorter than the two years we are concerned with here. The Court actually reached that finding on the basis of an assessment of the effect which - in the particular circumstances that it took into account - the setting of such periods had on protection of the rights afforded to individuals by Community law and, more generally, on the effective application of Community law. Restricting myself to the same examples which Cofidis and the French Government have cited, (44) I note first of all that, in *Rewe* and *Comet* and also in *Palmisani*, this referred to periods for *bringing* an action based on Community law. However, it is clear that those periods were laid down for a different purpose, and therefore clearly justified by the requirements of legal certainty which generally apply in respect of such limitation periods. (45) In any case, we see from these rulings also that the limitation periods in question must be 'reasonable', that is to say, capable of serving the function for which they are intended and in accordance with the principle of effective protection. In the judgment in *Palmisani*, the Court has indeed made that requirement even more explicit, observing that the 'time-limit of one year commencing from the date of the entry into force of the measure transposing the Directive [80/987/EEC] into national law, which not only enables the beneficiaries to ascertain the full extent of their rights but also specifies the conditions under which loss or damage sustained as a result of the belated transposition [of that directive] will be made good, cannot be regarded as making it excessively difficult or, *a fortiori*, virtually impossible to lodge a claim for reparation'. (46)

61. I cannot see, therefore, how any argument can be derived from such rulings, which relate to circumstances differing from those obtaining in the present proceedings, and which in any case result from the individual assessment by the Court in each instance, to support the contention that the two-year limitation period laid down in Article L. 311-37 of the Code is compatible with the principle of effective protection, particularly since, as regards - *inter alia* - the limitation periods for bringing actions based on

Community law, the Court has not hesitated, as in the well-known *Barra* and *Déville* cases, to rule that they are incompatible once it has established that the national legislature laid them down in such a way as to prevent or specifically reduce the protection of rights afforded by Community law. (47) Similarly and more generally, in the *Peterbroeck* judgment, the Court declared unlawful a national procedural rule which prevented the court to which application was made from considering of its own motion claims based on Community law where those claims had not been raised by the party within a certain period, thereby making it impossible in practice to apply Community law. (48)

62. Nor do I consider it to be justified in the present case to invoke the principle of legal certainty in support of imposition of the limitation period, for that principle is also claimed to be imposed in the interests of the consumer. As we have seen, the expiry of this limitation period makes it possible validly to rely on an unfair term against the consumer; thus, if there are requirements of legal certainty, these in fact protect the seller or supplier relying on the term, and not the consumer, although he is - or should be - the person protected by the Directive. I would also point out that, in the *Heininger* judgment, the Court ruled that even reasons of legal certainty 'cannot prevail since they imply a limitation of the rights expressly conferred on consumers'. (49) Although that judgment did not in fact relate to a procedural time-limit, I feel that the reference is appropriate because, in that case also, the issue was to establish, in respect of the directive on contracts negotiated away from business premises, (50) whether a limitation period which, in that instance, prevented exercise of the right to cancel such a contract by a consumer not duly informed of that right made it possible to attain the result sought by the Directive. (51)

63. Finally, I do not believe that it is possible to underestimate the force of the argument used in particular by the Austrian Government and the Commission in pointing out that the fact that, in these circumstances, a consumer defending an action brought by the seller or supplier and the court to which the dispute is referred are recognised as having a right to challenge unfair terms that is unlimited in time may contribute to the gradual disappearance of such terms, because sellers and suppliers will increasingly be dissuaded from including them. Furthermore, the Court itself has had occasion to state, in the judgment in *Océano Grupo Editorial*, that the national court must have the power to determine of its own motion

whether a term is unfair because, among other things, ‘such an examination ... may act as a deterrent and contribute to preventing unfair terms in contracts concluded between consumers and sellers or suppliers’. (52)

64. I therefore take the view that the answer to the question raised by the Tribunal d’instance must be in the affirmative.

V – Conclusion

65. In view of the foregoing, I propose that the Court should rule as follows:

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts does not apply to terms in a standard contract which reproduce mandatory or regulatory provisions.

66. In the alternative, that is to say, if the Court should hold that the Directive does apply to the financial clauses of the contract in question, I propose that it should rule as follows:

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts precludes a national provision which does not allow a national court, either of its own motion or following a plea raised by a consumer when defending an action, to determine whether any term included within a standard contract is an unfair term in the case where two years have elapsed since that contract was entered into.

- 1: - Original language: Italian.
- 2: - Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ 1993 L 95, p. 29, hereinafter the ‘Directive’).
- 3: - By a judgment of 26 January 2001, the national court rectified the wording of the question referred for a preliminary ruling as given in the judgment of 15 December 2000. For the purpose of clarity, I refer here only to the rectified text of the question.
- 4: -The national court is referring to Article 1304 of the Code civil (the Civil Code).
- 5: - Regarding this, the national court cites the judgment of 19 December 1995 of the First Civil Chamber of the Cour de cassation (Bull. Civ. 1, No 477).
- 6: - Decree No 78-509 of 24 March 1978.
- 7: - Like all the national legislation referred to in the text, this is not an official translation.
- 8: -Recommendation No 94-02 concerning contracts involving credit cards whether or not accompanied by credit, BOCC of 27 September 1994.
- 9: - See Articles L. 132-2 to L. 132-5 of the Code.
- 10: - However, it must be noted that the company bringing the action in the main proceedings disputes the application of this criterion, claiming that French case-law is

not unanimous on this point and indicates rather that the height of an 'eight-point' print character must be between 2 and 3 mm.

11: - In JORF (Official Journal of the French Republic) No 288 of 12 December 2001, p. 19703.

12: -Italics added to show the amendment.

13: - But see immediately above regarding the temporal scope of the amendment.

14: -See point 15, and footnote 8, above.

15: - In this connection, the national court cites the judgment of 15 December 1998 of the First Civil Chamber of the Cour de cassation (JCP 1999 II, No 10098), on a defence alleging fraud on the part of the plaintiff.

16: - Such a conclusion is contrary both to the wording of Article L. 311-37 and to the fact that the provisions relating to unfair terms and those relating to consumer-credit contracts constitute two separate categories of rules, with different scope and purpose.

17: - However, we have seen that the court making the reference considers the interpretation of Article L. 311-37 that the Cour de cassation gave in the judgment of 15 December 1998 to be relevant for its reconstruction (see above, point 26 and footnote 15).

18: - See above, points 20 and 21.

19: - See above, point 13.

20: - See above, point 15.

21: - On this, Cofidis cites the judgment of 13 November 1996 of the First Civil Chamber of the Cour de cassation (Bull. Civ. I, No 399).

22: - Cofidis cites, in particular, the ruling by the Cour de cassation of 25 April 1989 (in appeal No 87-15 791) that the *Scrivener* Law does not require the offer made to the consumer to be a 'slavish' copy of the models prescribed by the legislature but that it suffices if it contains all the particulars required by that law.

23: - Judgment in Case C-281/98 *Angonese* [2000] ECR I-4139, paragraph 18, where there are further citations.

24: - Judgment in Joined Cases C-240/98 to C-244/98 *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores* [2000] ECR I-4941, paragraphs 21 to 24; I would point out that, in his Opinion, Advocate General Saggio also first of all addressed the preliminary matter of interpreting the Directive in order to clarify whether the term at issue in the main proceedings was actually unfair (see points 16 to 19).

25: - In the same sense, see *Océano Grupo Editorial* (paragraph 24 of the judgment and point 18 of Advocate General Saggio's Opinion).

26: - Even though the order for reference does mention the instance in point 'i' of the annex, that is of terms having the object or effect of 'irrevocably binding the consumer to terms with which he had no real opportunity of becoming acquainted before the conclusion of the contract' (see above, at point 10), I find nothing whatever in the order to suggest that the contract between Cofidis and Mr Fredout included any term of the kind, particularly as regards the financial clauses.

27: - Paragraph 22 of the judgment.

28: - See above, point 26.

29: - See footnote 10.

30: - Cited in footnote 24.

31: - Operative part of the judgment.

32: - Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986 for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning

consumer credit (OJ 1987 L 42, p. 48, hereinafter 'Directive 87/102').

33: - Judgment in Case C-231/96 *Edis* [1998] ECR I-4951, paragraph 34; see also the judgments in Case 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989, paragraph 5, in Case 45/76 *Comet* [1976] ECR 2043, paragraph 13, and in Case C-312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, paragraph 12.

34: - Judgment in Case C-261/95 *Palmisani* [1997] ECR I-4025.

35: - *Rewe* judgment, cited in footnote 33.

36: - Cases are often for such a small amount that there is no requirement of legal representation.

37: - Judgment in Case C-481/99 *Heininger* [2001] ECR I-9945, paragraph 47, with reference to Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (OJ 1985 L 372, p. 31).

38: - Article 6(1) provides that Member States must lay down that unfair terms used in a standard contract are not binding on the consumer, while, under Article 7(1), Member States are required to provide adequate and effective means to prevent the continued inclusion of unfair terms in standard contracts.

39: - The Commission cites the judgment of the Court in Joined Cases C-297/88 and C-197/89 *Dzodzi* [1990] ECR I-3763, paragraph 37.

40: - At least for consumer-credit contracts made before the entry into force of Law No 2001-1168, which amended Article L. 311-37 of the Code in this respect (see above, at point 28).

41: - Paragraph 26 of the judgment.

42: - In this sense, clearly, see the recent Opinion of Advocate General Alber in Case C-327/00 *Santex* [2003] ECR I-1877, point 88 et seq., where there are further references.

43: - With the exception of French law, in which there is the uncertainty which I discuss in this Opinion, I think it distinctly significant that in the other Member States no limitation period is imposed in regard to pleading the unfairness of terms included in standard contracts.

44: - That is to say, the periods of 30 days and one year, respectively (see point 51).

45: - See paragraph 5 of the *Rewe* judgment (subsequently cited in paragraph 28 of *Palmisani*) and paragraphs 17 and 18 of *Comet*; see also the Opinion delivered by Advocate General Warner on 30 November 1976 ([1976] ECR 2000, in particular at 2004).

46: - Paragraph 29 of the judgment (cited in footnote 34).

47: - Judgment in Case 309/85 *Barra and Others* [1988] ECR 355, paragraphs 18 and 19; judgment in Case 240/87 *Deville* [1988] ECR 3513, paragraph 18. More recently, but along the same lines, see the Opinion of Advocate General Geelhoed in Case C-62/00 *Marks & Spencer* [2002] ECR I-6325, particularly point 62.

48: - See, in particular, paragraphs 18 to 21 of the judgment in *Peterbroeck* (cited in footnote 33).

49: - Paragraph 47 of *Heininger* (cited in footnote 37).

50: - Directive 85/577 (cited in footnote 37).

51: - I should point out in this regard that the third paragraph of Article 4 of Directive 85/577 provides that 'Member States shall ensure that their national legislation lays down appropriate consumer protection measures in cases where the information ... is not supplied' to consumers of their right to cancel the contract within the period laid down in Article 5 of that directive.

52: - Paragraph 28 of the judgment.

JUDGMENT OF THE COURT (Fifth Chamber)
21 November 2002

(Directive 93/13/EEC - Unfair terms in consumer contracts - Action brought by a seller or supplier - National provision prohibiting the national court from finding a term unfair, of its own motion or following a plea raised by the consumer, after the expiry of a limitation period)

In Case C-473/00,
REFERENCE to the Court under Article 234 EC by the Tribunal d'instance de Vienne (France) for a preliminary ruling in the proceedings pending before that court between

Cofidis SA

and

Jean-Louis Fredout,

on the interpretation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ 1993 L 95, p. 29),

THE COURT (Fifth Chamber),
composed of: M. Wathelet, President of the Chamber, C.W.A. Timmermans, D.A.O. Edward, A. La Pergola and P. Jann (Rapporteur),
Judges,

Advocate General: A. Tizzano,

Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

after considering the written observations submitted on behalf of:

- Cofidis SA, by B. Célice, avocat,
- the French Government, by G. de Bergues and R. Loosli-Surrans, acting as Agents,
- the Austrian Government, by H. Dossi, acting as Agent,
- the Commission of the European Communities, by D. Martin and M. França, acting as Agents,

having regard to the Report for the Hearing,

after hearing the oral observations of Cofidis SA, represented by B. Soltner, avocat; Mr Fredout, represented by J. Franck, avocat; the French Government, represented by R. Loosli-Surrans; and the Commission, rep-

resented by M. França, at the hearing on 17 January 2002,
after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 18
April 2002,
gives the following

Judgment

1. By judgment of 15 December 2000, rectified by judgment of 26 January 2001, received at the Court on 27 December 2000 and 29 January 2001 respectively, the Tribunal d'instance de Vienne (District Court, Vienne) referred to the Court for a preliminary ruling under Article 234 EC a question on the interpretation of Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts (OJ 1993 L 95, p. 29, 'the Directive').

2. That question was raised in proceedings between Cofidis SA, a company incorporated under French law, and Mr Fredout concerning the payment of sums due under a credit contract concluded between them.

Legal background

Community legislation

3. According to Article 1 of the Directive:

1. The purpose of this Directive is to approximate the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to unfair terms in contracts concluded between a seller or supplier and a consumer.

2. The contractual terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions ... shall not be subject to the provisions of this Directive.

4. Article 3(1) of the Directive provides:

A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

5. Article 4 of the Directive defines how the unfair nature of a term is to be assessed. Article 4(2) provides: Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one

hand, as against the services or goods supplies in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language.

6. Under Article 6(1) of the Directive:

Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms.

7. Under Article 7(1) of the Directive:

Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers.

National legislation

8. The provisions on unfair terms are in Book I ('Information for consumers and formation of contracts'), Title III ('General conditions of contracts'), Chapter 2 ('Unfair terms'), of the Code de la consommation (Consumer Code).

9. Article L. 132-1 of that code, in the version of Law No 95-96 of 1 February 1995 concerning unfair terms and presentation of contracts, defines what is to be understood by 'unfair terms' and states that they are to be 'deemed not written'. According to the national court's judgment, that is equivalent to nullity, which, in accordance with the general rules on contracts, may be made the subject-matter of an action within five years and pleaded as a defence without time-limit.

10. Article L. 311-37 of the Code de la consommation, to which the national court's judgment refers, is in Book III ('Debt'), Title I ('Credit'), Chapter 1 ('Consumer credit'), of the code. That chapter lays down *inter alia* precise formal rules.

11. The first paragraph of Article L. 311-37 of the Code de la consommation provides:

The Tribunal d'instance shall have jurisdiction to hear disputes arising

from the application of this chapter. Actions brought before it must be raised within two years of the event which gave rise to them and are otherwise time-barred

The main proceedings and the question referred for a preliminary ruling

12. By a contract of 26 January 1998, Cofidis granted Mr Fredout the opening of a credit. When instalments remained unpaid, Cofidis brought an action against him on 24 August 2000 in the Tribunal d'instance de Vienne for payment of the sums due.

13. According to the national court's judgment, the offer of credit took the form of a leaflet printed on both sides, with the words "Free application for money reserve" in large letters on the front, while the references to the contractual interest rate and a penalty clause were in small print on the reverse. The Tribunal d'instance de Vienne therefore concluded that "the financial clauses ... lack legibility" and that "that lack of legibility is to be contrasted with the word free" ... in a particularly obvious form', which was likely to mislead the consumer. Its conclusion was that 'the financial clauses may be regarded as unfair.

14. However, as the dispute was one concerning a consumer credit transaction, the Tribunal d'instance de Vienne considered that the limitation period of two years under Article L. 311-37 of the Code de la consommation applied and prevented it from annulling the terms it had found to be unfair.

15. In those circumstances, the Tribunal d'instance de Vienne decided to stay the proceedings and refer the following question to the Court for a preliminary ruling.

'Since the protection conferred by Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts implies that a national court, applying provisions of national law previous or subsequent to that directive, is to interpret them so far as possible in the light of the wording and purpose of the latter:

Does that requirement of an interpretation in conformity with the system of consumer protection under the directive require a national court, when hearing an action for payment brought by a seller or supplier against a consumer with whom he has contracted, to set aside a procedural rule on pleas in defence, such as that in Article L. 311-37 of the Code de la consommation, in so far as it prohibits the national court, either on the

application of the consumer or of its own motion, from annulling any unfair term which vitiates the contract where the latter was made more than two years before the commencement of proceedings, and in so far as it thereby permits the seller or supplier to rely on those terms before a court and base its action on them?’

The question referred for a preliminary ruling

16. By its question the national court essentially asks whether the protection conferred on consumers by the Directive precludes a national provision which, in proceedings brought by a seller or supplier against a consumer on the basis of a contract concluded between them, prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding, of its own motion or following a plea raised by the consumer, that a term of the contract is unfair.

Admissibility

17. Cofidis and the French Government express doubts as to the relevance of the question for the outcome of the main proceedings and hence the admissibility of the reference for a preliminary ruling.

18. Cofidis submits that the terms held to be unfair by the national court are not within the scope of the Directive. As financial terms in a credit contract, they relate to the definition of its main subject-matter. They are therefore excluded from the scope of the Directive under Article 4(2). The terms in question cannot be accused of lack of clarity, since they merely reproduce a model contract drawn up by the national legislature, which under Article 1(2) of the Directive is not subject to its provisions.

19. Cofidis further submits that the national court was wrong to hold that the limitation period provided for in Article L. 311-37 of the Code de la consommation concerning consumer credit applies in the field of unfair terms. The French Government observes that that question is indeed in doubt and that the French Cour de cassation (Court of Cassation) has not yet had occasion to rule on the point.

20. In this respect, it is settled case-law that, in the context of the cooperation between the Court of Justice and the national courts provided for by Article 234 EC, it is solely for the national court before which the

dispute has been brought, and which must assume responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the particular circumstances of the case both the need for a preliminary ruling in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court. A request from a national court may be dismissed only where it is obvious that the interpretation of Community law or the consideration of the validity of a Community rule requested by that court has no bearing on the real situation or on the subject-matter of the case (see, *inter alia*, Case C-318/98 *Fornasar and Others* [2000] ECR I-4785, paragraph 27, and Joined Cases C-223/99 and C-260/99 *Agorà and Excelsior* [2001] ECR I-3605, paragraphs 18 and 20).

21. In the present case, the national court considers that some of the financial terms printed in the credit contract it has to rule on are vitiated by lack of clarity and comprehensibility. That is said to be connected with the use on the printed form used by the credit establishment of wording of an advertising nature giving the impression that the transaction is free of charge, which the national court regards as having been such as to mislead the consumer.

22. It should be observed that, in that they do not merely reflect mandatory statutory or regulatory provisions and are criticised as being ambiguous, it is not obvious that the terms in question are outside the scope of the Directive, as defined by Articles 1(2) and 4(2).

23. To fall within the scope of the Directive, however, those terms must satisfy the conditions set out in Article 3(1) of the Directive, that is, they must not have been individually negotiated and must, contrary to the requirement of good faith, cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer. Although the national court has not provided any information on the latter point, it cannot be excluded that that condition is satisfied.

24. As to the question whether or not the limitation period under Article L. 311-37 of the Code de la consommation applies to unfair terms, that is a question of national law which as such is not within the jurisdiction of the Court.

25. In those circumstances, it is not obvious that the question referred

has no bearing on the real situation or on the subject-matter of the main proceedings.

26. It follows that the reference for a preliminary ruling is admissible. It must therefore be answered, on the basis that the terms which the national court regards as unfair satisfy the criteria defined in Articles 1(2), 3(1) and 4(2) of the Directive.

Substance

27. Cofidis and the French Government argue, first, that the present case is to be distinguished from Joined Cases C-240/98 to C-244/98 *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores* [2000] ECR I-4941. They submit that, by allowing a national court to determine of its own motion whether a jurisdiction clause is unfair, the Court merely allowed it to decline jurisdiction. In the present case, however, the question is whether or not the court must apply a limitation period laid down by the national legislature.

28. Cofidis and the French Government submit, second, that in the absence in the Directive of any provision concerning a limitation period the question of the application of such a period is covered by the principle of procedural autonomy. It is therefore for the national legal system of each Member State to regulate the procedural rules governing the actions which are to ensure respect for the rights which individuals derive from the Directive, in compliance with the principles of equivalence and effectiveness. The Court has on several occasions ruled that limitation periods shorter than the two-year period under Article L. 311-37 of the Code de la consommation are compatible with those principles (Case 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989 and Case C-261/95 *Palmisani* [1997] ECR I-4025).

29. Mr Fredout submits that the judgment in *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores* should be interpreted broadly. He argues that in that judgment the Court regarded the national court's power to determine of its own motion the illegality of an unfair term as a means of achieving the result laid down in Article 6 of the Directive of ensuring that unfair terms do not bind the consumer. That result cannot be achieved if that power is subject to a time-limit. In the case of consumer credit contracts, the majority of actions are brought by the lender, and he would merely have to wait for the expiry of that time-limit to bring an action for payment, thus

depriving the consumer of the protection conferred by the Directive.

30. The Austrian Government, while accepting that the Directive leaves the Member States a wide margin of appreciation and that a limitation period may contribute to legal certainty, submits that, having regard to the extinctive effect of the time-limit and the shortness of the period in question, it is doubtful whether it allows the result prescribed by Article 6 and 7 of the Directive to be attained.

31. The Commission, which likewise supports a broad interpretation of *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*, submits that fixing a time-limit for the court's power to find of its own motion that an unfair term is illegal is contrary to the objectives of the Directive. To allow the Member States to introduce such time-limits, which might differ from each other, would also be contrary to the principle of the uniform application of Community law.

32. It must be noted that the Court ruled in paragraph 28 of *Océano Grupo Editorial and Salvat Editores* that the court's power to determine of its own motion whether a term is unfair constitutes a means both of achieving the result sought by Article 6 of the Directive, namely preventing an individual consumer from being bound by an unfair term, and of contributing to achieving the aim of Article 7, since if the court undertakes such an examination, that may act as a deterrent and contribute to preventing unfair terms in contracts concluded between consumers and sellers or suppliers.

33. That power of the court has been regarded as necessary for ensuring that the consumer enjoys effective protection, in view in particular of the real risk that he is unaware of his rights or encounters difficulties in enforcing them (*Océano Grupo Editorial and Salvat Editores*, paragraph 26).

34. The protection which the Directive confers on consumers thus extends to cases in which a consumer who has concluded with a seller or supplier a contract containing an unfair term fails to raise the unfair nature of the term, whether because he is unaware of his rights or because he is deterred from enforcing them on account of the costs which judicial proceedings would involve.

35. It is therefore apparent that, in proceedings aimed at the enforcement of unfair terms brought by sellers or suppliers against consumers, the fixing

of a time-limit on the court's power to set aside such terms, of its own motion or following a plea raised by the consumer, is liable to affect the effectiveness of the protection intended by Articles 6 and 7 of the Directive. To deprive consumers of the benefit of that protection, sellers or suppliers would merely have to wait until the expiry of the time-limit fixed by the national legislature before seeking enforcement of the unfair terms they would continue to use in contracts.

36. A procedural rule which prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding of its own motion or following a plea raised by a consumer that a term sought to be enforced by a seller or supplier is unfair is therefore liable, in proceedings in which consumers are defendants, to render application of the protection intended to be conferred on them by the Directive excessively difficult.

37. That interpretation is not contradicted by the fact that, as Cofidis and the French Government submit, the Court has on several occasions ruled that limitation periods shorter than that at issue in the main proceedings are not incompatible with the protection of rights conferred on individuals by Community law (*Rewe* and *Palmisani*). It need only be pointed out that each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances (Case C-312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, paragraph 14). The *Rewe* and *Palmisani* decisions cited by Cofidis and the French Government are thus merely the result of assessments on a case by case basis, taking account of each case's own factual and legal context as a whole, which cannot be applied mechanically in fields other than those in which they were made.

38. In those circumstances, the answer to the national court's question must be that the protection conferred on consumers by the Directive precludes a national provision which, in proceedings brought by a seller or supplier against a consumer on the basis of a contract concluded between them, prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding, of its own motion or following a plea raised by the consumer, that a term of the contract is unfair.

Costs

39. The costs incurred by the French and Austrian Governments and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,
THE COURT (Fifth Chamber),
in answer to the question referred to it by the Tribunal d'instance de Vienne by judgment of 15 December 2000, rectified by judgment of 26 January 2001, hereby rules:

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts precludes a national provision which, in proceedings brought by a seller or supplier against a consumer on the basis of a contract concluded between them, prohibits the national court, on expiry of a limitation period, from finding, of its own motion or following a plea raised by the consumer, that a term of the contract is unfair.

Delivered in open court in Luxembourg on 21 November 2002.

Wathelet
Timmermans
Edward
La Pergola
Jann

R. Grass
M. Wathelet

Registrar
President of the Fifth Chamber

Rolf Dotevall

“Offensive courts” is a matter of principles

SUMMARY: 1. Introduction – 2.A step back: the Swedish approach before 2013 – 3.A shift in paradigm in Swedish law – 4.The reasons behind the Swedish cases in the light of the constitutional framework – 5.Conclusion.

1. *Introduction*

For more than twenty years Swedish law has coexisted with European Law (EU law and the European Convention on Human Rights).

In 1995 Sweden became an EU Member State and it also transposed the ECHR into internal law, therefore, it can be said to have had three constitutional pillars since. The three constitutional pillars are the national legislation, EU law and the European Convention on Human Rights (ECHR).

The impact of supranational European sources on the Swedish constitutional order has been significant.

The impact of EU law and the ECHR, respectively, on the domestic legal system differ to a great extent, like in almost all other Member States. In general, the ECHR has affected the evolution of Swedish case law to a lesser extent than EU law, the reception of which has not caused particular concerns.

Unlike international law in general, there is not a clear-cut divide between EU and domestic law. As is well-known, the relationship between EU law and national legal systems is based on the principles of supremacy and direct effects and Swedish judicial and administrative authorities must ensure compliance with such principles.

Since our focus herein is on the Swedish legal system, it must be noted that the Swedish Constitution was enacted in 1974 and at that historical moment, the division of power between the judiciary and government was a matter of concern from a democratic standpoint. The Swedish Constitution is based on the idea that democratic values are best implemented by means of undivided State powers. Therefore, in comparison with other European legal traditions, the Swedish constitutional order is much more focused on

parliamentary political democracy rather than separation of powers. As a consequence, the tools for judicial review are not well developed. This is a likely reason for the lack of case law concerning the compliance of laws or government regulations with the Constitution. Furthermore, it must also be noted that the limits of EU competencies vis à vis the internal legal system have not been questioned until recently.

In Sweden, legal positivism – and the related role of the Parliament, as a body democratically elected by citizens – has been more influential in this respect than the more principle-oriented legal discourse prevailing in the European tradition.

The EU integration project tries to align the different European jurisdictions. In order to reach this aim individuals are granted legal rights, which can be enforced before national courts. Clear and strong individual rights are always key in constitutions based on the idea of division of powers: one of the main functions of the judiciary is to safeguard individual rights against possible abuse by the legislative and the executive powers.

The above difference between constitutional orders based on the principle of strict division of powers and those more based on parliamentarism – such as Sweden – affects the legal argumentation.

The tension between the Swedish and the European tradition was brought to light by a decision handed down by the Supreme Court in 2013, concerning the principle of *ne bis in idem*. In the following I provide my reflections on the effects of the activism shown by the Supreme Court starting from such 2013 case. In the above-mentioned case the issue was whether the Swedish Tax law procedure was compatible with the European principle of *ne bis in idem*.

2. A step back: the Swedish approach before 2013

Before the Supreme Court case of 2013 the legal system envisaged both an administrative and a criminal sanction for the same conduct, applied by the administrative court and the court of ordinary jurisdiction respectively. The same set of facts could lead to an imposition of a tax-surcharge under administrative law and a sentence for tax-fraud under criminal law.

This parallel system of overlapping sanctions was criticized as being incoherent with the *ne bis in idem* principle, as laid down in Article 7,

Protocol 4 to the ECHR¹. Furthermore, the tax surcharge falls under Article 6 ECHR and has been considered by the ECtHR itself penal in nature.²

Despite criticism, the parallel system of sanctions was upheld for a long time by the Swedish judiciary. Even the ECtHR, in the case *Rosenquist*³, concluded that the two sanctions were related to two separate offences.

In the case *Zolotukhin v Russia*⁴ the ECtHR clarified how the notion “same case” should be interpreted. The court stated that «same offence» should mean «facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in the same space». Therefore, according to the court’s statement, the perspective should be shifted from a merely legal to a factual one. The ECtHR reiterated this position in subsequent cases. In this context, the Finnish case *Routsalainen* is of particular interest, in which the ECtHR ascertained that also the sanction applied under administrative law, even if not regarded as criminal according to domestic law, had a punitive and deterrent nature; it stated also that the facts in the two sets of proceedings hardly differed and had to be regarded as substantially the same for the purposes of Article 4, Protocol No. 7.⁵

3. A shift in paradigm in Swedish law

Despite the 2003 judgements in *Zolotukhin* and *Routsalainen*, the legitimacy of the Swedish system, providing for two parallel sanctions, administrative and penal, was upheld by both the Swedish Administrative Supreme Court in a judgement from 2009 and the Supreme Court for general matters in a judgement from 2010.⁶ The decisions given by both the supreme courts were not convincing and did not provide a clear support to the conclusion that the Swedish system was not in conflict with the principle of *ne bis in idem* as stated in the ECHR.

¹ Article 7, Protocol 4: «Right not to be tried or punished twice»: «1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State».

² See ECtHR cases *Bendenoun* (App. No. 12574/86, ser A 284), *Janosevic* (App. No. 34619/07) and *Vulic and Västberga Taxi* (App. No. 36985/97).

³ App. No. 60619/00.

⁴ ECtHR *Zolotukhin v Russia* (App No. 14939/03)

⁵ ECtHR *Routsalainen* (App. No. 13079/03)

⁶ See case RÅ 2009 ref. 94, decided by the Administrative Supreme Court and case NJA 2010, p. 449, decided by the Supreme Court for general matters.

The Supreme Administrative Court emphasized that the Swedish legal order had distinguishing characteristics when compared to the continental European tradition and that each court decides the case from different perspectives. Unfortunately, the Supreme Administrative court did not explain in what way those specific features of Swedish law hindered the application of the *ne bis in idem* principle stated in the ECHR.

In the case decided in 2010 the Supreme Court for the general matters recognized that the Swedish legal order ought to be changed as a consequence of the ECtHR judgement in *Zolothukin*; notwithstanding this statement, the Supreme Court also held that the ECtHR judgement did not unambiguously support the conclusion according to which Swedish law was not compatible with the principle of *ne bis idem* as spelled out in *Zolothukin*.

Swedish scholars have criticized the judgements of the Swedish Supreme Courts. In a nutshell, said scholars have argued that the Supreme Courts have not complied with the provisions laid down in the ECHR and clarified and supported by the ECtHR.

In the subsequent evolution of the case law, more than ten Swedish lower courts failed to abide by the judgements of the Supreme Court. Such a reaction from lower courts to the stance taken by the highest court is totally unprecedented in the Swedish experience. Indeed, such attitude by lower courts demonstrates the significant impact of the ECHR especially on the younger generation of Swedish judges.

4. *The reasons behind the Swedish cases in the light of the constitutional framework*

The confusion concerning the principle of *ne bis idem* was mainly caused by case law.⁷ As mentioned above, the supreme courts did not provide sufficient reasoning when stating the compatibility of the Swedish system with the *ne bis in idem* provision laid down in the ECHR. This can be explained, at least to some extent, by considering that the question of *ne bis in idem* is immediately relevant when the same court applies two distinct sanctions of the same nature to the same case. On the contrary, Sweden unlike some other European jurisdictions, has a system of parallel

⁷ See ZETTERQUIST, *Ne bis in idem and the European Legal Tsunami of 2013: A Vision from the Bench*, in *Human Rights in Contemporary European Law. Swedish Studies in European Law*, J Nergelius, E. Kristoffersson (eds), Vol 6, 2014, pp. 131.

courts which, at least from a formal point of view, administer sanctions of different nature, and therefore the question of *ne bis in idem* does not come out likewise⁸.

Furthermore, the constitutional framework should be taken into consideration. Since the Constitution came into force in 1974, Sweden has been a strong and united parliamentary democracy based on the majority rule. At the origin, the Constitution emphasized the subordinate role of the courts in the constitutional context and they were subject to operational rules similar to those governing administrative agencies. In particular, courts could not disapply a black letter rule provided by domestic law on the grounds of incompatibility with the ECHR, unless such incompatibility was patent. Said provision was removed from the Constitution in 2011.

Despite the 2011 reform, the Swedish Constitution may still be considered to be focused on parliamentary democracy more than on “checks-and-balances” between the three traditional branches of government. The separation of powers and the possibility to subject legislation to judicial review is not a priority from the constitutional standpoint. This also explains the fact that the case law concerning the constitutionality of laws or regulations enacted by the executive is sparse.

The Supreme Court and the Administrative Supreme Court started to adopt the opposite orientation with regard to the question of *ne bis in idem* in 2013 in two different cases. The principles handed down by the ECtHR in *Zolotukhin* are now accepted in the Swedish case law. This means that the Swedish system of parallel sanctions is no longer applicable because it is not considered compatible with the ECHR.⁹ After these decisions many citizens (more than 1,000) have sought and obtained redress.

5. Conclusion

The most recent case law of Swedish supreme courts indicates that the Swedish judiciary has adopted a more principle-based approach. It is now more likely that the rulings of both the Court of Justice of the European Union and of the ECtHR will be accepted and that their relationship with national legislation will not be cause for concern.

⁸ Cf. ZETTERQUIST, p. 131.

⁹ See NJA 2013 p. 502 and HFD (Administrative Supreme Court) 2013 ref. 71.

Giuseppe Riccardi

Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali tra ‘dialoghi’ e ‘monologhi’

SOMMARIO: 1. La Corte di Giustizia e il “giardino proibito”: Good-bye, Montesquieu? – 2. L’inesco del ‘dialogo’: le questioni di legittimità costituzionale – 2.1. La valutazione dei presupposti della disapplicazione: una *Kriminalpolitik im kleinen*? – 2.2. Il contenuto della valutazione dei presupposti della disapplicazione e la dissoluzione dei confini tra Poteri dello Stato – 3. L’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di “dialogo” – 3.1. L’ordinanza ‘monito’ e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale – 3.2. La Corte costituzionale custode esclusiva dei ‘controlimiti’ – 4. Il ‘passo indietro’ della Corte di Giustizia: la sentenza Taricco-bis – 4.1. Vero ‘dialogo’, o ‘monologhi’ camuffati? – 4.2. Le equazioni improprie: la ‘prevedibilità’ sta alla ‘irretroattività’ come la sentenza europea sta alla legge – 4.3. Il principio di determinatezza nel dialogo diretto con il giudice nazionale: prove di controllo diffuso di costituzionalità? – 5. La Corte Costituzionale chiude la saga: la sentenza n. 115 del 2018 – 6. Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali – 7. Il “dialogo tra Corti” tra mito e realtà – 8. Apogeo o declino del diritto penale europeo? – 9. Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi.

1. *La Corte di Giustizia e il “giardino proibito”: Good-bye, Montesquieu?*

La penetrazione del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti dei singoli Stati nazionali è, come noto, affidata in misura sempre più determinante alle regole ed ai principi affermati dalla Corte di Giustizia, destinati ad essere applicati direttamente dai giudici nazionali.

Soprattutto in alcuni settori, il diritto eurounitario di fonte giurisprudenziale sembra assumere quasi le sembianze di una marea, sovente priva di sistematicità, dalla quale gli ordinamenti nazionali vengono travolti, lasciando emergere sempre più radi arcipelaghi di diritto nazionale; benché lambito e percorso dalle correnti del diritto eurounitario, solo il ‘territorio’ dell’ordinamento nel quale si esercita lo *ius puniendi*, tradizionalmente refrattario alle influenze esterne, in quanto espressione più immediata della

sovranità nazionale, resta poggiato sulla ‘terraferma’ del diritto nazionale.

In tale ‘bozzetto’ la Corte di Giustizia ha tentato di ridisegnare i confini della ‘terraferma’, con la ormai celebre sentenza *Taricco*: decidendo su una questione pregiudiziale¹ sollevata dal Gup del Tribunale di Cuneo in un procedimento per le c.d. “frodi carosello”, la *Grande Chambre* della Corte UE, con la sentenza 8 settembre 2015, *Taricco* (causa C-105/14), ha affermato che, nei casi in cui la normativa nazionale in materia di prescrizione del reato – fissando un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, nell’ipotesi in cui impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive «*in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea*», ovvero nei casi in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare, questi è tenuto a dare piena efficacia agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari, «*disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE*»².

La conseguenza che ne fa derivare la Corte di Giustizia, nel caso di verifica dell’ineffettività sanzionatoria o della disparità di trattamento rispetto alle frodi lesive degli interessi finanziari nazionali, è l’obbligo del giudice nazionale di disapplicare direttamente le disposizioni in materia di interruzione della prescrizione – gli artt. 160, u.c., e 161, c.p. –, senza la mediazione di una modifica legislativa o di un sindacato di costituzionalità, in virtù dell’obbligo degli Stati membri di lottare contro attività illecite

¹ Basata su un’intuizione definita da V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?*, in *Dir. pen. contemp.*, 20 giugno 2016, 7, “amara, accorata, romantica”.

² Per un primo commento alla sentenza, all’indomani della pubblicazione, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 settembre 2015. Sulla questione *Taricco*, nell’ambito di una ricca letteratura, e senza pretesa di completezza, sia sufficiente rinviare alla raccolta di saggi a cura di A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, con una ampia presentazione del curatore (A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*), ed al volume collettaneo a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016.

lesive degli interessi finanziari dell'Unione imposti dal diritto primario, ed in particolare dall'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE³, che «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata»⁴.

In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, dunque, la Corte affermava l'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, che rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente⁵.

Ebbene, richiamando un'ormai celebre suggestione, si potrebbe affermare che, nel famoso 'dialogo tra Corti', del quale sono state sovente celebrate le «magnifiche sorti e progressive», la Corte di Giustizia U.E. abbia, con tale storica sentenza, pronunciato un (pressoché definitivo?) commiato dal paradigma, che caratterizza gli ordinamenti occidentali, della separazione dei poteri, e dalla sua diretta proiezione, nel sistema penale, della riserva di legge: «Good-bye, Montesquieu»⁶.

In tal senso, quasi evocando quella «fine della storia costituzionale» segnata dalla crisi della vicenda storica dello Stato costituzionale e della sovranità innegabilmente manifestatasi negli ultimi decenni⁷.

E così, confermando la propensione ad esercitare un 'controreazione' proprio nei momenti di *impasse* del processo di integrazione europea⁸, nell'attuale contingenza storica scandita dalla crisi derivante dal complesso fenomeno delle migrazioni delle popolazioni afflitte da guerre e povertà, dallo scetticismo – da ultimo, culminato nella c.d. *Brexit*, l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione - progressivamente manifestato nei confronti dello stesso progetto europeo, accusato di burocratizzazione ed eccessiva rigidità

³ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 50.

⁴ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 51.

⁵ CGUE, GS, 8 settembre 2015, C- 105/14, § 52.

⁶ B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, 2010, p. 128 ss.

⁷ Il riferimento è a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 15 aprile 2016, che, richiamando l'idea della 'fine della storia', e della democrazia liberale come forma di governo 'definitiva', proposta da Francis Fukuyama (in *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, trad.it. *La fine della Storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992), la considera una "illusione", poiché «gli Stati occupano tuttora una posizione di centralità non solo nei rapporti internazionali, ma anche nel processo di integrazione europea: sono tuttora i "signori dei Trattati"» (p. 5).

⁸ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *Dir. pen. contemp.*, 6 maggio 2016, 2 ss.; anche C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 ottobre 2016, p. 7 ss., sottolinea la coincidenza tra la fase di "stasi politica" e la fase di "eroismo giudiziario", che interviene in soccorso del processo di integrazione europea.

nelle politiche finanziarie, tali da comprimere lo spazio, anche domestico, delle politiche sociali, la Corte di Lussemburgo sembrava aver nuovamente ‘lanciato la palla in avanti’, rivendicando un ruolo da protagonista anche nella dimensione più refrattaria al processo di integrazione, in quanto prerogativa riservata ai singoli Stati, gelosi custodi dello *ius puniendi*.

Invero, la sentenza *Taricco* si iscrive nella medesima traiettoria tracciata, limitandosi all’ultimo decennio, dalla Corte UE, con attitudine ‘fagocitante’ delle competenze in materia penale, inaugurata dalla sentenza *Pupino* del 2005⁹, e culminata nella sentenza *Melloni* del 2013¹⁰, che, anticipando gli schemi concettuali riproposti a proposito delle frodi lesive degli interessi finanziari, ha negato la prevalenza del *surplus* di garanzie offerte da una Costituzione nazionale rispetto al diritto dell’Unione, obliterando l’art. 53 della Carta di Nizza (CDFUE) invocato dalla Corte costituzionale spagnola, in favore di un’applicazione indefettibile della *primauté* del diritto dell’Unione e dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci¹¹.

L’accelerazione impressa con la sentenza *Taricco*, tuttavia, assumeva ancor più rilievo, in quanto, a differenza dei casi appena richiamati, nei quali la *primauté* era stata ‘brandita’ nella dimensione processuale del sistema penale, concernendo profili di disciplina del processo penale (l’estensione dell’incidente probatorio, nella sentenza *Pupino*, e l’esecuzione di un mandato di arresto, nella sentenza *Melloni*), per la prima volta la Corte di Giustizia accedeva al «giardino proibito»¹² del diritto penale nazionale.

E l’ingresso avveniva forzando non soltanto il confine che perimetra il nucleo essenziale dei valori costituzionali dell’ordinamento nazionale, ma anche i limiti di attribuzione riconosciuti dai Trattati che regolano il funzionamento dell’Unione.

Una sentenza che, ove introiettata dall’ordinamento nazionale, avrebbe rischiato di innescare una potenziale «sovversione di sistema»¹³.

⁹ CGUE, GS, 16 giugno 2005, C-105/03. In tema, per tutti, AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi e V. Manes, Bologna, 2007.

¹⁰ CGUE, GS, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Ministero Fiscal*. In tema, per tutti, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale “à la carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Riv. Trim. Dir. pen. contemp.*, 2013, n. 3, p. 242 ss.

¹¹ Per un commento che, prendendo spunto dalla sentenza *Melloni*, si sofferma sul profilo di frizione con il principio di riserva di legge, nell’ottica dei controlimiti, per tutti, C. CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, p. 339 ss.

¹² Riprendendo la felice immagine, riferita alla valutazione probatoria, di P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, p. 587 ss.

¹³ V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., p. 1.

2. L'innescò del 'dialogo': le questioni di legittimità costituzionale

Nonostante l'occasione della pronuncia della Corte UE fosse stata la disciplina della prescrizione, che, nel nostro ordinamento, non gode di 'buona reputazione', nella sua dimensione applicativa, ma anche assiologica, aggravata da improvvise riforme normative, i giudici nazionali hanno immediatamente innescato il dialogo tra Corti: dapprima la Corte di Appello di Milano¹⁴, e poi, con più ampia estensione di parametri, la Corte di Cassazione¹⁵ hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale, denunciando non soltanto la violazione del principio di irretroattività delle norme penali, ma, considerando l'impatto che gli obblighi di disapplicazione *in malam partem* affermati dalla Corte di Giustizia possono determinare su alcuni dei fondamentali principi costituzionali che governano non soltanto il diritto penale, ma la stessa architettura istituzionale, anche i principi che garantiscono l'uguaglianza (art. 3 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.), la riserva di legge in materia penale e la determinatezza della norma penale (art. 25, comma 2, Cost.), anche in relazione alla soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.), strumentalizzata dal fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

2.1. La valutazione dei presupposti della disapplicazione: una Kriminalpolitik im kleinen?

In particolare, oltre alla evidente compromissione del divieto di retroattività delle norme penali *in malam partem*, il profilo che la *regula iuris* affermata dalla Corte di Giustizia rischiava di violare in termini del tutto eccentrici rispetto al sistema costituzionale italiano era insito nella valutazione dei presupposti della disapplicazione delle norme sulla prescrizione.

Invero, la Corte di Giustizia aveva individuato i presupposti dell'obbligo di disapplicazione delle norme sull'interruzione della prescrizione in concetti vaghi ed indeterminati, quali «*la frode e le altre attività illegali che ledono gli*

¹⁴ App. Milano, ord. 18.2.2015, n. 339, in G.U. n. 2 del 13.1.2016

¹⁵ Cass. pen., Sez. 3, 30.3.2016 (dep. 8.7.2016), n. 28346, Cestari; Cass. pen., Sez. 3, 31.3.2016 (dep. 1.8.2016), n. 33538, Adami. Al riguardo, sebbene abbiano invocato i medesimi parametri costituzionali, si può parlare di "ordinanze gemelle eterozigote", in quanto la seconda ordinanza divergeva unicamente in ordine alla omessa denuncia del contrasto con il principio di riserva di legge e con il principio di uguaglianza.

interessi finanziari dell'UE» ed il «*numero considerevole di casi di frode grave*» che dovrebbe essere oggetto di accertamento giudiziale.

In particolare il presupposto che, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, fondava l'obbligo di disapplicazione, ovvero la valutazione, rimessa al giudice nazionale, di apprezzare l'ineffettività delle sanzioni previste «*in un numero considerevole di casi di frode grave*» che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, oltre ad essere concettualmente indeterminato¹⁶, probabilmente più consono alle differenti esperienze di *common law* che pure integrano, sovente in maniera significativa, la matrice culturale della giurisdizione europea, era suscettibile di differenti declinazioni: 1) avrebbe potuto essere considerato *in astratto*, ovvero con riferimento all'integralità dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane; in tal caso, tuttavia, avrebbe implicato una prognosi di natura statistica che esula dai limiti cognitivi e valutativi del giudice; a ciò ostando non soltanto l'assenza di dati statistici affidabili, ma soprattutto l'orizzonte conoscitivo del singolo giudice, necessariamente limitato, dal vigente sistema processuale, ai *fatti di causa*, ovvero i *fatti* che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e dai quali dipenda l'applicazione di norme processuali (art. 187 c.p.p.) rilevanti nel singolo processo, non già nella generalità degli altri processi; 2) avrebbe potuto risolversi in una prognosi meramente empirica, sulla base dell'«esperienza» soggettiva del singolo giudice; in tal caso, tuttavia, il requisito sarebbe stato del tutto vago ed indeterminato, in quanto fondato su soggettivismi di difficile verificabilità (in senso epistemologico); 3) in una terza opzione interpretativa, il requisito del «*numero considerevole di casi di frode grave*» avrebbe potuto essere inteso *in concreto*, con riferimento alle fattispecie oggetto del giudizio rimesso al singolo giudice.

In tutti i casi, dunque, anche in quest'ultimo, che sembra affidare al giudice una più ristretta base cognitiva, la valutazione sul 'grado' (statistico, soggettivo, empirico) di ineffettività delle previsioni sanzionatorie restava comunque rimessa all'esclusiva decisione del giudice nazionale; e da tale valutazione sarebbe discesa una estensione o meno della punibilità.

¹⁶ Secondo E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 26 febbraio 2016, la prima ipotesi di disapplicazione (fondata sull'art. 325, par. 1, TFUE) prevista dalla Corte di Giustizia prevede una fattispecie «così indeterminata che non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell'attività giurisdizionale» (p. 6); ne consegue che il contrasto con il diritto europeo «non può essere accertato in un giudizio, ma richiede l'intervento del legislatore nazionale, il quale dovrà precisare quale sia la soglia di gravità della frode dell'Iva che rende operante l'obbligo per lo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive, tenuto conto delle statistiche nazionali sul numero di prescrizioni che sono state applicate ai detti reati di frode» (p. 7).

Non potendo parlarsi di mera *interpretazione*, mancando qualsiasi confine astratto della *norma*, e neppure di *discrezionalità*, mancando qualsiasi criterio, finalistico o fattuale, di riferimento, la categoria logica che veniva in rilievo, nel caso di specie, era dunque la *valutazione*, come del resto espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia; tuttavia, tranne che nel sindacato di costituzionalità, la *valutazione* ha ad oggetto le *prove*, non già la *norma*; e quindi se la *norma* diviene oggetto di *valutazione*, al di fuori di qualsiasi limite ‘legale’ o di qualsiasi criterio di riferimento, essa assume i contorni non già di una ‘regola di azione’, ma di un concetto del tutto elastico, soggetta al totale arbitrio (in senso epistemologico) del giudice, costretto a riempire di contenuto il concetto, ed insuscettibile di orientare «le libere scelte d’azione» del cittadino (Corte Cost., 364 del 1988).

In altri termini, l’assoluta carenza di tassatività della *norma* imponeva al giudice nazionale una valutazione di natura politico-criminale (una *Kriminalpolitik im kleinen*, secondo la felice definizione ‘ossimorica’ elaborata nella dottrina penalistica d’oltralpe), fisiologicamente riservata al legislatore, sulla effettività e dissuasività della complessiva disciplina normativa rispetto alla tutela degli interessi finanziari dell’UE¹⁷; *valutazione* che assegnava al giudice l’*an* della punibilità in concreto dei fatti lesivi degli interessi finanziari dell’UE.

L’attribuzione di un potere di *valutazione* dell’adeguatezza della *norma* al giudice comune, inoltre, sovvertiva non soltanto la natura del giudizio, ma altresì il carattere accentrato del controllo sulle norme: sotto il primo profilo, al giudice comune, cui compete la *valutazione del fatto* e l’*applicazione della norma*, veniva attribuita altresì la *valutazione della norma* (della sua adeguatezza politico-criminale); sotto il secondo profilo, si induceva una riallocazione del controllo sulla legge, che, nel nostro sistema costituzionale, è rimesso all’esclusiva competenza della Corte costituzionale; nell’impostazione della sentenza Taricco, invece, il controllo accentrato (sulla legittimità costituzionale) si dissolveva in un *controllo diffuso* sull’adeguatezza politico-criminale della legge – profilo comunque estraneo alla competenza della Consulta¹⁸, essendo prerogativa esclusiva del legislatore –, rimesso al giudice comune.

¹⁷ E’ questo, secondo C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., p. 15 ss., il profilo maggiormente critico della sentenza Taricco, il «limite inerente alla natura dell’attività giurisdizionale», suscettibile di essere azionato come controlimite.

¹⁸ Sui limiti del controllo di legittimità sui presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione o di risposta al reato, per tutti, D. PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

2.2. *Il contenuto della valutazione dei presupposti della disapplicazione e la dissoluzione dei confini tra Poteri dello Stato*

Sotto diverso ed ulteriore profilo, inoltre, l'affidamento al giudice dell'individuazione dell'*oggetto* («frode grave»), dell'*ambito di applicabilità* («la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE»), e della valutazione di ineffettività della disciplina («in un numero considerevole di casi di frode grave»), assegnava all'ordine giudiziario un *potere* normativo riservato al legislatore, che viola il principio fondamentale della separazione dei poteri, comportando una sovrapposizione del 'giudiziario' al 'legislativo', e l'attribuzione alla giurisdizione di una funzione *normativa* in materia penale patentemente inosservante del precetto che impone che il giudice sia soggetto «*soltanto alla legge*» (art. 101, comma 2, Cost.).

Laddove la frizione con il principio di separazione dei poteri non derivava, nel caso in esame, dalla 'provenienza' europea, o giurisprudenziale (rilevante ai diversi fini della riserva di legge), della norma, bensì dal *contenuto* della norma, che rimetteva direttamente al giudice la valutazione di adeguatezza di una disciplina penale ai fini di prevenzione; in altri termini, al giudice veniva affidata una valutazione di natura politico-criminale, relativa all'efficacia general-preventiva della complessiva disciplina penale a tutela degli interessi finanziari dell'U.E., che, in base al principio della divisione dei poteri¹⁹, non può che competere al legislatore, nazionale o anche - nei limiti e con le forme, soltanto indirette, previste dal TFUE - 'eurounitario'²⁰.

3. *L'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Consulta: prove di "dialogo"*

A fronte del *dictum* della Corte di Giustizia che, rinnegando anche la

¹⁹ Sottolinea tale profilo L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 10 dicembre 2015.

²⁰ Sottolinea tale profilo anche D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 ottobre 2016, 7, secondo cui «la novità della sentenza Taricco, che fa la differenza, (...) è che la valutazione affidata al giudice coinvolge la norma: non la sua legittimità rispetto a principi sovraordinati, ma la sua adeguatezza in concreto. (...) Non è una questione di *interpretazione* della norma. (...) E' una questione di politica del diritto penale, di competenza di chi pone la norma. (...) la riserva di legge e la determinatezza della legge penale sarebbero incrinare anche se il *dictum* della sentenza Taricco fosse pronunciato dal legislatore. Sarebbe il giudice, e non il legislatore, a decidere in ultima analisi sulla norma applicabile in materia di prescrizione».

propria precedente giurisprudenza che impediva interpretazioni *in malam partem*, ed ignorando i principi costituzionali che presidiano la materia penale nel nostro ordinamento e la stessa giurisprudenza costituzionale sulla natura sostanziale della prescrizione, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE in ordine alla 'questione *Taricco*', proponendo, invece, un tentativo di "dialogo" – leale, in quanto fondato su una delimitazione chiara delle proprie prerogative e delle proprie 'ragioni', e degli ambiti suscettibili di legittimo confronto – con la Corte di Lussemburgo.

Un tentativo, peraltro, fermo²¹ e, allo stesso tempo, 'astuto', perché è riuscita a 'mettere all'angolo' la Corte di Giustizia, concedendole l'alternativa tra ribadire la *primauté* (anche) in materia penale affermata con la sentenza *Taricco*, in tal modo, tuttavia, esponendosi al *pressoché* certo azionamento dei 'controlimiti', ovvero riformulare la *regula iuris*, declinandola in termini non incompatibili con i principi supremi dell'ordinamento italiano; in altre parole, la responsabilità politica ed istituzionale dell'eventuale scelta di ignorare il tentativo di 'dialogo', e di perseverare nel "monologo", è stata in tal modo rimessa alla Corte di Lussemburgo, come si evince chiaramente anche dal tenore dei tre quesiti sottoposti in sede di rinvio pregiudiziale.

Nel rinviare per l'interpretazione dell'art. 325 TFUE, la Consulta ha rivolto, infatti, tre 'domande retoriche', chiedendo se l'obbligo di disapplicazione dei termini di prescrizione previsti dalla normativa nazionale dovesse ritenersi applicabile: 1) anche in assenza di «una base legale sufficientemente determinata»; 2) anche se la prescrizione, che è estranea alle competenze dell'Unione, «è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; 3) anche se «sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

In altri termini, sul presupposto, chiaramente esposto nella motivazione, che il principio di legalità, nella duplice dimensione dell'irretroattività e della determinatezza della norma penale, rappresenti un "principio supremo", che contribuisce a connotare l'identità costituzionale dell'ordinamento italiano, la Consulta ha chiesto se dell'art. 325 TFUE dovesse essere fornita, dalla

²¹ In tal senso, tra i primi commenti in dottrina, F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 3, p. 285 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. contemp.*, 13 febbraio 2017. Per ulteriori riflessioni, sia sufficiente richiamare il volume collettaneo curato da A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

Corte di Giustizia, una interpretazione ‘incostituzionalmente orientata’²².

Interpretazione che, nei *caveat* della Consulta, avrebbe fatto scattare automaticamente i ‘controlimiti’.

Oltre che ferma ed ‘astuta’, la decisione costituzionale è stata altresì caratterizzata da garbo istituzionale, espresso innanzitutto nella decisione di operare un rinvio pregiudiziale, dissimulando «un persistente dubbio interpretativo sul diritto dell’Unione» e «sul significato da attribuire all’art. 325 del TFUE sulla base della sentenza resa in causa Taricco»²³; garbo manifestato anche nell’opzione di non richiamare mai i ‘controlimiti’ – espressione pure ormai acquisita alla giurisprudenza costituzionale a partire dalla celebre sentenza n. 238 del 2014²⁴ –, per evitare di veicolare un messaggio poco dialogico, di ‘confronto muscolare’, ricorrendo, viceversa, ad un registro argomentativo privo di connotati polemici (come talvolta si è registrato nelle decisioni del *Bundesverfassungsgericht*²⁵), e adoperando sempre la circonlocuzione «principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e diritti inalienabili della persona», ovvero la nozione di «identità costituzionale», espressamente richiamata dall’art. 4, § 2, TUE²⁶; messaggio

²² G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in *archiviopenaleonline*, 2017, n. 1, p. 13.

²³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 3.

²⁴ Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238; l’importanza della decisione è attestata dalla particolare attenzione manifestata dalla dottrina: senza pretesa di completezza, M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, 84 ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Quest.giust.*, 2015, n.1, p. 57 ss.; E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, p. 64 ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Quest. giust.*, 2015, n.1, p. 76 ss.; A. RUGGERI, *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta on line*, 2014; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in *Federalismi*, 2016, n. 1, p. 2 ss.; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2 novembre 2014.

²⁵ Di recente, *Bundesverfassungsgericht*, Secondo Senato, 15 dicembre 2015, R., consultabile in *www.bundesverfassungsgericht.de*; in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1748, con osservazioni di N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell’ordinamento comunitario negli Stati nazionali?*, *ivi*, p. 1749 ss.; per un commento, M.D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L’ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 28 settembre 2016.

²⁶ Anche G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti comparati*, 20 febbraio 2017, p. 2 s., sottolinea il differente registro dialettico rispetto ad altre Corti costituzionali, evidenziando che la ricostruzione della Consulta «ripropone la vitalità di un *Italian style* nell’impostazione

dialogante desumibile anche dagli incisi retorici che ritengono «sommamente improbabile» il caso che l'applicazione del diritto dell'Unione possa, in specifiche ipotesi, rivelarsi inosservante dei principi supremi e dei diritti inalienabili²⁷.

Ma la reale cifra della decisione della Corte costituzionale va rinvenuta senz'altro nel denso apparato motivazionale, che, pur proclamando la propria devozione alla *primauté*, contemporaneamente ha affermato una netta rivendicazione della supremazia dei controllimiti.

Chiarite preliminarmente le coordinate lessicali sulle quali è possibile impostare un reale 'dialogo', la Consulta ha individuato nel principio di determinatezza il cardine della verifica rimessa alla Corte di Giustizia.

Tra i molteplici parametri costituzionali invocati dai giudici remittenti, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale ha concentrato l'attenzione sulla declinazione della legalità penale che maggiormente involge il rapporto tra legislatore e giudice; e la verifica della determinatezza della *regula iuris* desunta dalla sentenza *Taricco* è stata sollecitata sotto un duplice profilo: quello della ragionevole prevedibilità, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che l'art. 325 TFUE avrebbe imposto la non applicazione della disciplina nazionale sugli atti interruttivi della prescrizione; e quello dell'assegnazione al giudice di «discrezionali valutazioni di politica criminale», in violazione del «principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale»²⁸.

Ma la verifica sollecitata non era una 'delega in bianco' alla Corte di Lussemburgo, perché la Consulta, sul presupposto già esplicitato che la determinatezza, in quanto declinazione del principio di legalità e della separazione dei poteri, rappresenta un «principio supremo», non ha esitato a pronunciarsi su entrambi i profili, pur sempre ribadendo l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione della base legale, individuata nell'art. 325 TFUE²⁹: quanto al primo, richiamandosi anche all'art. 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Corte ha sostenuto di essere «convinta che la persona non potesse ragionevolmente

dei rapporti tra diritto interno e diritto UE», offrendosi «come valida alternativa rispetto ad analoghi criteri di giudizio forgiati in questi anni di turbolenza costituzionale da altre Corti costituzionali, prima fra tutte il *Bundesverfassungsgericht*».

²⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 2.

²⁸ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

²⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5: «Non spetta certamente a questa Corte attribuire all'art. 325 TFUE un significato differente da quello che gli conferisce la Corte di Giustizia; è invece suo dovere prendere atto di quel significato e decidere se esso fosse percepibile dalla persona che ha realizzato la condotta avente rilievo penale».

pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 TFUE prescrivesse al giudice di non applicare» le norme sull'interruzione della prescrizione, ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione; in ordine al secondo profilo, la Consulta ha affermato che «non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole di casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia»; al riguardo, pur non dubitandosi che il requisito si riferisca alla «sistematica impunità», «tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa».

E in uno dei passaggi maggiormente significativi dell'ordinanza della Corte costituzionale, probabilmente di quelli che potrebbero maggiormente 'fertilizzare' la giurisprudenza (anche costituzionale) futura, viene affermato che la legge penale, che governa l'attività giurisdizionale, «non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice»³⁰.

Inoltre, sotto il profilo dei rapporti tra Unione e Stati membri, particolarmente rilevante appare la precisazione con cui la Consulta ha provveduto ad una delimitazione dei confini, chiarendo che, se alla Corte di giustizia spetta il «compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione», è alla Corte costituzionale che spetta l'*Identitätskontrolle*, «la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale».

3.1. *L'ordinanza 'monito' e lo spostamento del baricentro della produzione del diritto penale*

La decisione della Corte costituzionale, fondata sulla simulazione di devozione "istituzionale" al primato del diritto UE, e sulla contemporanea sterilizzazione della 'regola Taricco', potrebbe essere definita, in termini descrittivi, come un'ordinanza "monito"³¹; un monito rivolto alla Corte

³⁰ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5: «Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento».

³¹ Di grande rilevanza è la recente ordinanza-'monito' pronunciata da Corte cost., n. 207 del 2018, in tema di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), caratterizzata, altresì, dall'inedito rinvio della decisione di un anno per consentire al legislatore una regolamentazione della materia delle scelte di fine-vita. Per tutti, in un dibattito già intenso, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dir.*

di Giustizia UE affinché rivedesse la *regula iuris* affermata con la sentenza *Taricco*, rendendola non incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento nazionale.

Se si pensa al fatto che le sentenze-monito sono state tradizionalmente rivolte al legislatore, con un invito a rendere la disciplina di un dato oggetto conforme a Costituzione³², in alcuni casi accompagnandolo da una sorta di minaccia di una possibile decisione di accoglimento³³ – come nel caso dell'ordinanza 24 del 2017 –, il differente destinatario al quale è stato, questa volta, rivolto il “monito” – la Corte di Giustizia UE – appare un indice francamente eloquente dello spostamento del baricentro delle fonti di produzione (anche) del diritto penale.

pen. contemp., 3 dicembre 2018; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 marzo 2019; L. EUSEBI, *Regole di fine vita e poteri dello Stato: sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 27 marzo 2019; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Dir. pen. contemp.*, 8 aprile 2019. Come è noto, in assenza del pur sollecitato intervento legislativo, il ‘caso Cappato’ ha avuto il proprio epilogo nella sentenza della Corte Cost. n. 242 del 22 novembre 2019, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della fattispecie di aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p. Il medesimo schema decisorio già seguito per il ‘caso Cappato’ è stato reiterato, a proposito della legittimità ‘convenzionale’ e costituzionale della pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa, con l'ordinanza n. 131 del 26 giugno 2020, con cui la Corte Costituzionale, tenendo conto della pendenza in Parlamento di diversi progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo stampa, ha rinviato di un anno la decisione, demandando al legislatore «la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica», e, dall'altro, «di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale», disegnando «un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco», che contempli non solo il ricorso a sanzioni penali non detentive e a rimedi civilistici e riparatori, ma anche a «efficaci misure di carattere disciplinare», e che riservi la pena detentiva soltanto alle condotte che «assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio». Per un primo commento in dottrina, M. MANTOVANI, *Dalla Consulta un requiem per la tutela penale dell'onore?*, in *PenDirProc*, 8 ottobre 2020; GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo ‘schema-Cappato’ e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *SistPen*, 10 giugno 2020.

³² Per tutti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2013, 13° ed. aggiornata da G. Silvestri, p. 504.

³³ M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, 11 giugno 2010, p. 21, che rammentano, altresì, la definizione, in dottrina, di sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, o di sentenze di rigetto (o di inammissibilità) con accertamento di incostituzionalità.

Ed in un sistema costituzionale tuttora presidiato dal principio di riserva di legge assoluta in materia penale il rilievo dovrebbe far molto riflettere, anche in una prospettiva che prescinde dall'occasione fornita dalla sentenza *Taricco*, sulle lunghe traiettorie percorse, probabilmente abbacinati da un inconsapevole e dogmatico 'euro-entusiasmo', sulla strada della dissoluzione del sistema costituzionale di produzione del diritto penale.

3.2. *La Corte costituzionale custode esclusiva dei 'controlimiti'*

L'altro profilo di particolare rilievo affermato dalla Corte Costituzionale concerne la rivendicazione del ruolo di esclusivo custode dei 'controlimiti', anche nei rapporti con l'ordinamento eurolunitario.

La Consulta, infatti, è molto netta nell'affermare che la Corte di giustizia ha il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, ma che la valutazione in ordine al rispetto dell'*identità costituzionale*, alla compatibilità del diritto eurolunitario (come interpretato dalla Corte UE) con i principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall'ordinamento nazionale compete esclusivamente alla Corte costituzionale.

Una rivendicazione ormai ineludibile, perché la Corte di giustizia, innescando il meccanismo del 'dialogo diretto' con i giudici comuni, aveva già tentato di dissolvere il controllo accentrato di costituzionalità, così come delineato (anche) nel nostro ordinamento costituzionale; nell'affidare al giudice comune il compito di disapplicare direttamente la disciplina nazionale, allorquando contrastante con gli scopi e gli interessi europei, la Corte di Lussemburgo, con la 'regola *Taricco*', non faceva altro che spostare il baricentro da un controllo accentrato (sulla legittimità costituzionale) ad un *controllo diffuso* sull'*adequatezza politico-criminale* della legge, rimesso al giudice comune³⁴.

Nella chiara rivendicazione del ruolo della Corte costituzionale di custode esclusivo dell'*Identitätskontrolle* assume, peraltro, un ruolo centrale il «ripudio» del «giudice di scopo»³⁵ ed il rinnovato spessore riconosciuto al principio di determinatezza.

Nell'estromettere il "giudice di scopo" dall'orizzonte costituzionale dell'ordinamento nazionale, e, di conseguenza, dallo 'strumentario'

³⁴ Cfr. *infra* § 2.1. .

³⁵ C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (Caso Taricco)*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 449, che sottolinea l'uso del medesimo verbo – «ripudiare» – adoperato nell'art. 11 Cost., quasi a richiamare le fondamentali ragioni di pace su cui poggiano le limitazioni di sovranità.

utilizzabile dalla Corte di giustizia per l'esplicazione della funzione propulsiva autoattribuitasi, la Consulta afferma «il principio che l'attività del giudice (...) deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate»³⁶, sostenendo che la determinatezza non possa ritenersi rispettata allorquando i concetti adoperati dalla norma – gli elementi normativi della fattispecie – non siano «riempibili di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa»³⁷.

Sembra, dunque, che il canone della determinatezza non possa più esaurirsi nella '*determinabilità*' della norma, sulla scorta anche dell'interpretazione (costante) del giudice – nel solco della giurisprudenza costituzionale pronunciata sul reato di "disastro innominato"³⁸ –, ma debba coincidere con l'eshaustività precettiva della descrizione legale.

L'interrogativo che occorre porsi, nella vicenda *Taricco*, concerne, dunque, la reale latitudine del «profilo della carente determinatezza della *norma europea*»³⁹ evidenziata dalla Consulta.

In altri termini, per rispettare la determinatezza intesa come '*determinabilità*', sarebbe stato sufficiente, alla Corte di giustizia, integrare i requisiti ed i presupposti della *regula iuris* posta con la sentenza *Taricco*, magari 'tassativizzandola' mediante precisazione del requisito di gravità delle frodi, e del numero considerevole di frodi gravi. In tal senso, l'*oggetto* della determinatezza sarebbe stata la *regula iuris*, come formulata (e, in ipotesi, integrata) dalla Corte di giustizia.

Nella declinazione assunta dalla Corte costituzionale, invece, l'*oggetto* della verifica del rispetto del principio di determinatezza non è la *regula iuris* affermata dalla sentenza della Corte UE, bensì la *disposizione* (*recte*, la *norma*); e la funzione storica di garanzia tradizionalmente assegnata alla determinatezza, quale corollario della separazione dei poteri e quale presupposto di conoscibilità della 'legge' in funzione di libertà⁴⁰, nonché

³⁶ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

³⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

³⁸ Corte Cost., 1 agosto 2008, n. 327. Al riguardo, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., § 3, richiamando l'immagine efficacemente proposta da Francesco PALAZZO della geometria variabile della determinatezza, trasformatasi da linea verticale in triangolo (F. PALAZZO, *Introduzione alla Sessione «Common law, civil law e oltre»*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *Civil Law e Common Law: quale "grammatica" per il diritto penale?*, Napoli, ESI, 2018, p. 89 ss.), evidenzia come, nella sentenza del 2008, la determinatezza si rivolga *anche* al giudice, per supplire in via interpretativa ad eventuali carenze descrittive della fattispecie (p. 14).

³⁹ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 9.

⁴⁰ In tema, per tutti, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, *passim* (spec. p. 138 ss., 163 ss.); S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive*

quale precipitato del principio di riserva di legge, è intrinsecamente legata alla determinatezza dell'*enunciato normativo*⁴¹.

4. Il 'passo indietro' della Corte di Giustizia: la sentenza Taricco-bis

Con la sentenza del 5 dicembre 2017 la Corte di Giustizia aggiunge un'ulteriore tessera al composito mosaico disegnato nella c.d. saga Taricco dalle diverse pronunce che si sono susseguite; una tessera che, tuttavia, ribadisce le differenze 'stilistiche' dei diversi autori del mosaico, e che lascia quasi pensare che le tecniche compositive siano troppo divergenti tra loro per poter realizzare una composizione unitaria.

Nonostante sia stata accolta con un certo favore nei primi commenti dottrinali e nel dibattito innescato dalle numerose questioni in gioco⁴², la sentenza M.A.S. (da ora *Taricco bis*) sembra in realtà avere avuto un unico, per quanto non scontato, merito: quello di avere disinnescato la 'bomba' dei c.d. controlimiti, eludendo⁴³ la terza questione rimessa dalla Corte

del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano, Napoli, 2001, *passim*.

⁴¹ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 319 ss.

⁴² Oltre ai lavori che saranno citati nelle successive note, ed ai contributi raccolti nel volume collettaneo curato da C. Amalfitano, *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, Giuffrè, 2018, senza pretesa di completezza, E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. pen. contemp.*, 23 dicembre 2017, n. 12; E. LUPO, *La sentenza Taricco-bis e i suoi effetti*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 gennaio 2018; F. VIGANÒ, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibrismi della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1281 ss.; F. URBINATI, *L'epilogo di "Taricco bis": la Corte di Giustizia cede all'ordinanza della Consulta*, in *Arch. pen. web*, n. 3 del 2017; A. LONGO, *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, *ivi*, n. 1 del 2018; R. BIN, *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2 febbraio 2018 (nonché nel volume curato da C. Amalfitano, *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., p. 227); V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 12 gennaio 2018; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. I controlimiti come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua, in *Giurispr. penale web*, n. 12 del 2017. Sia altresì consentito rinviare a G. RICCARDI, *La Corte di giustizia tra "dialogo" e "monologo" nella "saga Taricco": silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in C. Amalfitano (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., p. 319-345 (nonché in *Dir. pen. contemp.*, 28 marzo 2018).

⁴³ F. VIGANÒ, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea'*, cit., p. 1311, sottolinea come «la vicenda Taricco mostra, una volta di più, quanto le corti sappiano accortamente evitare di confrontarsi

Costituzionale con l'ordinanza di rinvio con un «elegante *glissé*»⁴⁴.

Tuttavia, ha lasciato sul campo tutti gli interrogativi ed i potenziali vettori di una «sovversione di sistema»⁴⁵.

Per il resto, infatti, pur sterilizzando la 'regola *Taricco*' per i fatti commessi fino alla prima pronuncia dell'8 settembre 2015, la Corte di Lussemburgo ha ribadito la consistenza e la vigenza della *regula iuris*, mediante disinvolve (o inconsapevoli?) interpretazioni del principio di irretroattività della legge penale, calibrato, in realtà, sul diverso concetto di *prevedibilità*, ed una implicita riaffermazione della autoattribuzione di competenze penali dirette.

4.1. Vero 'dialogo', o 'monologhi' camuffati?

L'architettura della sentenza *Taricco bis* è piuttosto scarna, e, come di consueto, assertiva, soprattutto se confrontata con il denso e complesso apparato motivazionale dell'ordinanza della Corte costituzionale, poggiato su solidi, quanto eleganti, pilastri argomentativi.

Premesso l'ormai rituale e quasi taumaturgico richiamo al dialogo, la Corte UE, rammentando il compito degli Stati membri di «garantire una riscossione effettiva» delle risorse proprie dell'Unione⁴⁶ - come se la riscossione dipendesse dal sistema penale, e non già dal sistema amministrativo -, ha ribadito innanzitutto la portata precettiva dell'art. 325 TFUE, che «pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi»⁴⁷.

A differenza della prima pronuncia, tuttavia, il destinatario prioritario viene individuato nel «legislatore nazionale», al quale «spetta, in prima battuta, (...) stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE» garantendo che «il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA» (§ 41).

con le questioni di principio quando la posta in gioco è molto alta sul piano politico».

⁴⁴ R. BIN, *Taricco Tango*, cit., p. 1. L'immagine del Tango, quale metafora del supposto 'dialogo' tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale, era già stata evocata in G. RICCARDI, "Patti chiari, amicizia lunga". *La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti*, cit., p. 355 ss. (e già in *Dir. pen. contemp.*, 27 marzo 2017), laddove, metaforicamente, si ammoniva sul rischio che una danza, fondata su una serie di rigorosi codici condivisi, potesse determinare una rovinosa caduta in caso di inosservanza degli stessi (p. 378).

⁴⁵ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit. .

⁴⁶ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 32.

⁴⁷ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 38.

E, tuttavia, l'obbligo di disapplicazione «spetta» anche, evidentemente nelle more di un intervento legislativo adeguato, «ai giudici nazionali competenti a dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» (§ 39), «a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (§ 62).

Ebbene, la riaffermazione della regola *Taricco*, espressione della *primauté*, viene dunque temperata dalla clausola di riserva prevista nei casi di violazione dei principi di irretroattività e di determinatezza.

Al riguardo, infatti, la Corte europea, nell'intento di evitare lo scontro, ha raccolto il suggerimento della Corte Costituzionale italiana⁴⁸, ed ha percorso il *commodus discensus* indicatole, sostenendo di avere già affermato, nella prima sentenza *Taricco*, la necessità che «i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati»⁴⁹.

A questo punto la Corte, nel sottolineare «l'importanza (...) che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile»⁵⁰, ha individuato nell'art. 49 della Carta di Nizza (§ 52) e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (§ 53) – e dunque nell'art. 6, par. 3, TUE, e non nell'art. 4, par. 2, TUE, pure invocato dalla Corte costituzionale – la 'copertura' eurounitaria del principio di legalità, così attraendolo nella dimensione europea.

E le declinazioni del principio di legalità, secondo la Corte, concernono: a) la necessità che le disposizioni penali rispettino determinati «requisiti di accessibilità e di prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena» (§ 55); b) «il requisito della *determinatezza* della legge applicabile», che «implica che la legge definisca

⁴⁸ Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, § 7, laddove, richiamando appunto i paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, affermava: «il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione».

⁴⁹ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 46, che richiama espressamente il par. 53 della prima sentenza *Taricco*.

⁵⁰ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 51.

in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono» (§ 56); c) «il principio di *irretroattività* della legge penale» (§ 57).

Tanto premesso, la Corte di giustizia ha concluso affermando che, poiché i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA (§ 58), spetterà al giudice nazionale verificare se l'obbligo di disapplicazione enucleato dalla sentenza *Taricco* «conduca ad una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio di determinatezza della legge applicabile»⁵¹.

Il principio di irretroattività, invece, impedirà la disapplicazione nei confronti delle «persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA *prima della pronuncia della sentenza Taricco*», cui potrebbero altrimenti essere inflitte «sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate»⁵².

In tali casi, dunque, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a conformarsi all'obbligo di disapplicazione enunciato con la sentenza *Taricco*.

4.2. *Le equazioni improprie: la 'prevedibilità' sta alla 'irretroattività' come la sentenza europea sta alla legge*

La decisione della Corte di Giustizia ha evitato, dunque, la deflagrazione della 'bomba'⁵³, rappresentata dai controlimiti, affermando la prevalenza dei principi di irretroattività e determinatezza sulla regola *Taricco*.

Tuttavia, è la concreta delimitazione dei principi operata dalla Corte europea che non ha dissolto tutti i dubbi interpretativi ed applicativi, suscitando preoccupazioni per la tenuta costituzionale del sistema penale italiano.

Con particolare riferimento al principio di irretroattività, invero, va innanzitutto evidenziato che la prima sentenza *Taricco* aveva già operato uno scrutinio dell'obbligo di disapplicazione con l'art. 49 della Carta di Nizza, sostenendo che «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un

⁵¹ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 59.

⁵² CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 60 (corsivo aggiunto).

⁵³ M. BASSINI – O. POLLICINO, *Defusing the Taricco Bomb through Fostering Constitutional Tolerance: All Roads Lead to Rome*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 dicembre 2017.

effettivo perseguimento dei fatti incriminati»⁵⁴. Adottando quale parametro di riferimento l'art. 49 della Carta di Nizza⁵⁵, che, in forza del successivo art. 52, recepisce il principio del *nullum crimen* nell'estensione riconosciutagli dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formata sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU, la Corte di Lussemburgo aveva affermato che la materia della prescrizione del reato concerne il profilo *processuale* delle condizioni di procedibilità del reato, e dunque non è coperta dalla garanzia del *nullum crimen*; in tal senso, infatti, anche l'applicazione del termine di prescrizione a fatti già commessi, ma non ancora giudicati in via definitiva, doveva ritenersi compatibile con l'art. 7 CEDU, che si limita a garantire che il soggetto non sia punito per un «fatto» o con una «pena» non previsti dalla legge al momento della sua commissione⁵⁶.

Con la sentenza *Taricco bis*, la Corte di Giustizia ha invece affermato che «il principio di irretroattività della legge penale osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una *norma nazionale* adottata prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto»⁵⁷.

La declamazione del principio è alta, la sua applicazione molto meno.

Nonostante l'irretroattività sia stata, infatti, riferita alla vigenza di una «norma nazionale», nondimeno la Corte di Lussemburgo ha in realtà applicato il principio del limite temporale della norma penale individuando la stessa sentenza *Taricco* come *dies a quo* per la 'vigenza' (la terminologia, del tutto inedita per una decisione giurisdizionale, è un indice eloquente del fenomeno di metamorfosi della legalità penale) dell'obbligo di disapplicazione.

Ebbene, oltre a lasciare residuare problemi applicativi per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015, sotto altro profilo, l'opzione interpretativa rinnega il fondamento stesso del principio di irretroattività, che è indissolubilmente legato alla *legge*.

In altri termini, la Corte di Giustizia si è autoriconosciuta un ruolo di *giurisprudenza-fonte*, collegando l'operatività del principio di irretroattività alla *sentenza*, e non più alla *norma*, ed attribuendo una natura costitutiva, e

⁵⁴ CGUE, 8 settembre 2015, *Taricco*, cit., § 55.

⁵⁵ «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

⁵⁶ CGUE, 8 settembre 2015, *Taricco*, § 57.

⁵⁷ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 57 (corsivo aggiunto).

non meramente cognitiva, alle proprie decisioni, anche in materia penale.

Ciò che comporta una vistosa attribuzione di competenze penali dirette, che, in un sistema costituzionale (ancora) presidiato dal principio di riserva di legge assoluta in materia penale, infligge un evidente *vulnus* al tessuto costituzionale.

In realtà, oltre ad avere completamente ignorato il corollario della riserva di legge – che, in verità, non era stato sottoposto dalla Corte Costituzionale nell’ordinanza di rinvio –, la Corte europea ha declinato l’irretroattività non già nei termini di un limite *oggettivo* di efficacia temporale della *legge* penale, bensì nei termini di mera *prevedibilità soggettiva* della *norma* penale (di fonte anche giurisprudenziale); sicché la solenne affermazione del principio di irretroattività (§ 57) è stata, in realtà, ridimensionata, immediatamente dopo (§ 60), in una mera *prevedibilità soggettiva* dell’applicabilità di una norma, in una *fairness*, intesa come affidamento a che le regole non vengano cambiate in corsa⁵⁸.

Anche perché, se la ‘base legale’ dell’obbligo di disapplicazione *in malam partem* è stata individuata dalla Corte di Lussemburgo nell’art. 325 TFUE, coerenza avrebbe imposto che la ‘norma europea’ fosse in realtà già vigente dall’adozione del Trattato, e che la sentenza *Taricco* ne avesse soltanto ‘dichiarato’ l’esistenza; con conseguente irrilevanza di qualsivoglia problema di applicazione retroattiva⁵⁹.

Al contrario, merita di essere ribadito che la sentenza *Taricco* non può essere assunta, nell’ordinamento nazionale, alla stregua di una *legge processuale* o *sostanziale*, la cui ‘entrata in vigore’ segna il limite temporale di applicazione⁶⁰, a ciò ostando il principio di legalità in materia penale, nella duplice dimensione della riserva di legge e della irretroattività (nella più ampia declinazione costituzionale, scandita sul rapporto tra *fatto-reato* e *legge*, e non in quella eurounitaria).

⁵⁸ Sulla dimensione della *fairness* come ragionevole prevedibilità, C. SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, cit., p. 448.

⁵⁹ Come coerentemente affermato dalla prima decisione della Corte di Cassazione (Sez. 3, n. 2210 del 17/09/2015 - dep. 20/01/2016, Pennacchini, Rv. 266121) dopo la sentenza *Taricco*, che si era conformata all’obbligo di disapplicazione *in malam partem* enucleato dalla Corte di giustizia.

⁶⁰ Sul punto, sia consentito rinviare a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurounitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in *Cass. pen.*, n. 2 del 2017, p. 877 (già in Atti del Convegno di studi “*Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*”, in *Rivista AIC*, n. 4 dell’11/11/2016, p. 10 ss.).

4.3. *Il principio di determinatezza nel dialogo diretto con il giudice nazionale: prove di controllo diffuso di costituzionalità?*

L'affermazione del principio di determinatezza, quale ostacolo alla 'vigenza' dell'obbligo di disapplicazione enucleato dalla sentenza *Taricco*, appare di particolare rilievo, non soltanto perché, a quanto consta, è stata la prima volta che la giurisprudenza europea ne fa un espresso riconoscimento, ma anche perché viene riferita alla "legge", e, solo con ruolo ausiliario, all'interpretazione: «tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, *in base al testo della disposizione rilevante* e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale»⁶¹.

Nel dubbio interpretativo sulla nozione di determinatezza che sarebbe stata assunta a parametro, come mera 'determinabilità', ovvero come determinatezza dell'*enunciato normativo*⁶², quale esaustività precettiva della descrizione legale, la declinazione della determinatezza operata dalla Corte di Giustizia appare, sorprendentemente, ampia, in quanto riferita non già alla *regula iuris* affermata dalla sentenza *Taricco*, ma all'*enunciato normativo*, seppur con una (non meglio precisata nell'estensione) apertura all'ausilio dell'interpretazione.

Il futuro rivelerà se si tratti di sterile enunciazione di principio, o di affermazione capace di 'fertilizzare' anche la giurisprudenza europea.

Sul punto, peraltro, la Corte di giustizia ha rimesso «al giudice nazionale» il compito di verificare il rispetto del canone della determinatezza da parte della regola *Taricco* (§ 59).

Eppure, la Consulta era stata molto netta nell'affermare che la Corte di giustizia ha il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione, ma che la valutazione in ordine al rispetto dell'*identità costituzionale*, alla compatibilità del diritto eurounitario (come interpretato dalla Corte UE) con i principi supremi e i diritti inalienabili garantiti dall'ordinamento nazionale compete esclusivamente alla Corte costituzionale, ed aveva già escluso la possibilità di «definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi»⁶³, rinnegando l'idea stessa di un "giudice di scopo".

⁶¹ CGUE, 5 dicembre 2017, cit., § 56 (corsivo aggiunto).

⁶² Cfr. *infra* § 3.2. .

⁶³ Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

Dopo avere già tentato di dissolvere il controllo accentrato di costituzionalità, demandando al giudice comune, con la ‘regola *Taricco*’, un *controllo diffuso* sull’*adequatezza politico-criminale* della legge, con la sentenza *Taricco bis*, la Corte di giustizia ha affidato lo scrutinio di compatibilità della *regula iuris* con il principio di determinatezza al «giudice nazionale» competente a disapplicare le norme in tema di prescrizione; in tal modo non soltanto eludendo il confronto con la Corte costituzionale, ma, al tempo stesso, continuando ad interessare quel ‘dialogo’ diretto con i giudici nazionali, già ingaggiati dalla prima sentenza *Taricco* per la ‘lotta’ contro le frodi che ledono gli interessi finanziari europei, loro demandando un *controllo diffuso di costituzionalità* sulla determinatezza della *regula iuris* che, evidentemente, non è ammissibile nel nostro ordinamento costituzionale.

5. La Corte Costituzionale chiude la saga: la sentenza n. 115 del 2018

Con la sentenza n. 115 del 31 maggio 2018 la Corte Costituzionale chiude la c.d. ‘saga *Taricco*’, fornendo alcune importanti precisazioni⁶⁴.

Va, innanzitutto, sottolineata la scelta della Consulta di affrontare le questioni rimaste sul tappeto, con una sentenza interpretativa di rigetto, senza eludere, con una meno impegnativa ordinanza di inammissibilità per sopravvenuta irrilevanza, i profili di criticità emersi nel ‘dialogo’ con la

⁶⁴ In dottrina, senza pretesa di completezza, si vedano i contributi di D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimiti e implicita negazione dell’effetto diretto*, M. CAIANIELLO, *Quel che resta del dialogo*, V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in *Primato del diritto dell’Unione europea*, a cura di C. Amalfitano, cit., rispettivamente 377 ss., 391 ss., 407 ss.; nonché C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Dir. pen. contemp.*, 4 giugno 2018; C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018; P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, *ibidem*, 5 giugno 2018; M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 luglio 2018; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in www.giurcost.org/, 3 settembre 2018; F. FERRARO, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in *Federalismi*, 26 settembre 2018; FE. MAZZACUVA, *L’epilogo della “saga Taricco”: spunti per una breve riflessione sulla legalità penale*, in *Indice penale*, 2018, 651 ss.; M. LUCIANI, *La dura realtà e il “caso Taricco”*, in *Diritto penale e processo*, 2018, n. 10, p. 1284 ss.; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, *ibidem*, p. 1289 ss.

Corte di giustizia; invero, i giudizi *a quibus* riguardavano fatti antecedenti alla sentenza *Taricco*, per i quali la Corte di Lussemburgo, con la seconda pronuncia, aveva escluso l'applicazione retroattiva della 'regola'.

E ciò ha fatto, verosimilmente, consapevole della reale cifra 'politica' della decisione, che coinvolge, all'evidenza, i rapporti tra l'ordinamento eurounitario e gli ordinamenti nazionali, ed i limiti dell'attività para-normativa della Corte di Giustizia, sullo sfondo della garanzia costituzionale della riserva di legge e, ancora più a monte, della divisione dei poteri.

Del resto, la Corte di Giustizia, nonostante il 'passo indietro' mosso con la sentenza *Taricco bis*, aveva lasciato tre questioni aperte: 1) la verifica di compatibilità costituzionale della regola *Taricco* rimessa al sindacato diffuso del giudice comune; 2) la pretesa armonizzazione della disciplina della prescrizione in seguito all'adozione della Direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017, che avrebbe fondato una natura processuale dell'istituto; 3) la rilevanza della regola *Taricco* per i fatti commessi dopo l'8 settembre 2015.

Sicché la Consulta è stata costretta a sgombrare il campo del 'dialogo' da una serie di potenziali fraintendimenti, forzando elegantemente il requisito della rilevanza⁶⁵, «perché riconoscere solo sulla base della sentenza M.A.S. l'avvenuta prescrizione significherebbe comunque fare applicazione della "regola Taricco", sia pure individuandone i limiti temporali» (§ 10).

Ed ha definito le questioni rimaste aperte con tre passaggi essenziali, che meritano di essere brevemente richiamati.

Innanzitutto, la prima questione, quella della competenza a verificare la compatibilità della regola *Taricco* con il principio di determinatezza: il rischio di alterare il sistema costituzionale di controllo accentrato di costituzionalità, insito nel tentativo della Corte UE di instaurare un 'dialogo diretto' con il giudice comune, è stato infatti escluso con una univoca rivendicazione del ruolo di custode esclusivo dei controlimiti, che ribadisce espressamente quanto già affermato con l'ordinanza n. 24 del 2017: «L'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona. A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto. Perciò (...) in seguito alla sentenza M.A. S. spetta innanzi tutto a questa Corte la valutazione circa l'applicabilità della "regola Taricco" nel

⁶⁵ P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, cit., p. 4.

nostro ordinamento» (§ 8).

Anche la seconda questione lasciata aperta, riguardante la natura della prescrizione, è stata definita in maniera *tranchant*, con una sorta di ‘costituzionalizzazione’ della natura sostanziale⁶⁶: «Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l’effetto di impedire l’applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell’alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall’art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza. La prescrizione pertanto deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all’oblio e l’interesse a perseguire i reati fino a quando l’allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l’applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile (...)» (§ 10).

La terza questione, infine, concernente i residui, e solo potenziali, spazi di applicabilità della regola *Taricco* ai fatti commessi dopo l’8 settembre 2015, è stata risolta con una riaffermazione forte del principio di determinatezza⁶⁷, che, dischiudendo inediti scenari sul futuro sindacato di costituzionalità sulle norme penali, e irrorando di linfa vitale un ripensamento del rapporto tra *legge* e *interpretazione*, non consente l’ingresso della regola *Taricco* nel nostro ordinamento⁶⁸: «Indipendentemente dalla collocazione dei fatti,

⁶⁶ Critico, sul punto, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., che, evidenziando la differenza «tra il ritenere “materia penale” la prescrizione (...), e il ritenerla materia penale originariamente costituzionale, perché sarebbe “in sé”, quasi giusnaturalisticamente, un istituto di diritto sostanziale in ogni suo versante» (p. 9, nota 10), ritiene che «la “costituzionalizzazione originaria” della prescrizione sostanziale» rappresenti «un eccesso di esaltazione costituzionale», in quanto «la prescrizione non può avere un vincolo costituzionale originario, ma solo derivato, come istituto sostanziale» (p. 24).

⁶⁷ M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 3, evidenzia che mentre l’ordinanza 24/2017 era attenta soprattutto agli aspetti dei *principi penalistici* di conoscibilità e prevedibilità del diritto e di irretroattività delle norme sfavorevoli ed alla salvaguardia della *giurisdizione*, la sentenza n. 115/2018 «è essenzialmente concentrata sulla qualità penalistica delle regole che si applicano in diritto penale».

⁶⁸ Così, espressamente, Corte Cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, in chiusura della motivazione: «L’inapplicabilità della “regola Taricco”, secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A. S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell’Unione, sicché ha trovato conferma l’ipotesi tracciata da questa Corte con l’ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto. Ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all’ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento» (§ 14) (corsivo aggiunto).

prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la "regola Taricco", perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost.».

Ed il *deficit* di determinatezza viene affermato sia con riferimento alla 'regola' discendente dal principio di effettività (art. 325, par. 1, TFUE), sia con riferimento alla 'regola' discendente dal principio di assimilazione (art. 325, par. 2, TFUE)⁶⁹: la prima «è irrimediabilmente indeterminata nella definizione del "numero considerevole di casi" in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)».

Ma oltre al ripudio del 'giudice di scopo', cui venga assegnato un obiettivo di politica criminale, la Corte costituzionale fonda la censura di indeterminatezza sulla insufficienza dell'enunciato normativo a fondare le libere scelte d'azione dei consociati, e sulla imprevedibilità della norma sulla punibilità in tal modo creata: «Ancor prima, è indeterminato l'art. 325 TFUE, per quanto qui interessa, perché il suo testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della "regola Taricco"» (§ 11).

Nell'affermare che l'«originaria carenza di precisione» non sarebbe colmabile neppure da un progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, la Consulta salda il proprio scrutinio alla nozione 'forte' di determinatezza come *esaustività precettiva* dell'enunciato normativo⁷⁰, estromettendo la possibilità di una mera *determinabilità* della norma penale, ed assumendo, quale parametro della tassatività di una disposizione, la autonoma desumibilità della norma dal testo legislativo da parte non

⁶⁹ Corte Cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, § 11: «appare evidente il deficit di determinatezza che caratterizza, sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE (per la parte da cui si evince la "regola Taricco"), sia la "regola Taricco" in sé».

⁷⁰ Critico, sul punto, M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 14 ss., secondo cui la lettura "fortissima" della determinatezza sarebbe una 'promessa che non si può mantenere' (in tal senso, richiamando il saggio di S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit.), in quanto «troppo restrittiva»: invero, non soltanto «l'evoluzione interpretativa deve solo restare nei confini del testo, mentre può conoscere sviluppi non prevedibili dalla persona del consociato *al tempo della nascita della regola legale*» (p. 15), ma la Consulta ha, con la sentenza n. 115/2018, valorizzato una determinatezza *ante applicationem* avente ad oggetto la disposizione in sé, con una interpretazione distonica rispetto alla più recente giurisprudenza consolidata della Corte, che ha incentrato il giudizio sulla *norma* (p. 20-22).

soltanto del giudice, ma altresì della “persona” del consociato⁷¹: sostiene la Corte, infatti, che «è persino intuitivo (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell’art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche» (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione» (sentenza n. 364 del 1988). Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso, diversamente da quanto accade con la “regola Taricco”».

6. Il caso Taricco: un laboratorio dei futuri assetti del rapporto tra ordinamenti nazionali e sovranazionali

Con la sentenza n. 115 del 2018 della Corte costituzionale potrebbe dirsi che “il caso (Taricco) è chiuso, la questione è aperta”.

Dalla ‘saga’, scandita da un fitto ‘dialogo’ tra le Corti, sono emersi una serie di interrogativi e di problemi di portata più ampia rispetto alla stessa questione posta con la prima sentenza della Corte di Giustizia.

⁷¹ Corte Cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115: «l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo. Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell’attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta» (§ 11). M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 10, pur condividendo esplicitamente «lo spirito di fondo (“autonomista”) e l’esito finale di questa decisione», esprime dissenso in merito alle argomentazioni poste a fondamento, che avrebbero dovuto essere calibrate sulla divisione dei poteri e sulla legalità penale, piuttosto che sulla determinatezza; secondo l’illustre A., «l’esagerata accentuazione della determinatezza» rende la decisione della Consulta «una occulta affermazione di controlimiti nazionali al diritto UE».

Prova ne è l'ampissimo dibattito dottrinale suscitato dalla 'questione', che ha coinvolto profili internazionali, europei, costituzionali, e penali.

Qualche considerazione meritano, dunque, alcuni di questi profili.

Innanzitutto, si staglia all'orizzonte della 'saga', il profilo dei futuri rapporti tra le Corti e tra le Carte nel prisma del controllo accentrato di costituzionalità.

Va premesso che l'impressione che lascia residuare la 'saga' Taricco è che, in realtà, anziché di un vero 'dialogo' tra Corti, si sia assistito, sovente, ad una serie di 'monologhi'; nei quali, peraltro, la grammatica e la sintassi non sembrano sempre appartenere, propriamente, al medesimo linguaggio.

Si è già evidenziato come la Corte di Lussemburgo abbia tentato di ingaggiare il giudice comune nella 'lotta' contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione, ad esso rivolgendosi direttamente, per demandargli prima la valutazione dell'*adequatezza politico-criminale* della legge nazionale (nella sentenza *Taricco*), e poi la valutazione della *legittimità costituzionale* della *regula iuris* con il principio di determinatezza (nella sentenza *Taricco bis*).

Ed è proprio in questo tentativo di alterare il sistema costituzionale di controllo accentrato di costituzionalità che va, verosimilmente, rinvenuto il fondamento di alcune recenti "precisazioni" della Corte Costituzionale.

Dopo una fase di apertura alla penetrazione del diritto europeo nell'ordinamento italiano, il rischio di un dissolvimento del controllo accentrato di costituzionalità e di una espropriazione delle competenze nazionali esclusive in materia penale ha indotto la Corte costituzionale ad innalzare delle paratie per evitare incontrollabili inondazioni, che avrebbero travolto il sistema costituzionale delle fonti e la stessa architettura istituzionale.

Già con l'ordinanza 24 del 2017, emessa nell'ambito della vicenda *Taricco*, la Corte costituzionale si era riservata il «diritto all'ultima parola»⁷² in caso di dubbi sulla compatibilità costituzionale di norme europee con i principi fondamentali⁷³.

Successivamente alla sentenza *Taricco bis*, e, probabilmente, proprio in ragione del controllo diffuso di costituzionalità che la Corte di giustizia aveva demandato ai giudici nazionali, la Corte costituzionale, con la sentenza del 14 dicembre 2017, n. 269, ha inteso «rientrare nel circuito giudici comuni-Corte di giustizia quando sono in gioco diritti fondamentali, riportando nel giudizio accentrato di costituzionalità il sindacato sulla violazione di norme

⁷² A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, p. 2.

⁷³ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 6.

interne che collidano con la Carta europea dei diritti fondamentali»⁷⁴, puntando a conquistarsi il “diritto alla prima parola”⁷⁵.

Appare emblematico che, prendendo a pretesto una questione, non particolarmente significativa, in tema di legittimità dei contributi imposti alle imprese per finanziare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la Corte abbia ritenuto opportuno fare una “precisazione” in tema di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto nazionale, alla luce delle trasformazioni intervenute, in particolare, dopo il Trattato di Lisbona.

Al riguardo, evidenziando che la Carta dei diritti di Nizza costituisce parte del diritto dell'Unione, e che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana», la Corte ha sottolineato la possibilità che – come nel caso c.d. *Taricco*, espressamente richiamato – «la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione»; pertanto, poiché «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità a fondamento dell'architettura costituzionale», ha affermato che, nei casi di c.d. “doppia pregiudizialità” – ricorrente nei casi in cui «una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria» –, «debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale»⁷⁶.

Ebbene, nel rinviare all'ampio dibattito già formatosi sulla sentenza 269/2017⁷⁷, e sviluppatosi anche nelle successive precisazioni fornite dalla

⁷⁴ A - O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 1 febbraio 2018, p. 1.

⁷⁵ A. GUZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, cit., p. 2. Così anche la successiva sentenza della Corte cost., n. 20 del 21 febbraio 2019, che parla espressamente di diritto alla “prima parola” (§ 2.3.).

⁷⁶ Corte Cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269, § 5.2.

⁷⁷ Oltre ai contributi già citati *infra* note 68 e 70, senza pretesa di completezza, C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, *ivi*, 18 dicembre 2017; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, *ivi*, 28 dicembre 2017; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*, 24 gennaio 2018; G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, *ivi*, 25 gennaio 2018; A. ANZON DEMMING,

Consulta con le sentenze n. 20 e n. 63 del 2019⁷⁸, non si può mancare di osservare che la vicenda *Taricco* si è rivelata un vero e proprio ‘laboratorio’ dei futuri assetti istituzionali, utile anche nell’ottica della predisposizione di adeguati strumenti per evitare una alterazione degli equilibri costituzionali ed una lacerazione del sistema delle fonti del diritto penale⁷⁹.

E la sentenza n. 115 del 2018 appare inserirsi proprio nel solco tracciato dalla sentenza 269 del 2017, laddove, rivendicando espressamente il ruolo di custode esclusivo dei controlimiti, la Consulta sottolinea che «l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia è la Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona», spettando, invece, al giudice comune di «porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto» (§ 8).

Affermazione cruciale nella perimetrazione dei ruoli delle Corti e delle Carte, che sembra non più espressa con il linguaggio (adoperato nell’ordinanza n. 24 del 2017) delle “tradizioni comuni costituzionali”, ma secondo il codice linguistico della “identità costituzionale”⁸⁰.

La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei “controlimiti”, *ivi*, 28 febbraio 2018; G. PISTORIO, *Conferme e precisazioni nel “cammino comunitario” della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *Diritti comparati*, 11 gennaio 2018; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. Diritti comparati*, 3/2017.

⁷⁸ In tema, senza pretesa di completezza, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 23 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento della Corte di giustizia?*, in *Questione giustizia*, 4 marzo 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019. Per un dibattito sulle traiettorie della Corte costituzionale sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali, cfr. le stimolanti riflessioni di P. MORI, B. NASCIBENE, R. MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, intervista di R. G. CONTI, in *Giustizia insieme*, 23 aprile 2019.

⁷⁹ C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Legislazione penale*, 4 febbraio 2019; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e n. 115/2018*, in *Rivista AIC*, 4 marzo 2019.

⁸⁰ C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien...ma non sino alla fine della storia*, cit., p. 1.

7. Il 'dialogo tra Corti' tra mito e realtà

Ogni 'paradigma giuridico' si fonda su una serie di 'miti' fondativi⁸¹, che rappresentano allegoricamente i cardini logici e concettuali dell'epoca, con l'intenzione di veicolare un'immagine simbolica e idealizzata idonea a coagulare un alone leggendario, per proiezione di valori o desideri di ambito sociale, intorno ad eventi.

Uno dei 'miti' che connotano la fase di transizione dall'epoca della *legge* e delle *Costituzioni* a quella del *diritto*, dalla fase storica degli *Stati nazionali* a quella delle intersezioni tra *pluralità di ordinamenti*, anche *sovrnazionali*, si identifica senz'altro nella narrazione del 'dialogo tra Corti'.

Un mito che, tuttavia, appare sempre più insoddisfacente nel rinvenimento di coordinate semantiche adeguate alla narrazione dei *fatti*, e che mostra sempre più il suo nucleo idealistico e simbolico, da quando il 'dialogo tra Corti' è stato rivolto anche in ambiti giuridici (tuttora) riservati alla sfera di monopolio (pressoché assoluto) dei legislatori nazionali: la 'materia penale', nella duplice dimensione sostanziale e processuale – delle quali sono emblematiche la vicenda *Melloni*⁸², da un lato, e l'*affaire Taricco*, dall'altro –, è stata sempre più spesso terreno di 'confronto', più che di dialogo, tra le Corti sovranazionali e le Corti (Supreme e Costituzionali) nazionali.

Oltre all'*oggetto* del 'dialogo', la crisi della narrazione appare, del resto, legata anche al tramonto della prospettiva della maggior tutela dei diritti: l'altro mito, quello della 'tutela multilivello dei diritti', si è infatti eclissato nella rivendicazione, dal sapore spiccatamente politico, della *primauté* del diritto eurounitario, anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali, e a dispetto dell'art. 53 della Carta di Nizza, come i casi precedentemente evocati (*Melloni* e *Taricco*) insegnano.

In tali ambiti le *actiones finium regundorum* sono state sovente calibrate sulla base di 'monologhi' tra Corti, più che su 'dialoghi', probabilmente per

⁸¹ Parafrasando P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 3^a ed., e M. VOGLIOTTI, *Il Giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. contemp.*, 2 novembre 2016, che individua nel 'caso Taricco' il rischio di uno scontro tra il "paradigma giuridico moderno" ed un nuovo paradigma giuridico, alimentato (anche) dalle Corti europee, che considera l'*effettività* un valore fondamentale da riconoscere e tutelare (p. 14).

⁸² CGUE, GS, 26 febbraio 2013, *Melloni* c. Ministero Fiscal. In tema, per tutti, S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti ad un diritto penale "à la carte"*?, cit., p. 242 ss.

la sostanziale impossibilità di impostare realmente un discorso al di fuori di codici linguistici basilari e condivisi; fuori di metafora, un discorso in ambiti estranei (o che tali dovrebbero restare) ad uno dei colloquianti.

La prima sentenza *Taricco* è emblematica di tale ‘evoluzione’, in quanto, non solo per la prima volta la Corte di Giustizia accede al “giardino proibito”⁸³ del diritto penale nazionale, ma lo fa obliterando ogni forma di ‘dialogo’ con le Corti nazionali, ed ignorando del tutto la ‘grammatica’⁸⁴ costituzionale (sulla diversa e più ampia estensione del principio di legalità) e penale (sulla natura sostanziale della prescrizione) dell’ordinamento italiano.

Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, la sentenza *Taricco*, pretendendo di irradiare i propri effetti in materie estranee alle competenze, alle attribuzioni internazionali, dell’Unione, si iscrive senz’altro tra le ‘decisioni politiche’, nel conseguimento di scopi perseguiti al di fuori del tessuto normativo, istituzionale e sostanziale, che regola i rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionali nel presente momento storico; e se una decisione esula dai limiti consentiti dal *diritto*, diviene manifestazione di *forza*, e, necessariamente, espressione di una scelta politica non formalizzata dalle fonti di produzione competenti.

8. *Apogeo o declino del diritto penale europeo?*

La sentenza *Taricco* sembra(va) aver segnato lo stadio più avanzato, l’apogeo del c.d. ‘diritto penale europeo’⁸⁵, il presupposto, a sua volta, per ulteriori ‘fughe in avanti’ calibrate sulle capacità autopoietiche della Corte di Giustizia⁸⁶, più che sulle ‘fisiologiche’ dinamiche normative previste dai Trattati.

But jumping the gun is not a project: la “fuga in avanti”⁸⁷ ha rischiato, anzi, di rivelare una ‘tattica’ di corto respiro, che proponendo mete lontane, o addirittura irraggiungibili, tradisce, ad esse supplendo, una mancanza

⁸³ Cfr. *infra* § 1.

⁸⁴ In tal senso, parafrasando la felice traduzione di G.P. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, trad.it. *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, ed il successivo *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International*, Oxford, 2007.

⁸⁵ Sia consentito rinviare, sul punto, a G. RICCARDI, *Obblighi di disapplicazione in malam partem e controlimiti: apogeo o declino del diritto penale europeo?*, in *Politica criminale e cultura penalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, p. 595 ss.

⁸⁶ V. MANES, *La “svolta” Taricco*, cit., 4.

⁸⁷ Identica connotazione in S. CATALANO, *Il caso Taricco: una fuga in avanti*, in *Forum Quad. costituzionali*, 5 ottobre 2016.

di volontà, o di capacità, di risolvere i problemi immediati mediante elaborazione di lungimiranti e condivise ‘strategie’⁸⁸.

Le ‘forzature’ istituzionali dell’ordinamento sovranazionale fomentano il rischio di un’involuzione generale del progetto europeo – già segnata dalla imminente, e problematica, uscita della Gran Bretagna, in seguito al *referendum* del 2016-, per l’assenza di riconoscibilità dei singoli ordinamenti nazionali, e, di conseguenza, di un inarrestabile declino della stessa idea di un ‘diritto penale europeo’.

Nell’attuale quadro istituzionale dell’Unione, infatti, la competenza penale, soltanto indiretta, non può essere oggetto di una surrettizia auto-attribuzione, che violerebbe gli stessi limiti imposti dai Trattati, dei quali gli Stati nazionali sono “signori” (*Herren des Verträge*)⁸⁹.

E la sentenza *Taricco* sembrava avviarsi proprio sul “piano inclinato” della progressiva auto-attribuzione di competenze penali dirette, con corrispondente erosione delle prerogative nazionali; il rischio concreto ed imminente di una *slippery slope* si materializza ove si consideri che, una volta ammessa tale competenza in materia di prescrizione delle frodi IVA, non vi sarebbero stati argomenti ragionevoli per impedire analoghe ‘appropriazioni’ di competenze⁹⁰ in materie, di tradizionale rilevanza eurounitaria, quali il

⁸⁸ D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, cit., p. 1294, condivisibilmente rileva: «Se il processo di unificazione andrà avanti, il penale seguirà. Puntare sul profilo repressivo come elemento di traino, sarebbe pericoloso, tanto più nel contesto di pulsioni populistiche (autoritarie) del tempo presente, non solo in Italia. Chi si sente europeista può dare un apporto da *europeista critico*».

⁸⁹ Secondo l’espressione alla quale il *Bundesverfassungsgericht* è rimasta ancorata a partire dalla decisione sul Trattato di Maastricht (BVG, Secondo senato, 12 ottobre 1993).

⁹⁰ Non si condivide, dunque, l’argomentazione (M. GAMBARDILLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1468, e M. GAMBARDILLA, *Il “Caso Taricco”: obblighi di disapplicazione in malam partem e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività*, in *Atti del Convegno di studi “Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”*, in *Rivista AIC*, n. 4 dell’11/11/2016, p. 57) secondo cui la sentenza *Taricco* avrebbe dovuto, e potuto, essere introiettata nel sistema penale nazionale, tuttavia evitando che «la rottura dell’argine apra la via all’inondazione incontrollata (...) di questioni disapplicatorie con effetti *in malam partem*», come nel caso del reato di omesso versamento dell’IVA, oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte del Gip del Tribunale di Varese. La questione (nota come caso *Scialdone*), è stata decisa dalla CGUE, Grande Camera, 2 maggio 2018, C-574/15, che ha escluso che la disciplina eurounitaria (la direttiva IVA, in combinato con l’art. 4, par. 3, TUE, e l’art. 325, par. 1, TFUE) osti ad una normativa nazionale che prevede che l’omesso versamento dell’IVA risultante dalla dichiarazione annuale per un determinato esercizio integri un reato punito con una pena privativa della libertà unicamente qualora l’importo IVA non versato superi una soglia di rilevanza penale pari a 250.000 euro, mentre è invece prevista una soglia di rilevanza penale

riciclaggio, la corruzione internazionale, il terrorismo, gli abusi di mercato⁹¹.

In tale contesto, pur prescindendo dai riflessi della c.d. *Brexit* sulla conformazione del diritto eurounitario, ora verosimilmente meno esposto alle influenze di *common law*, e dalle difficoltà di ricomporre le diverse declinazioni dei diritti nazionali, non possono essere ignorate le ragioni delle ‘resistenze’ nazionali alla penetrazione del diritto dell’Unione nello scrigno della potestà punitiva.

Del resto, oltre ai limiti ‘istituzionali’, non possono neppure ignorarsi i limiti ‘culturali’ al riconoscimento di una competenza penale sovranazionale: il diritto ‘eurounitario’, in particolare nel prisma dei diritti fondamentali, è largamente debitore della giurisprudenza della Corte di Strasburgo; ed il diritto ‘convenzionale’ assume, per la stessa morfologia di tutela giurisdizionale nella quale viene elaborato, la ‘declinazione’ soggettiva del riconoscimento dei diritti e delle libertà nelle Carte internazionali; in tal senso, dunque, il processo di osmosi giuridica è necessariamente frenato dalla (tendenzialmente) opposta ‘declinazione’ oggettiva dei diritti e dei principi affermati negli ordinamenti nazionali, come evidenziato dai sempre più ricorrenti ‘cortocircuiti’ della legalità⁹².

In tale solco, l’irriducibilità degli ordinamenti deriva dalla ‘babele di linguaggi’ che connota il processo di integrazione giuridica europea, sia nella dimensione propriamente ‘lessicale’, sia nella dimensione della “grammatica”⁹³ del diritto penale nelle diverse esperienze ordinamentali; non può, infatti, prescindersi dalla considerazione che il *linguaggio* giuridico⁹⁴, soprattutto

pari a 150.000 euro per il reato di omesso versamento delle ritenute alla fonte relative all’imposta sui redditi. Al riguardo, per tutti, C. CUPELLI, *La disciplina dei reati tributari ancora davanti alla Corte di giustizia: il caso Scialdone e le soglie di punibilità*, in *Dir. pen. contemp.*, 14 maggio 2018.

⁹¹ In senso analogo, V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 14.

⁹² Emblematica, in tal senso, l’affermazione della Corte di Strasburgo, nel caso *Contrada* (Corte EDU, 14 aprile 2015), della violazione della ‘legalità convenzionale’ in relazione al “reato” (*recte*: forma di manifestazione del reato) di concorso esterno in associazione mafiosa; per tutti, F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 9, 1061 ss.

⁹³ Cfr. *infra* nota 84.

⁹⁴ Di recente, in una brillante *lectio magistralis*, G.P. FLETCHER, *Linguaggio e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 445, ha affrontato la complessa tematica delle relazioni tra linguaggio e diritto, evidenziando come la struttura del linguaggio giuridico possa influenzare gli stessi concetti giuridici. Del resto, nella filosofia del linguaggio è diffusa la consapevolezza della connessione tra struttura delle lingue, pensiero e realtà: ad es., la morfologia delle lingue occidentali, basate sul paradigma ‘soggetto, copula e predicato’, fonderebbe la struttura del relativo pensiero, che ha ad oggetto cose, sostanze, oggetti, cui attribuire proprietà (nel solco della filosofia aristotelica), a differenza delle lingue basate non sul riconoscimento di *cose*, ma di *eventi*.

nel diritto penale, delimita gli spazi di libertà, e dunque è essenziale nell'affermazione (nelle diverse declinazioni) del principio di legalità.

Del resto, oltre all'irrisolto problema del *deficit* di democraticità delle opzioni incidenti sulla politica criminale, l'assenza di 'astrattezza' che connota il c.d. diritto penale 'eurolunitario' (soprattutto di provenienza giurisprudenziale) - emblematicamente materializzata dalla sentenza *Taricco*, le cui statuizioni non sembrano automaticamente applicabili ad altri Stati membri al di fuori dell'Italia, essendo state declinate sulle 'concrete' peculiarità del singolo ordinamento – sembra contraddire lo stesso carattere essenziale che, anche negli ordinamenti di *common law*, connota la giuridicità: la "generalità del diritto"⁹⁵.

9. *Poteri costituiti e poteri costituenti nella metamorfosi dei paradigmi*

Se il diritto è la formalizzazione di scelte politiche, non è possibile continuare a registrare e a legittimare, nell'ordinamento eurolunitario, la funzione propulsiva delle decisioni giuridiche sulle decisioni politiche⁹⁶, con una significativa inversione dei 'formanti' di produzione del diritto; in altri termini, il progetto di integrazione europea non può continuare ad essere alimentato dalle decisioni della Corte di giustizia, in assenza di chiare scelte politiche di fondo, condivise e formalizzate secondo il sistema di produzione normativa degli ordinamenti sovranazionali.

Appare senz'altro persuasiva l'idea di una progressiva metamorfosi del "paradigma giuridico", quale *descrizione* dei fenomeni in atto; tuttavia, sotto il profilo assiologico, non può sottacersi che il *vigente* paradigma giuridico resta fondato, nei propri presupposti politico-istituzionali, sull'identità degli Stati nazionali, sulle Costituzioni che individuano il nucleo essenziale dei principi supremi, sulla separazione dei poteri, e sui rapporti, anche gerarchici, tra le fonti di produzione del diritto; e fin quando gli ordinamenti politici non avranno formalizzato differenti scelte istituzionali, regolando diversamente i rapporti tra le fonti di produzione, non si potrà prescindere dai valori espressi dalle *Grundnormen*; in altri termini, il giudizio di bilanciamento

⁹⁵ In una sorta di dialogo con Hart (*The Concept of Law*, Oxford, 1961), e nel contesto di un diritto di matrice di *common law*, T. ENDICOTT, *The Generality of Law*, Oxford, 2013, trad.it. *La generalità del diritto*, Modena, 2013, individua proprio nella "generalità" la caratteristica essenziale del diritto.

⁹⁶ Secondo l'espressione adoperata da C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 8 ss.

tra principi, regole, norme, non può attrarre indistintamente tutte le fonti normative nella “rete” *post*-moderna, dissolvendo la *vis* normativa delle fonti-atto riconosciuta dal sistema di produzione normativa delineato dalle carte costituzionali espressive di un *potere costituente*.

La *tecnica* del bilanciamento, o degli altri strumenti interpretativi, non può prescindere dalla *politicità* connaturata alla scelta dei sistemi di produzione delle norme, come ha, acutamente, rammentato la Corte costituzionale, osservando che «*il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali*»⁹⁷.

Qualora il nostro ordinamento venisse incorporato in un più ampio e distinto ordinamento sovranazionale, espressione dell'esercizio di un *potere costituente*, nel quale il sistema istituzionale e di produzione del diritto non sia più delineato dalla Costituzione attualmente vigente, ma da altre Carte che, in quanto tali, assumano una posizione sovraordinata, allora potrà invocarsi l'operatività di un diverso “paradigma giuridico”, in grado, in quanto *vigente*, di legittimare le istituzioni sovranazionali e/o i giudici alla produzione di norme penali.

Allo stato, invece, sembra che la risoluzione dei più significativi nodi problematici non possa essere più rimessa, con aspettative quasi taumaturgiche, alla capacità autoregolativa del c.d. ‘dialogo tra Corti’, ad una teoria dell'*interpretazione* che rischia di percorrere le traiettorie (considerate più affidabili o politicamente opportune) dell'*ermeneutica*, ma debba (ritornare a) essere affidata ad una chiara teoria delle *fonti*, tuttora espressione del costituzionalismo fondato sul principio di divisione dei poteri⁹⁸.

In altri termini, nonostante il processo di metamorfosi degli ordinamenti giuridici stia alimentando, proprio grazie all'innervamento degli ordinamenti sovranazionali, una trasformazione del paradigma culturale della “piramide” in quello ‘reticolare’, come icasticamente raffigurato dalla metafora «*dalla*

⁹⁷ Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24, § 5.

⁹⁸ R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, p. 35 ss., evidenzia «lo spostamento dalla teoria delle fonti alla teoria dell'interpretazione»; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013. Per una rigorosa e pungente critica agli «spensierati teorici dell'interpretazione “sempre analogica e creativa”» e all'idea dei giudici quali «legislatori di riserva», G. MARINUCCI, *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss. (spec. p. 1267). In diversa, ed opposta, prospettiva, per tutti, M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2015, I, 131 ss.

*piramide alla rete*⁹⁹, nondimeno va sottolineato che, pur nel sempre più complesso sistema delle fonti di produzione del diritto, la Costituzione italiana è, e resta, l'unica espressione di un "potere costituente", essendo l'adesione ai Trattati sull'Unione Europea espressione di un "potere costituito"¹⁰⁰; né, del resto, alla Corte di giustizia può essere riconosciuto, nonostante l'auto-rappresentazione che viene assecondata, il ruolo di una *Corte costituzionale*, poiché ad essa è rimessa l'interpretazione e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, e non la custodia di una *carta costituzionale* fondativa di un *potere originario*, e quindi *costituente*; i Trattati eurounitari, infatti, sono espressione di un *potere costituito*, in quanto *derivato* dalla volontà dei singoli Stati membri, che ne sono tuttora «signori» (*Herren*).

Sicché il limite invalicabile, di riconoscibilità, del *potere costituente*, rappresentato dai principi supremi e dai diritti fondamentali, non può essere oltrepassato, senza una grave "rottura costituzionale", da un *potere costituito*; ed in ciò consiste il "predominio assiologico" della Costituzione¹⁰¹.

Ed anche il mito del "dialogo tra Corti" non può probabilmente essere

⁹⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; in tal senso, nella letteratura penalistica di lingua italiana, M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss.; A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 84 ss.; M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, cit., p. 8 ss. .

¹⁰⁰ M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controllimiti?*, in *Atti del Convegno di studi "Aspettando la Corte Costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, in *Rivista AIC*, cit., p. 77, ha opportunamente ricordato che la Corte di Giustizia non è una Corte "costituzionale", essendo stata la Costituzione europea "bocciata", in seguito ai *referendum* sulla ratifica di Francia e Paesi Bassi nel 2005, e che le uniche Corti deputate a determinare l'identità costituzionale dei singoli Paesi sono le Corti *costituzionali*. Analogamente M. LUCIANI, *La dura realtà e il "caso Taricco"*, cit., nel sottolineare che «la Corte di giustizia (...) avanza la curiosa pretesa di auto interpretarsi come giudice costituzionale, quando invece opera in un ordinamento che una Costituzione non la possiede» (p. 1288), rileva che il vero problema, nel dialogo tra Corti, resta sempre quello della "legittimazione: l'ordinamento eurounitario ne ha una derivata, che non può competere con quella originaria degli ordinamenti nazionali", e, in caso di conflitto profondo, "sul piano giuridico la partita è chiusa prima ancora di cominciare, perché l'ordine delle legittimazioni ha una sua oggettività e non c'è dottrina della sovranazionalità che possa sovvertirlo» (pp. 1286-1287).

¹⁰¹ Riprendendo l'espressione, pure oggetto di critiche, adoperata da Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49 (§ 4), in *Cass. pen.*, 2015, n. 6, 2195, con nota di V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, ivi, p. 2204; in dottrina, altresì, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu»*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 2, p. 400; M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. contemp. - Riv. trim.*, 2015, n. 2, p. 288.

(più) fondato sulla immagine di una fisiologica e condivisa dialettica interpretativa: riprendendo una felice metafora originariamente elaborata a proposito del rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni¹⁰², il dialogo tra Consulta e Corte di Lussemburgo è stato autorevolmente descritto con l'immagine di un "tango" danzato tra le due Corti¹⁰³; e tuttavia, il "tango rioplatense" è una forma di comunicazione emotiva che, benché caratterizzata dall'improvvisazione e dalle invasioni dello spazio del *partner*, è fondata su una serie di rigorosi codici condivisi, la cui inosservanza, da parte di uno dei ballerini, può determinare la caduta della coppia.

¹⁰² E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, 2012, p. 101 ss.

¹⁰³ La metafora è stata ripresa da Ernesto LUPO, Primo Presidente emerito della Corte di Cassazione, nel corso della relazione su "*Il caso Taricco: all'incrocio tra legalità 'nazionale' ed 'europea'*", tenuta all'incontro di studi "*Il punto sulla legalità penale*", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, svoltosi a Scandicci il 14 febbraio 2017.

*The avoidance of the duty of courts of final instance to submit
a preliminary reference to the CJEU: comparative remarks*

SUMMARY: 1. The problem – 2. The breach of the duty to refer as a violation of the right to a fair trial – 3. The State's liability for breach of EU Law: an adequate remedy? – 4. The Italian experience – 5. A change of perspective – 6. *Addendum*.

1. *The problem*

The dialogue between national judges and the Court of Justice of the European Union pivots around the preliminary reference procedure, through which the CJEU has laid down, over the past decades, the basic institutional principles of EU law. This procedure presupposes the cooperation of national courts. Any court or tribunal of a Member State may request the CJEU to solve questions of interpretation of the Treaties and of EU law in general, but the national courts against whose decisions there is no judicial remedy are obliged to bring the matter before the Court (article 267, paragraph 3 TFEU, in continuity with article 234 TEC and, before, with article 177 TEEC).

Since the *Cilfit*¹ case, the CJEU has clarified that the duty to raise a preliminary question does not arise each time that a question of interpretation needs to be solved. The national judges should assess if the issue is relevant for the solution of the case and if there is uncertainty concerning the correct interpretation of EU law. This is not the case if the CJEU has already settled the issue at stake in previous judgments and if the correct application of EU law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt (*acte éclairé* and *acte clair* doctrines).

In the decision whether (or not) to submit a preliminary question, the national courts have a wide margin of discretionary power, recognised by the CJEU itself. This discretionary assessment has to be carried out in the

¹ CJEU, 6 October 1982, *Cilfit*, C-283/81, in *Rep.*, 1982, p. 3415.

light of the specific characteristics of EU Law, the particular difficulties which its interpretation gives rise to and the risk of diverging judicial decisions within the Member States.

The flexibility acknowledged by the CJEU to national judges is even more evident in recent decisions. In particular, in the *Van Dick* and *Ferreira de Silva* cases of 2015, settled the same day, the Court clarified that:

«In itself, the fact that other national courts or tribunals have given contradictory decisions is not a conclusive factor capable of triggering the obligation set out in the third paragraph of Article 267 TFEU. A court or tribunal adjudicating at last instance may take the view that, although the lower courts have interpreted a provision of EU law in a particular way, the interpretation that it proposes to give of that provision, which is different from the interpretation espoused by the lower courts, is so obvious that there is no reasonable doubt»².

Such a discretionary power has grey zones, therefore it is possible to avoid the duty to refer the matter to the CJEU. This can happen, for example, when the judge considers that the CJEU has already settled the issue in a previous judgment, whereas such a conclusion is questionable. Alternatively, when the judge simply fails to refer without adequate reasons or even without stating any reason altogether.

In the present contribution we will move, first of all, from the case law of the European Court of Human Rights, which had the opportunity to address our issue under the head of the violation of the right to a fair trial (§ 2). Then, we will address some remarks about the adequacy of the recourse to the leverage of tortious liability for breach of EU law, which the CJEU seems to have relied on in recent cases as a counterbalance to the increased flexibility recognised to national judges (§ 3). Against this background, we will consider the Italian experience and in particular the position of the Court of Cassation rejecting any possibility to appeal the decisions of the Council of State (*Consiglio di Stato*) failing to refer to the CJEU, in contrast with the German approach (§ 4). Finally, we will draw some conclusions,

² CJEU, 9 September 2015, C-160/14, *Ferreira de Silva e Brito e a. v Estado português* (v. especially n. 41 ff.) and C-72 - 197/14, *X e Van Dijk c Staatssecretaris van Financiën*, in curia.europa.eu. According to the Court, the duty to refer arises when there are difficulties of interpretation or a risk of divergencies between judicial decisions within the European Union. For a comment, see L. COUTRON, *Assouplissement de l'obligation de renvoi préjudiciel vs. affermissement de la responsabilité judiciaire de l'Etat: à la recherche d'un équilibre*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 2016, p. 407.

focusing on the need for a shift in perspective, in order to protect the right of European citizens to a correct interpretation of the applicable EU norms by the CJEU (§ 5).

2. The breach of the duty to refer as a violation of the right to a fair trial

In the judgment *Dhahbi v Italy*, delivered in 2014, the European Court of Human Rights dealt with a case of alleged violation of the right to a fair trial, protected by Article 6 of the European Convention of Human Rights, through the breach of the duty to refer to the CJEU³.

The case concerned the request of a Tunisian national, working in Italy on the basis of a lawful residence and job permit. He was hired by a company and insured with the Italian Social Security Agency (INPS). His family consisted of his wife and four under-age children. He applied for the family allowance payable under an Italian statute of 1998, claiming that although he was not an Italian citizen, as required under that statute, he was entitled to the allowance under the EuroMediterranean Agreement ratified by Italy in 1997. Following the rejection of his application in 2002, Mr Dhahbi lodged an appeal. He sought to have a preliminary question referred to the CJEU concerning whether, according to the Euro-Mediterranean Agreement, a Tunisian worker could lawfully be refused the family allowance payable under the Italian legislation. His appeal was dismissed in 2004, whereupon he appealed as a matter of law and reiterated his request to have a preliminary question referred to the CJEU. The Court of Cassation dismissed his appeal in 2008.

Relying on Article 6 (right to a fair trial), Mr Dhahbi alleged that the Court of Cassation has ignored his request to have a preliminary question referred to the CJEU. The Court allowed the request, because from the perspective of Article 6, national courts of last instance are obliged to state reasons, based on the applicable law and the exceptions laid down in CJEU case law, for their refusal to refer a preliminary question on the interpretation of EU law. They should clearly state why, in their opinion, the question was not relevant, or state that the provision has already been interpreted by the CJEU, or that the correct application of EU law was so obvious as to leave no scope for reasonable doubt. As a result, Italy was held

³ ECtHR, 8 April 2014, *Dhahbi v Italy*; see also ECtHR, 8 September 2015, *Wind Telecomunicazioni S.p.a. v Italia*. In <https://hudoc.echr.coe.int>.

liable to pay to the applicant an amount comparable to the sum requested, which he had previously been denied.

As one can see, under the European Convention system the problem of the avoidance of the duty to refer is relevant in the only case when a court of last instance refuses to submit a preliminary reference without stating reasons. This confirms that the problem exists but, at the same time, that there is no effective solution. On the one side, this is due to the fact that no remedy is available if the court gives reasons that are not well founded. On the other side, another reason may be that it is not sure whether the remedy of compensation for damages is adequate, as we will now try to analyse more in detail.

3. *The State's liability for breach of EU Law: an adequate remedy?*

As a counterbalance to the increased flexibility recognised to national judges in deciding whether to submit a preliminary reference, the CJEU recalls the rule laid down since the *Köbler* case (2003), according to which Member States are liable for breach of EU law in the exercise of the judicial function⁴.

It is worth remembering that since the *Francovich* case (1991 for the first time) the Court considered that it is a principle of Community law, inherent in the system of the treaties, that the Member States are obliged to make good loss and damage caused to individuals by breaches of Community law for which they can be held responsible.

In the *Brasserie du Pêcheur-Factortame* case (1996), the Court set forth the conditions in which liability can arise: (i) the infringed rule of law must have been intended to confer rights on individuals; (ii) the breach should be manifest and serious; (iii) there must be a direct causal link between the breach of the obligation resting on the State and the damage suffered⁵.

In the *Köbler* (2003) and *Traghetti del Mediterraneo* (2006) cases, the CJEU extended the rule of liability also when the breach of EU law is related to the exercise of the judicial function. Moving from the principle

⁴ Cfr. G.V. GUIOT, *La responsabilité des juridictions suprêmes dans le renvoi préjudiciel: with great(er) power, (at last) comes great responsibility*, in *Cahiers Dr. Eur.*, 2016, p. 575.

⁵ CJEU, 19 November 1991, C-6/90 - C-9/90, *Francovich v Italy* in *Rep.*, 1991, I-5357; Id. 5 March 1996, C-46/93 - C-48/93, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, in *Rep.*, 1996, I-1131. For further references, see E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004.

laid down in the *Simmenthal* case⁶, the Court considered that the need to guarantee effective judicial protection of the rights conferred by EU law to the individuals implies that the Member State is also liable for infringements attributable to a national court adjudicating at last instance when interpreting provisions of EU law.

The «interpretation of provisions of law forms part of the very essence of judicial activity since, whatever the sphere of activity considered, a court faced with divergent or conflicting arguments must normally interpret the relevant legal rules – of national and/or Community law – in order to resolve the dispute brought before it».

For this reason,

«to exclude all State liability in such circumstances on the ground that the infringement of Community law arises from an interpretation of provisions of law made by a court would be tantamount to rendering meaningless the principle laid down by the Court in the *Köbler* judgment. That remark is even more apposite in the case of courts adjudicating at last instance, which are responsible, at national level, for ensuring that rules of law are given a uniform interpretation»⁷.

The concrete application of this rule to cases of avoidance of the duty to submit a preliminary reference is not easy, as the CJEU considers that:

«State liability can be incurred only in the exceptional case where the national court adjudicating at last instance has manifestly infringed the applicable law. In order to determine whether that condition is satisfied, the national court hearing a claim for reparation must take account of all the factors which characterise the situation put before it, which include, in particular, the degree of clarity and precision of the rule infringed, whether the infringement was intentional, whether the error of law was excusable or inexcusable, the position taken, where applicable, by a Community institution and non-compliance by the court in question with its obligation to make

⁶ «Every national court must, in a case within its jurisdiction, apply community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it, whether prior or subsequent to the community rule» (CJEU, 9 March 1978, *Amministrazione finanziaria v Simmenthal*, C-106/77, in *Rep.*, 1978, I-629, no. 21).

⁷ CJEU, 13 June 2006, *Traghetti del Mediterraneo v Italy*, C-173/0, in *Rep.*, 2006, I-5157, no. 34 and 36.

a reference for a preliminary ruling under the third paragraph of Article 234 EC (*Köbler*, paragraphs 53 to 55)»⁸.

Despite the difficulty in ascertaining a «sufficiently serious» violation of EU law, in a recent case the Court has found that the French *Conseil d'Etat* was wrong in refusing to refer⁹. The case concerned a complex tax issue on the distribution of dividends. In short, according to French legislation the redistribution of profits already taxed is, by means of the advance payment, subject to tax, although it grants that double taxation be eliminated in the event that redistributed profits had been initially taxed in respect of a resident subsidiary. By contrast, under the same legislation the redistribution of profits originating initially from a non-resident subsidiary is subject to tax even if those profits were previously taxed in the Member State in which that subsidiary is established, without allowing the latter taxation to be taken into account for the purposes of eliminating the economic double taxation arising from the French legislation.

A similar issue was settled by a CJEU judgment concerning the legislation of the United Kingdom¹⁰, but the French *Conseil d'Etat* considered that this case was not relevant because the French legislation was different. The Court found that:

«it was for the Conseil d'État (Council of State), as a court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law, to request a preliminary ruling from the Court of Justice on the basis of the third paragraph of Article 267 TFEU in order to avert the risk of an incorrect interpretation of EU law (see, to that effect, judgment of 9 September 2015, *Ferreira da Silva e Brito and Others*, C-160/14, EU:C:2015:565, paragraph 44). Consequently, since the Conseil d'État (Council of State) failed to make a reference to the Court, in accordance with the procedure provided for in the third paragraph of Article 267 TFEU, in order to determine whether it was necessary to refuse to take into account, for the purpose of calculating the reimbursement of the advance payment made by a resident company in respect of the distribution of dividends paid by a non-resident company via a non-resident subsidiary, the tax incurred by that second company on the profits underlying those dividends, even though its interpretation of the provisions of EU law in the judgments of 10 December 2012, *Rhodia* and of 10

⁸ *Ibidem*, no. 32.

⁹ CJEU, 4 October 2018, *Commission v French Republic*, C-416/17, in www.curia.europa.eu.

¹⁰ CJEU, 13 November 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in www.curia.europa.eu.

December 2012, *Accor* was not so obvious as to leave no scope for doubt, the fourth complaint must be upheld»¹¹.

This recent case sheds new light, because up to now the doctrine of liability of Member States for infringements of EU law in the exercise of the judicial function had never been applied to a situation of breach of the duty to refer and so this remedy had remained dead letter. On the contrary, the unequivocal decision of the Court can be read as a clear warning for all courts of last instance to be very careful in considering if the questions raised before them need to be assessed by the CJEU. At the same time, it is worth remarking that the Court still has a cautious approach. For instance, in a more recent case it has rejected the argument raised by the Commission according to which the decision of Belgium not to lodge an appeal before the Belgian Court of Cassation deprived it of the opportunity to submit a preliminary reference to the CJEU¹².

Anyway, beyond the strict approach adopted by the Court, it is the effectiveness of the remedy in this kind of cases that is called into question, for two main reasons. On the one side, if the principle of liability for the infringement of EU law by the judiciary is inherent to the Treatises, there is no general rule concerning the concrete application of the remedy. This means that the States have broad discretion as to the choice of remedies. For instance, in the above-mentioned case concerning France it shall be the *Conseil d'Etat* itself to determine how to give effectiveness to the ruling handed down by the CJEU against the State, which seems rather odd¹³.

On the other side, a more general remark questions the adequacy of the recourse to the doctrine of State liability for breach of EU law. In fact, compensation for damages is an indirect remedy, which fails to tackle the underlying problem of the impossibility for the CJEU to rule on the correct interpretation of EU law. In other words, there is no remedy capable of ensuring that the CJEU perform its role of interpreter of EU law. If a court of last instance breaches its duty to refer, the only possibility is to claim damages. Beyond its concrete availability, this remedy, as such, will never enable the CJEU to express its judgment on the issue at stake.

¹¹ CJEU, 4 October 2018, *Commission v French Republic*, no. 113 f. Our emphasis.

¹² CJEU, 30 January 2019, *Belgium v Commission*, C-587/17, in www.curia.europa.eu.

¹³ For further details, see P.-A. CAZAU, *Une première: la sanction d'un manquement juridictionnel par la Cour de Justice*, in *Rec. Dalloz*, 2019, p. 240.

4. *The Italian experience*

In Italy the problem of breach of the duty to refer has been dealt with by the Court of Cassation in some cases concerning appeals against judgments of the Council of State (*Consiglio di Stato*). According to Italian law, the Council of State is a court adjudicating at last instance, against which no appeal is allowed before the Court of cassation, unless for issues of «jurisdictional competence» (Article 111, paragraph 8, Constitution, Article 110 Italian code of administrative procedure and Article 362, paragraph 1, Italian code of civil procedure).

The guiding principle in order to ascertain if a case is within the judge's jurisdictional competence lies on the traditional distinction between external and internal boundaries. The external boundaries concern the delimitation of the perimeter within which the judge can decide. The crossing of these boundaries entails a misuse of the jurisdictional power. This can occur either when there is an invasion of the field of jurisdictional competence of another judge (for example, if the administrative judge decides a case falling within the jurisdictional competence of the ordinary judge), or of a public administration (for example, if it intervenes within the discretionary power of the public body), or of the legislative power. In all these cases, the Court of cassation has the power to quash the judgments issued by the Council of State. On the contrary, the appeal will be considered inadmissible in case of breach of the internal boundaries of the judicial activity, that is to say when the judge violates the law or the procedure (*errores in iudicando* or *in procedendo*)¹⁴.

In the light of these principles, the Court of cassation regularly refuses to hear appeals against the judgments of the Council of State rejecting applications to submit preliminary references to the CJEU¹⁵. The Court considers that the CJEU is not the judge of the case and that the jurisdictional function exclusively rests with national judges¹⁶.

In more recent decisions, a kind of afterthought appears to have emerged, which conceives the notion of “jurisdictional competence” more broadly, that is in a way that is not limited to the simple division of competences between different judges. According to the Court of Cassation, internal boundaries are “crossed” when the judge radically distorts the

¹⁴ See F. DINELLI, G. PALAZZESI, *La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una 'innovativa conferma'*, in *Giur. It.*, 2015, p. 942.

¹⁵ Cass., sez. un., 4 February 2014, n. 2403, in www.iusexplorer.it. More recently, Cass., sez. un., 29 February 2016, n. 3915, in *Foro Amm.*, 2016, p. 556 and Id., 8 July 2016, n. 14042, in www.iusexplorer.it.

¹⁶ Cass., SS.UU., 14 December 2016, n. 25629, in *Foro it.*, 2017, c. 580.

applicable norms, especially when an access to a jurisdictional remedy is denied, contrary to the EU law as interpreted by the CJEU¹⁷.

Notwithstanding this opening, the Court continues to reject every appeal concerning cases of not referral, always on the ground that the decision to refer lies exclusively within the competence of national judges.

This trend of reasoning is not convincing. It neglects to consider that national judges are obliged to apply EU law and to protect rights conferred by it, even to the point of setting aside the internal norm which is in contrast with the EU one. This means that a “European judge” is not only the one sitting in Luxembourg, but on the contrary every national judge, called to use all the tools afforded by domestic law in a flexible way, in order to guarantee the respect of EU Law¹⁸.

From a comparative point of view, it is worth considering the different approach adopted in Germany. Article 101 of the Fundamental Law provides that «no one may be removed from the jurisdiction of his lawful judge». Relying on this rule, the German Constitutional Court considers that the CJEU is the «lawful judge» in the field of interpretation of EU law. Consequently, if a judgment, even one of a final court, fails to refer for a preliminary ruling, this can be considered a violation of the Constitution, if the reasons are manifestly undefendable (*unhaltbar*)¹⁹. The Constitutional Court does not aim to protect against mistakes in interpretation, but rather to avoid arbitrary decisions. This can happen, for instance, if the judgment does not consider the possibility of submitting a preliminary reference, or if it deviates from a clear interpretation already adopted by the CJEU without stating reasons appropriately²⁰.

Of course, the Italian and German legal systems differ. For example, unlike Italian law, Article 93 of the German Fundamental Law allows everyone to file an application for review to the Constitutional Court, on the grounds of an alleged violation of a fundamental right by a public authority (if the ordinary means of recourse have been exhausted). Thus, the Constitutional Court can annul every judgment violating fundamental

¹⁷ Cass., SS.UU., 29 December 2017, n. 31226, in www.iusexplorer.it.

¹⁸ This principle, laid down in the case *Simmenthal* above mentioned, has been specifically applied by the Court to the preliminary reference proceeding (CJEU, 11 September 2014, *A v B and others*, C-112/13, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, p. 4088).

¹⁹ BVerG, 2 BvR, 2661/06, 6 July 2010, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/07/rs20100706_2bvr266106.html, n. 90. A similar approach has been adopted by the Czech Constitutional Court; cfr. R. VALUTYÉ, *Legal Consequences for the Infringement of the Obligation to Make a Reference for a Preliminary Ruling under Constitutional Law*, in *Jurisprudencija*, 2012, p. 1171.

²⁰ Cfr. R. VALUTYÉ, p. 1171.

rights of the individual.

Nonetheless, and despite the difference between the Italian and the German legal systems, the German example shows that it is possible to interpret domestic law in such a way as to avoid that, because of the national judges' reluctance, the right of European citizens to have the preliminary ruling procedure activated remains without protection²¹.

5. *A change of perspective*

All the above having been said, it is now possible to highlight that the breach of the duty to refer to the CJEU for a preliminary ruling creates a deep wound to the effectiveness of the EU law, because it prejudices the right of the European citizen to have a correct interpretation of the applicable norms by the CJEU.

Against the relevance of this issue, we noticed that neither the possibility to evoke the violation of the right to a fair trial (art. 6 ECHR), nor the leverage of the Member States' liability for damages for breach of EU law seem to be effective remedies. Not only is it difficult to fulfil the very strict conditions in which liability can arise, but the recourse itself to damages demonstrates that if a national judge fails to refer to the CJEU in no way is it possible to solicit the correct interpretation of EU law.

A change of perspective is called for. All the possible tools available according to the internal legal systems should be mobilised with the aim of protecting the effectiveness of EU law. In this sense, a useful paradigm for this change of perspective comes from the category of "European citizenship".

Without entering into detail, it is still worth noting that the Treaty of Lisbon has opened a new phase of the European legal integration, putting a new subjectivity of the European citizen at the centre of the EU architecture. The CJEU has highlighted the importance of this category regarding the citizenship of the Union as a status intended to be the «fundamental status of the citizens of the Member States»²². In this sense, European citi-

²¹ In other Member States as well the situation is similar to the Italian one. Cfr. S. PLATON, *La pratique du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne*, in *AJDA*, 2015, p. 260; D. SZYMCHAC, *Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles*, *ivi*, p. 268. For a complete account, cfr. F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to CJEU for a Preliminary Ruling*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 589.

²² Cfr. L. MOCCIA, *Legal comparison and European law: or the paradigm shift from a*

zenship is a paradigm that no jurist can fail to consider in order to give new impetus to the process of European integration and try to overcome the boundaries, sometimes too narrow, of the traditional categories²³.

The preliminary reference procedure is the instrument that enabled the CJEU not only to orient the national judges with a view to harmonizing the domestic legal systems, but also to protect European citizens' rights. Already in the case *Van Gend and Loos* (1963) the Court asserted that the task assigned to it with the preliminary ruling mechanism «confirms that the states have acknowledged that community law has an authority which can be invoked by their nationals before those courts and tribunals». As a consequence, the subjects of the European legal system «comprise not only Member States but also their nationals», whose rights «become part of legal heritage»²⁴.

In this sense, the change of perspective evoked above builds on the acknowledgment that the unjust refusal (or the refusal lacking statement of adequate reasons) to submit a preliminary ruling to the CJEU cannot be considered as a simple breach of EU law. On the contrary, it affects the right of European citizens to a correct interpretation of the applicable norms by the Court of Justice or, at least, to an adequate motivation of the refusal.

Vis à vis phenomena revealing the deep transformation of the sources of law and of legal categories there should be no room for a defence of an assumed, and anachronistic, exclusivity of the jurisdictional function by national judges, which proves to be no longer adequate in a context where the boundaries of each national legal system become blurred in favour of a space of convergence at the European level.

6. Addendum

During the publication of the conference proceedings, a very important judgment by the Italian Court of cassation was issued precisely on the topic covered by the present contribution (Cass. Civ., sez. un., 18 September 2020, n. 19598). It marks a radical change of perspective, as

territorial to a spatial viewpoint, in the prospect of an open and cohesive society based on European citizenship as model of plural and inclusive citizenship, in *La cittadinanza europea*, 2017, especially at p. 37 f.

²³ Cfr. L. MOCCIA, *Diritto comunitario e diritto europeo*, 2013, p. 41, now in *Id.*, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016, p. 63 ff., at p. 69.

²⁴ CJEU, 5 February 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*, in *Rep.*, 1963, p. 3.

it considers that the avoidance of the duty of the Italian Concil of State to submit a preliminary reference to the CJEU exceeds the limits of its jurisdictional competence, adopting the main arguments raised in the present contribution against the previous view²⁵.

²⁵ For further details, see E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto dell'Unione Europea come "motivo di giurisdizione"*, in *Foro it.*, 2020 (forthcoming).

Marco Lipari

Il giudice amministrativo e le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nell'applicazione della direttiva ricorsi n. 665/1989: effettività della tutela giurisdizionale e interesse strumentale nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale escludente

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza della CGUE e il giudice amministrativo italiano nella interpretazione e applicazione del diritto europeo: un dialogo ricco e complesso – 2. Il diritto europeo, l'autonomia procedurale degli Stati membri e il ruolo del giudice nazionale – 3. La tutela giurisdizionale secondo il diritto dell'Unione europea: i principi generali del Trattato e delle Direttive; il metodo “casistico” della Corte e le peculiarità degli ordinamenti nazionali – 4. L'architettura delle fonti di disciplina del processo europeo in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici. L'interpretazione della direttiva ricorsi e il ruolo della Corte del Lussemburgo – 5. La direttiva “puntuale” n. 66/2007 e il suo recepimento – 6. Il problema dell'ambito soggettivo del diritto al ricorso: l'effettività della tutela e la giurisdizione “oggettiva”. Il requisito della partecipazione (legittima) alla procedura di gara – 7. La giurisprudenza della CGUE sull'interesse strumentale dell'operatore economico. La sentenza *Hackermuller* (VI 19 giugno 2003 C-249/01): il concorrente legittimamente escluso dalla procedura non ha titolo a contestare l'aggiudicazione – 8. L'Adunanza Plenaria n. 11/2008: il necessario esame contestuale dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente *escludenti* e la rilevanza dell'*interesse strumentale* all'affidamento del contratto, collegato alla rinnovazione della procedura di gara. Il *revirement* della decisione n. 4/20111 – 9. La sentenza *Fastweb* della CGUE: il caso particolare delle censure identiche, proposte con il ricorso principale e quello incidentale. L'adeguamento dell'Adunanza Plenaria – 10. La sentenza *Puligienica* della CGUE e la sua influenza sulla giurisdizione amministrativa italiana. La dilatazione dell'interesse strumentale e la difficile applicazione pratica del nuovo principio di diritto – 11. Le peculiarità della vicenda processuale all'origine del caso *Puligienica* – 12. Gli argomenti esposti dalla CGUE. L'irrilevanza: a) della diversità dei vizi proposti con i ricorsi reciprocamente escludenti; b) del numero dei concorrenti rimasti in gara – 13. Gli orientamenti dei TAR e la posizione sostanziale e processuale del concorrente “terzo”: un problema non approfondito dalla CGUE – 14. L'effettiva *chance* di ripetizione della gara e l'onere posto a carico del ricorrente principale. La concreta possibilità di determinare l'esclusione dei concorrenti “terzi” – 15. Il rischio dell'attenuazione dell'interesse al ricorso e i principi della giurisdizione “*soggettiva*” – 16. L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni e il possibile ridimensionamento pratico della

questione dei ricorsi reciprocamente escludenti – 17. Gli interventi della CGUE successivi alla sentenza *Puligienica*. La problematica definizione dell'*interesse strumentale* dell'operatore economico e i presupposti della legittimazione al ricorso. I casi *Archus* e *Bietergemeinschaft (Gembsh)*: dalla considerazione sostanziale degli interessi alla valorizzazione formale delle regole processuali – 18. L'obsolescenza della direttiva ricorsi e i nuovi diritti nazionali. L'opportunità di un recepimento puntuale delle regole – 19. La difficile attuazione delle pronunce della CGUE. I contrasti della giurisprudenza e l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6, alla ricerca di chiarezza applicativa – 20. Le obiezioni agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza – 21. L'*insicurezza giuridica* e il diritto UE. I rischi di un diritto troppo sbilanciato sull'intervento "creativo" della giurisprudenza – 22. Le decisioni della CGUE e la loro incidenza sulla giurisprudenza nazionale – 23. La fisiologica prevalenza del diritto UE e l'interpretazione proposta dalla CGUE – 24. Il giudice Rigal e "*D'autres vies que la mienne*": l'influenza del diritto europeo e della giurisprudenza della CGUE come fattore di certezza giuridica – 25. Quando la CGUE rafforza la sicurezza giuridica. I possibili limiti della giurisprudenza pretoria nel campo della tutela giurisdizionale – 26. Il caso dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti: un dialogo tra *decisioni* e il rilievo solo mediato delle fonti scritte – 27. L'indeterminatezza del diritto scritto UE nelle direttive ricorsi – 28. È ancora giustificata la struttura della direttiva ricorsi secondo *principi generali*? – 29. Le regole *puntuali* espresse dalla CGUE: aspetti positivi e negativi della prassi – 30. I rischi di *insicurezza giuridica* derivanti dalla decisione *Puligienica* – 31. Verso una possibile nuova (parziale) codificazione della giustizia amministrativa europea? Il ruolo della CGUE.

1. *La giurisprudenza della CGUE e il giudice amministrativo italiano nella interpretazione e applicazione del diritto europeo: un dialogo ricco e complesso*

Il proficuo dialogo tra il giudice amministrativo italiano e la Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) è particolarmente vivo e complesso. Le decisioni della CGUE costituiscono, ormai, una componente essenziale e *fisiologica* del diritto vivente posto a base delle decisioni dei TAR e del Consiglio di Stato. L'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione europea, in importanti ed estesi settori della giurisdizione amministrativa, si svolgono costantemente attraverso il rapporto dialettico tra le Corti nazionali e quelle europee.

Questa concreta realtà processuale è incoraggiata, in linea generale, dalla espressa previsione di principio racchiusa nel codice del processo amministrativo (CPA), il quale, all'articolo 1, significativamente intitolato "effettività", enuncia la regola fondamentale in forza della quale «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i

principi della Costituzione e del diritto europeo».

La disposizione evidenzia la portata trasversale del *diritto europeo*, incidente sull'intera funzione giurisdizionale. Il diritto "europeo" è considerato, complessivamente, quale insieme delle regole poste sia dal diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), sia dalla disciplina dell'Unione europea. Entrambi i diritti sovranazionali sono destinati a fornire giustificazione sistematica, insieme ai principi della Costituzione, alla garanzia di *effettività* della tutela, definendo le coordinate entro cui deve svolgersi il processo.

L'articolo 1 del CPA non ha un valore meramente programmatico, perché la normativa dell'Unione europea assume concretamente un ruolo centrale, in importanti ambiti della giurisdizione amministrativa. Tra questi, il settore delle controversie concernenti l'affidamento dei contratti pubblici presenta il maggiore interesse, considerando l'ampiezza del contenzioso amministrativo direttamente soggetto alla piena e diretta applicazione del diritto UE e delle decisioni della CGUE: basti pensare che, davanti al Consiglio di Stato, tali giudizi superano, ormai, il 15% del numero totale dei ricorsi.

In tale contesto, la normativa dell'UE applicata dal giudice nazionale non riguarda soltanto gli aspetti sostanziali delle controversie, ma investe anche i profili riguardanti la tutela giurisdizionale delle parti interessate.

Proprio in questo specifico ambito, infatti, il legislatore europeo ha, da tempo, ritenuto indispensabile intervenire con apposite regole, destinate a delineare il quadro minimale di protezione degli operatori economici interessati al rispetto delle norme in materia di affidamento dei contratti pubblici. Si tratta delle disposizioni contenute, essenzialmente, nelle due "*direttive ricorsi*" del 1989 e del 1992, come modificate nel 2007 e poi "corrette" dopo il 2014:

A) la Direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (89/665/CEE), poi estesa ai contratti di servizi e alle concessioni;

B) la Direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

Entrambe le direttive sono state poi integrate e modificate dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre

2007, «che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici». Per effetto delle direttive “sostanziali” del 2014, relative alle concessioni e agli affidamenti di lavori, servizi e forniture, infine, la disciplina delle due direttive ricorsi ha subito alcuni ulteriori aggiustamenti formali, destinati a chiarirne l'ambito oggettivo di applicazione.

Il rilievo sistematico della disciplina europea riguardante la tutela giurisdizionale è evidente: la normativa UE e l'interpretazione offerta dalla CGUE non costituiscono solo il parametro vincolante la decisione di merito del giudice nazionale, ma incidono, in profondità, sul modo stesso di esercizio della funzione giurisdizionale e sulla operatività delle regole processuali.

Nel diritto UE, la connessione tra regole sostanziali e tutela giurisdizionale è sempre sussistente, ma nella materia dei contratti pubblici si manifesta in termini rafforzati.

La stessa giurisprudenza della CGUE evidenzia che, come risulta dal primo e dal secondo *considerando*, la direttiva n. 89/665 (al pari della Direttiva 92/13/CEE) è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie sostanziali in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un *ricorso efficace* e, in particolare, quanto più rapido possibile (v., in particolare, sentenze 28 ottobre 1999, *Alcatel Austria*, C-81/98 punti 33 e 34, e 12 dicembre 2002; *Universe-Bau*, C-470/99).

Nel settore della tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici, peraltro, il diritto dell'UE risulta costituito, in modo preponderante, dalla *giurisprudenza* della Corte del Lussemburgo, la quale ha progressivamente definito una sorta di “codice” del diritto europeo dei ricorsi, oggetto di attenta, ma talvolta problematica, applicazione da parte dei giudici nazionali. Anche la giurisprudenza amministrativa italiana ha ricostruito l'ordinamento processuale attraverso una paziente combinazione tra le regole scritte del codice del processo amministrativo, gli orientamenti interpretativi interni e il diritto dell'Unione europea di origine giurisprudenziale.

Il fenomeno richiede di essere esaminato con attenzione, perché il rapporto tra le direttive scritte, la disciplina nazionale di recepimento,

la giurisprudenza interna e le decisioni della Corte della CGUE non è sempre stato lineare e può determinare alcune *criticità* del sistema nel suo complesso. L'influenza delle decisioni della CGUE sul funzionamento della giurisdizione italiana si manifesta, infatti, secondo modalità complesse, strettamente correlate alla tecnica di redazione delle direttive e alle prassi di formazione delle pronunce della Corte del Lussemburgo.

2. Il diritto europeo, l'autonomia procedurale degli stati membri e il ruolo del giudice nazionale

Sullo sfondo del rapporto tra la CGUE e il giudice nazionale si pone, intanto, la questione generale del ruolo assunto dal principio della "autonomia procedurale" degli Stati membri, in ordine alla attuazione dei principi espressi dall'ordinamento europeo in materia di tutela giurisdizionale, in connessione con il carattere elastico assunto dallo strumento normativo della direttiva.

A tale riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è sviluppata secondo un'articolata evoluzione.

In linea di massima, il concetto di *autonomia procedurale degli Stati membri* viene fatto risalire alle pronunzie della Corte di giustizia UE 4 aprile 1968, in causa C-34/67, *Lück*, e 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *Rewe*. Secondo tale indirizzo, «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta».

Pertanto, la descritta autonomia procedurale scompare nelle ipotesi in cui – come nel caso delle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici – la competenza procedurale è attribuita espressamente all'Unione.

In tali eventualità, il rapporto tra l'ordinamento UE e il diritto interno si svolge attraverso lo strumento normativo della *direttiva*. Quindi, al principio dell'autonomia procedurale si sostituisce quello della «*competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*» prescelti per la realizzazione degli obiettivi prefigurati dalla norma europea. In forza dell'art. 288 c. 3 TFUE (*ex* art. 249 c. 3 CE), «la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la

competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi»¹.

L'autonomia procedurale degli Stati membri viene intesa come "scelta autonoma dei mezzi" finalizzati a *sanzionare* il rispetto del diritto UE e trova un limite esterno nell'esigenza di garantire l'effettività di tutte le norme del diritto UE sostanziale, siano esse munite di efficacia diretta o meno.

I limiti essenziali all'autonomia procedurale degli Stati membri, precisati nella citata sentenza *Rewe*, si traducono nel criterio dell'*equivalenza* ed in quello dell'*effettività*. Le modalità procedurali stabilite dai giudici nazionali «non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» (*criterio dell'equivalenza*) e le modalità stabilite dalle norme interne non devono rendere «in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare» (*criterio dell'effettività*).

La Corte di giustizia, nel riconoscere il criterio dell'autonomia procedurale, ha affermato l'esistenza dell'*obbligo di interpretazione conforme delle norme procedurali nazionali*. Il principio persegue la finalità specifica di garantire la piena effettività alle norme di diritto comunitario sostanziale vigenti in materia².

Con la sentenza della Corte di giustizia UE, 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel*, l'affermato obbligo di interpretazione conforme risulta ulteriormente rafforzato ed è costruito come un vero e proprio dovere del giudice nazionale di "*funzionalizzare*" gli strumenti processuali del diritto interno, al fine di perseguire l'obiettivo primario di garantire l'effettività del diritto comunitario.

L'applicazione del principio, inoltre, comporta che il giudice nazionale debba adattare gli istituti processuali interni alle finalità perseguite dal diritto dell'Unione europea. Ciò non determina, di per sé, le creazione giurisprudenziale di nuovi istituti, ma giustifica l'operatività, anche in via pretoria, di vistose deroghe al diritto processuale nazionale, come accaduto, in modo assai significativo per il principio di intangibilità del giudicato, ritenuto superabile quando occorra dare piena attuazione al diritto europeo, prevalente su quello nazionale (sentenze *Köbler*³, *Lucchini*⁴).

La tesi della funzionalizzazione degli istituti processuali nazionali è stata applicata dalla Corte di giustizia, fra l'altro, alla disciplina della decorrenza del termine di impugnazione nella causa *Rosado Santana*⁵, in

¹ Cfr. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Report annuale 2011* – Italia, www.ius-publicum.com.

² CGUE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*; CGUE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmott*.

³ CGUE, 30 settembre 2003, C-224/01.

⁴ CGUE, 18 luglio 2007, C-119/05, in *Foro it.*, IV, 532, con nota di SCODITTI.

⁵ CGUE, 8 settembre 2011, C-177/10.

cui è stato chiesto al giudice del rinvio di verificare se la disciplina interna fosse tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dalle fonti comunitarie e ciò anche nella prospettiva della eventuale disapplicazione della norma processuale interna che possa ostacolare l'effettiva tutela del diritto di matrice comunitaria (sentenza *Santex*⁶). L'unico possibile argine all'obbligo della interpretazione conforme è costituito, in termini assai problematici, dalla "teoria dei contro limiti" ricavabili dai principi della Costituzione dello Stato membro, la cui applicazione è stata di recente prospettata in materia penale nel caso *Taricco*. L'ipotizzata disapplicazione della disciplina nazionale sulla prescrizione in materia penale, programmaticamente diretta ad assicurare la tutela delle norme sostanziali dell'ordinamento UE, in materia di salvaguardia dei superiori interessi finanziari dell'Unione, avrebbe comportato una violazione del principio supremo di irretroattività della norma penale sfavorevole, sancito dall'art. 25 della Costituzione italiana: uno dei capisaldi della cultura giuridica garantista dell'ordinamento democratico repubblicano.

3. La tutela giurisdizionale secondo il diritto dell'Unione europea: i principi generali del Trattato e delle direttive; il metodo "casistico" della Corte e le peculiarità degli ordinamenti nazionali

Alla luce dei criteri delineati dalla CGUE, nel perimetro definito dalle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici dovrebbe considerarsi inoperante il principio di *autonomia procedurale* degli Stati membri. Troverebbe applicazione, infatti, la disciplina contenuta negli atti normativi scritti, espressamente dedicati alla materia.

Tuttavia, la particolare tecnica di redazione delle fonti europee (in linea generale e, ancor di più, in questo specifico contesto), strutturate come clausole aperte, lascia intatti alcuni dubbi di fondo sulla esatta relazione tra le direttive e il diritto nazionale.

È quindi ancora incerta la precisa architettura del rapporto tra la normativa europea scritta, contenuta essenzialmente nelle citate direttive ricorsi (ma anche nel Trattato e nelle regole della Carta di Nizza, riguardanti il diritto ad un processo equo ed efficace), l'attuazione nel diritto nazionale, le regole processuali generali vigenti nei singoli ordinamenti, il ruolo della

⁶ CGUE, sezione VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, in *Foro it.*, 2003, IV, 474, con nota di BARONE, FERRARI.

CGUE e dei giudici nazionali, i quali fissano regole “di diritto vivente”, interpretando disposizioni a contenuto elastico o generale.

Le direttive ricorsi risultano caratterizzate, nella loro struttura fondamentale, dalla enunciazione di *principi* articolati in forma generalissima. La tecnica stilistica utilizzata dal legislatore europeo è incentrata essenzialmente nella descrizione, assai “prudente”, di ampie finalità, complessivi obiettivi, criteri di massima.

Senza alcun dubbio, la “direzione” indicata dalla direttiva è tutta orientata, univocamente, a sostenere interpretazioni del diritto nazionale favorevoli alla massima espansione del diritto al ricorso e alla piena satisfattività della pronuncia del giudice.

Ma non è sempre agevole stabilire quale sia, in concreto, il grado minimo di tutela che l’ordinamento nazionale deve assicurare per rispettare il diritto europeo e quali strumenti processuali dell’ordinamento interno debbano essere previsti, o “funzionalizzati”, a tale scopo.

La scelta “minimalista” del legislatore europeo nel settore della tutela giurisdizionale potrebbe risultare, nel suo complesso, comprensibile e presenta una sicura giustificazione storica e *politica*:

- per il diritto europeo, nel campo del processo e delle forme di tutela giurisdizionale, in linea generale, resta sempre forte il ricordato riconoscimento dell’autonomia procedurale degli Stati membri (salve le ovvie regole dell’equivalenza e della effettività della disciplina sostanziale), che mal si concilierebbe con disposizioni di eccessivo dettaglio;

- la distanza tra il principio dell’autonomia procedurale e la piena soggezione alla competenza normativa attuata mediante le direttive, è meno netta di quanto si potrebbe affermare in linea teorica. Da un lato, l’autonomia procedurale non lascia completamente liberi gli ordinamenti statali, i quali devono in ogni caso conformare gli istituti processuali di diritto interno; dall’altro lato le direttive non si spingono sino alla definizione particolareggiata delle regole processuali imposte agli Stati membri;

- le regole delle direttive ricorsi, descrivendo principi di tutela giurisdizionale schematici e perfettamente condivisibili, rispecchiano, in ultima analisi, la tradizione culturale comune degli Stati membri e non sembrerebbero richiedere un particolare sforzo attuativo, salvi, forse, soltanto alcuni aspetti specifici;

- la normativa processuale, anche nella dimensione nazionale, è, per solito, destinata a mantenere una forte stabilità nel tempo ed è spesso delineata con poche e secche disposizioni.

Va osservato, peraltro, che la direttiva ricorsi del 1989 risale ormai a

quasi trenta anni fa e non ha subito alcuna generale revisione: il ricordato intervento del 2007 si è concentrato solo su particolari aspetti e non ha avvertito nemmeno la necessità di consolidare in un testo scritto la giurisprudenza della Corte sviluppatasi nel corso dei precedenti anni. Il dato va rimarcato con attenzione, se posto a confronto con la successione di numerose discipline sostanziali sistematiche (in particolare, nel 2004 e nel 2014), che hanno ridisegnato interamente il sistema dei contratti pubblici, incidendo, su molteplici istituti di dettaglio della disciplina.

4. L'architettura delle fonti di disciplina del processo europeo in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici. L'interpretazione della direttiva ricorsi e il ruolo della Corte del Lussemburgo

Questa impostazione di fondo, incentrata sull'idea di una effettiva "immanenza" dei principi delle direttive europee, nella maggior parte dei sistemi nazionali (che renderebbe superflua una puntuale trasposizione nel diritto interno), è stata largamente seguita anche dall'ordinamento nazionale italiano.

Infatti, non si rinviene un atto normativo interno ufficialmente destinato a recepire, organicamente e sistematicamente, tutti i principi e i contenuti delle originarie direttive ricorsi. Quella del 1989 viene recepita, formalmente, nel 1992, ma solo nella parte concernente la *tutela risarcitoria* degli operatori economici per violazione delle regole europee nelle procedure di affidamento (art. 13 della legge n. 142/1992).

In tale ottica, la tradizionale esclusione della risarcibilità degli interessi legittimi nell'ordinamento italiano rendeva quanto mai opportuna un'apposita previsione volta a riconoscere la tutela risarcitoria: infatti non era chiara la natura della situazione giuridica del soggetto partecipante alla procedura selettiva, prevalentemente inquadrata nello schema dell'interesse legittimo pretensivo. Anche se, in via interpretativa, si sarebbe potuto sostenere che il concorrente fosse titolare di un diritto soggettivo, protetto secondo le regole della responsabilità precontrattuale. Una volta annullato il provvedimento illegittimo, la posizione del ricorrente vittorioso in giudizio avrebbe assunto la fisionomia del diritto soggettivo, secondo il tradizionale schema *affievolimento-riespansione*.

Nel 2006, in occasione della stesura del "primo" codice dei contratti pubblici (decreto legislativo n. 163/2006, ora abrogato e sostituito dal

codice n. 50/2016), alcune norme processuali, nella loro rubrica, avevano richiamato, genericamente, singole disposizioni della direttiva ricorsi. Ma si trattava di menzioni concretamente poco significative: le novità più importanti, contenute nel codice riguardavano la traduzione, in disposizioni scritte, di regole desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Si pensi alla introduzione della tutela cautelare *ante causam*: con ordinanza 29 aprile 2004, C-202/03, la Corte di giustizia, pronunciandosi sulla questione proposta dal TAR per la Lombardia con ordinanza 26 aprile 2003, n. 76, aveva stabilito che l'art. 2 della Direttiva 669/89/CE e ss. mm. doveva essere interpretato nel senso che «gli Stati membri erano tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimenti provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame». D'altro canto, non risulta che tali disposizioni siano state formalmente notificate agli Uffici dell'UE come formale recepimento della direttiva ricorsi (se fosse così, del resto, si sarebbe “confessato” un clamoroso ritardo nel recepimento).

Nel loro complesso, infatti, le direttive ricorsi erano percepite come pienamente già “viventi” nel sistema nazionale, poiché la tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento costituzionale e processuale italiani appariva, sin dal 1989, anche nel vigore della legge TAR del 1971 e del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, sostanzialmente adeguata agli *standard* comunitari, se non addirittura più avanzata.

Anche la legge n. 205/2000, poi, era ritenuta espressione ulteriormente rafforzata delle stesse esigenze di garanzia processuale, pienamente idonea a realizzare tutti gli obiettivi perseguiti dalla normativa europea.

5. La direttiva “puntuale” n. 66/2007 e il suo recepimento

Molto diversa è stata, invece, la vicenda dell'adozione e del recepimento della direttiva ricorsi n. 66/2007, destinata ad emendare (ma non a *rifondare*) le precedenti direttive ricorsi. Questa nuova disciplina, seppure incide, con alcune previsioni rafforzative, sui principi generali della tutela, contiene, essenzialmente, alcune regole molto più puntuali (riguardanti l'inefficacia del contratto; il termine sospensivo per la stipulazione; le comunicazioni) e nasce dalla meditata esigenza di porre rimedio a specifici problemi emersi

nell'esperienza pratica.

Tali previsioni non si limitano alla generica indicazione di obiettivi, ma dettano regole più nette, richiedenti, per la loro puntuale attuazione, un effettivo adeguamento dell'ordinamento interno, chiamato a regolare istituti nuovi o profondamente ridisegnati.

A tale scopo, il legislatore italiano, con tempestività, ha adottato il decreto legislativo n. 53/2010, poi trasfuso nel codice del processo amministrativo del 2010.

Dunque, in questo limitato ambito, il rapporto tra il diritto UE e la normativa nazionale si è svolto essenzialmente sul piano delle fonti scritte, senza coinvolgere, in modo significativo, il dialogo tra le Corti statali e la CGUE.

Non è un caso che, con riguardo alla disciplina contenuta nella direttiva n. 66/2007, i problemi interpretativi "concreti" finora prospettati nel contenzioso nazionale risultano piuttosto scarsi (benché i temi teorici sottesi risultino di enorme complessità, non essendo molto nitida la natura giuridica dell'inefficacia del contratto) e, allo stato, non sembra emergere, alcun serio dubbio di compatibilità tra la disciplina nazionale di recepimento e le regole europee.

Un nuovo elemento di complicazione del rapporto tra il diritto UE e gli ordinamenti nazionali potrebbe essere ora rappresentato dal *considerando* n. 122 della direttiva n. 24/2014 (e dalla analoga previsione della direttiva n. 23/2014). La previsione fa riferimento alla immanenza, nel sistema europeo, di un principio di protezione del *cittadino contribuente*, interessato a far valere l'illegittimità delle procedure di gara. A tal fine, gli Stati membri non sono tenuti ad applicare le garanzie della direttiva ricorsi, ma devono consentire al cittadino quanto meno la possibilità di rivolgersi ad un'Autorità di garanzia, per segnalare la riscontrata illegittimità.

Al di là del contenuto specifico della previsione (che potrebbe influenzare, pesantemente, il tema della legittimazione e dell'interesse al ricorso), colpisce l'indeterminatezza del livello della *fonte* della prevista tutela del cittadino.

Il riconoscimento di tale protezione è considerato come espressione di un principio già presente nella trama del Trattato e delle sue regole attuative. Tuttavia, il legislatore europeo non avverte la necessità di tradurre tale principio nell'articolato della direttiva. Di conseguenza, neanche il legislatore nazionale ha ritenuto di farne puntuale applicazione. La complessità del tema è emerso in occasione della definizione delle regole attuative del sistema di precontenzioso ANAC: i pareri del Consiglio di Stato hanno evidenziato l'ambiguità della previsione, indicando l'opportunità di meglio

chiarirne la portata.

Dunque, è ragionevole prevedere che, per comprendere esattamente la portata del principio e la sua incidenza sugli ordinamenti nazionali, diventerà determinante l'apporto interpretativo delle decisioni della CGUE.

In conclusione, pertanto, con riguardo alla parte originaria, e fondamentale, delle direttive ricorsi, e alla materia del processo in materia di appalti pubblici, quindi, si può affermare sinteticamente che:

- manca, allo stato, una disciplina europea analitica e puntuale, idonea a definire in modo completo e chiaro le regole processuali applicabili al contenzioso in materia di contratti pubblici;

- di conseguenza, le normative nazionali, compresa quella italiana, a loro volta, richiamano i soli principi della direttiva, attuandoli secondo modalità differenziate, ritenute adeguate alle peculiarità processuali dei rispettivi ordinamenti;

- la CGUE, con diverse pronunce, ha fissato, di volta in volta, regole più puntuali e analitiche, volte a delineare il preciso contenuto del *principio di effettività*, correggendo le regole nazionali ritenute inadeguate al livello minimo di tutela previsto dal diritto UE;

- a loro volta, le "fonti" costituite dalle pronunce della CGUE soltanto in alcuni casi sono state tradotte in norme legislative nazionali, mentre, nella maggior parte delle ipotesi, esse sono state applicate dalla giurisprudenza, preferibilmente mediante interventi dell'organo di vertice nomofilattico (in Italia: l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato).

Ora, l'aspetto che richiede il maggior approfondimento riguarda il rapporto tra una disciplina scritta incentrata su larghi ed elastici principi, e una giurisprudenza della CGUE, la quale, sollecitata dalla peculiarità dei casi sottoposti al suo esame, è diventata sempre più dettagliata e analitica.

È un dato di fatto, ma non così scontato. A fronte di un'impostazione "elastica" del diritto scritto della UE, ci si sarebbe potuti aspettare, infatti, una corrispondente *flessibilità* della giurisprudenza della Corte, chiamata ad intervenire nelle sole ipotesi di evidente violazione dei principi di effettività della tutela.

Al contrario, invece, nel suo complesso, la CGUE ha spesso delineato delle regole giurisprudenziali piuttosto articolate e complesse, riducendo molto il margine di apprezzamento dei singoli ordinamenti nazionali, astrattamente ricavabile della elasticità delle prescrizioni racchiuse nelle direttive.

Il pregio di questa prassi consiste nella capacità della Corte di verificare "concretamente" la capacità degli ordinamenti nazionali di assicurare una

tutela giurisdizionale effettiva e di adeguare i propri strumenti processuali, progressivamente, agli standard di protezione posti al livello europeo.

6. Il problema dell'ambito soggettivo del diritto al ricorso: l'effettività della tutela e la giurisdizione "oggettiva". Il requisito della partecipazione (legittima) alla procedura di gara

In questa cornice, come si è ricordato, la Corte del Lussemburgo ha sviluppato una linea ermeneutica decisamente favorevole alla massima espansione del principio di effettività della tutela degli operatori economici, spingendo gli ordinamenti nazionali verso esiti molto avanzati sul versante dell'accesso alla tutela giurisdizionale e alla garanzia concreta del diritto di difesa. Nelle situazioni "dubbie" è stata prevalentemente seguita la soluzione più garantista, nel senso di ampliare i mezzi di tutela posti a disposizione dei soggetti interessati a far valere il rispetto della normativa europea.

La finalità perseguita dalla CGUE, talvolta enunciata esplicitamente, è quella di garantire, anche attraverso l'implementazione dei principi delle direttive ricorsi, la massima concorrenza, attraverso un diffuso sindacato sulla legittimità delle procedure di gara e sul pieno rispetto della disciplina sostanziale europea.

Questa chiara e omogenea chiave di lettura ha senz'altro contribuito allo sviluppo e al consolidamento, anche nell'ambito delle giurisdizioni nazionali, di interpretazioni adeguatrici del diritto interno. Anche nell'esperienza giurisprudenziale italiana, pertanto, è evidente la tendenza ad un costante rafforzamento della tutela giurisdizionale degli *operatori economici*.

Al tempo stesso, però, il legislatore nazionale ha introdotto regole acceleratorie, in potenziale frizione con l'esigenza di una tutela piena e agevole. Inoltre, si è ripetutamente sottolineato il rischio di un "esasperato" contenzioso, qualche volta strumentale, che potrebbe incidere negativamente sugli interessi generali alla rapida esecuzione del contratto, sulle aspettative dell'aggiudicatario e sull'efficienza del mercato degli appalti nel suo complesso.

Il contemperamento tra le opposte esigenze di effettività della tutela e di tempestiva realizzazione degli obiettivi di interesse pubblico rappresenta un nodo tipicamente italiano, difficile da sciogliere, con regole efficaci ed equilibrate. Il legislatore ha più volte delineato strumenti processuali caratterizzati dalla celerità del rito, ma il problema sembra ancora aperto e, anzi, in qualche occasione, la fretteolosità degli interventi normativi ha

aggravato il problema, anziché risolverlo.

Nella giurisprudenza italiana si è opportunamente ritenuto che un ragionevole limite alla ingiustificata proliferazione dei ricorsi debba essere individuato nella chiara delimitazione dei requisiti dell'interesse e della legittimazione all'azione giurisdizionale. Si tratterebbe, a ben vedere, della coerente applicazione di chiare e consolidate regole coerenti con l'impostazione "soggettiva" della giurisdizione amministrativa: la tutela va riconosciuta solo in capo al soggetto che dimostri di avere un diretto collegamento con la vicenda sostanziale considerata.

In questo senso, del resto, anche le direttive ricorsi, seppure finalizzate, in senso lato, ad ampliare il controllo giurisdizionale sulle procedure di gara, riconoscono il potere di azione soltanto ai soggetti titolari di una particolare posizione differenziata.

Secondo l'art. 1, comma 3, della direttiva n. 865/1989, «Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

La formula della direttiva è certamente ampia, ma indica con chiarezza che, secondo l'ordinamento UE, il *diritto al ricorso* è riconosciuto soltanto in capo ai soggetti titolari di un interesse qualificato all'aggiudicazione di un determinato appalto, interesse normalmente collegato alla effettiva *partecipazione* del ricorrente alla procedura selettiva di cui si contesti la legittimità.

La corretta applicazione di questo generale criterio ha reso necessarie alcune importanti puntualizzazioni.

- a) *Anzitutto, sono individuabili particolari ipotesi in cui l'operatore economico ha certamente il diritto di proporre ricorso, anche se non ha partecipato alla procedura selettiva. Si tratta, essenzialmente, dei casi in cui intende contestare in radice la stessa indizione della gara o quando la lex specialis della procedura impedisce di formulare correttamente la domanda di partecipazione.*
- b) *L'operatore economico escluso dalla stazione appaltante, seppure debba qualificarsi formalmente, come soggetto divenuto estraneo alla procedura selettiva, conserva sempre il diritto di contestare gli esiti della gara, purché impugni tempestivamente la determinazione concernente la propria esclusione.*

Ma è proprio l'ultimo punto che ha suscitato le maggiori incertezze applicative. Non è chiaro, infatti, se e quando, ai fini del riconoscimento del diritto al ricorso, in base ai parametri normativi del diritto UE, rilevi la verifica

della legittimità della partecipazione del ricorrente alla procedura di gara.

La questione si è posta, concretamente, in due casi tipici.

I) Il concorrente escluso dalla gara impugna, tempestivamente, sia la propria esclusione, sia l'atto di aggiudicazione in favore di altro operatore economico. Se il giudice accoglie il ricorso contro l'esclusione, non vi è dubbio che si manifesti, rispondendosi con pienezza, l'interesse dell'imprenditore a contestare l'aggiudicazione disposta in favore del controinteressato.

Ma se, al contrario, il giudice ritiene legittima l'esclusione del ricorrente, si può considerare ancora sussistente l'interesse a contestare comunque l'aggiudicazione al terzo controinteressato? Il diritto europeo scritto non fornisce una esplicita risposta a tale interrogativo.

Da una parte si potrebbe sostenere, infatti, che anche in tale circostanza, il ricorrente conserverebbe in ogni caso l'interesse "strumentale" all'annullamento dell'aggiudicazione: tale esito condurrebbe alla riapertura del rapporto controverso e alla riedizione della gara, offrendo al ricorrente una nuova *chance* di conseguimento dell'appalto. Inoltre, la concreta circostanza della intervenuta partecipazione alla procedura, sebbene seguita da un legittimo provvedimento di esclusione, potrebbe reputarsi idoneo criterio di collegamento con la gara in contestazione: il ricorrente non sarebbe un "quisque de populo", privo di legittimazione, ma un operatore che "ha interesse" concreto all'aggiudicazione dell'appalto.

Dall'altra parte, però, si dovrebbe replicare che, una volta appurato in giudizio che l'operatore economico ricorrente sia stato legittimamente escluso dalla gara, risulta definitivamente sfumata la possibilità di conseguire quel "determinato" appalto. Ne conseguirebbe, allora, il difetto di interesse (anche meramente strumentale) a contestare l'aggiudicazione.

II) La seconda ipotesi concreta, che forma oggetto di un complicato dibattito nel contesto italiano, riguarda il caso in cui il ricorrente che impugna l'aggiudicazione è stato ammesso alla procedura di gara, ma la legittimità della sua ammissione è contestata in giudizio dal soggetto aggiudicatario dell'appalto.

Il tema decisorio posto all'attenzione del giudice riguarda la legittimità della partecipazione alla gara del ricorrente, ed è finalizzato a dimostrare la carenza di legittimazione al ricorso contro l'aggiudicazione, mediante un'*esclusione* disposta dal giudice.

Nell'ordinamento processuale italiano, lo strumento con cui l'aggiudicatario ha il potere di articolare questa linea difensiva, a carattere

“materialmente” riconvenzionale, è costituito dal “ricorso incidentale”, istituto processuale contemplato dal vigente CPA.

Si tratta di un istituto dalla fisionomia tutt'altro che semplice, sia per quanto riguarda la sua disciplina positiva, sia per quanto concerne la sua natura giuridica.

Nella ipotesi considerata, il ricorso incidentale mira a mettere in discussione la legittimazione del ricorrente principale: da qui la sua qualificazione convenzionale come “*ricorso incidentale escludente*”.

A quanto risulta da un sommario esame comparatistico, lo strumento processuale del ricorso incidentale rappresenta un dato caratteristico dell'ordinamento italiano. Questa importante circostanza di fatto potrebbe spiegare le difficoltà incontrate dalla CGUE nel definire in modo chiaro ed esauriente le questioni riguardanti il coordinamento del “ricorso incidentale escludente” con la regola UE che attribuisce il diritto al ricorso all'operatore economico interessato all'aggiudicazione di un determinato appalto.

Anche prescindendo dal dato normativo scritto, poi, è stato il diritto vivente ad assegnare a tale istituto un ruolo così importante nella dinamica del processo in materia di contratti pubblici. Sono numerosissime le controversie in cui le parti contestano reciprocamente i rispettivi atti di ammissione.

7. La giurisprudenza della CGUE sull'interesse strumentale dell'operatore economico. La sentenza Hackermuller (VI 19 giugno 2003 C-249/01): il concorrente legittimamente escluso dalla procedura non ha titolo a contestare l'aggiudicazione

La corretta soluzione del problema interpretativo, dalle relevantissime conseguenze pratiche, ha impegnato gli sforzi interpretativi delle Corti nazionali e del giudice del Lussemburgo.

Il tema ha costituito, e rappresenta tuttora, una importante cartina di tornasole per valutare il rapporto tra le decisioni della CGUE e il giudice nazionale.

Va osservato che la CGUE ha comunque sviluppato, in una prospettiva generale, una interessante giurisprudenza, ritenuta non sempre lineare e persuasiva, in ordine alla definizione dell'interesse al ricorso contro l'aggiudicazione, proposto dall'operatore economico ammesso alla gara, ma di cui sia messa in dubbio la legittimità della partecipazione alla procedura selettiva.

In un primo tempo, con la sentenza del 19 giugno 2003, C-249/01 *Hackermuller*, la Corte di Giustizia, Sesta Sezione, la CGUE ha affermato che la partecipazione alla gara costituisce un necessario fattore di differenziazione della situazione soggettiva vantata dall'impresa la quale intenda agire in giudizio per dedurre la presenza di illegittimità nello svolgimento della gara. Per la Corte, anche l'ordinamento europeo individua nell'annullamento giurisdizionale uno strumento di tutela di una posizione soggettiva sostanziale, non una via di ripristino della legalità violata, con un vincolo di necessaria presupposizione tra lesione ed annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo.

Nella concreta vicenda contenziosa posta all'attenzione della Corte, era accaduto che a fronte dell'azione proposta dall'impresa interessata, contro l'aggiudicazione di un appalto, disposta a favore di un terzo, la stazione appaltante aveva dedotto in giudizio che la ricorrente avrebbe dovuto essere comunque esclusa, perché carente degli indispensabili requisiti soggettivi.

Pertanto, secondo la CGUE, il concorrente legittimamente escluso dalla procedura di gara non ha titolo a proporre un ricorso giurisdizionale contro la decisione di affidamento, a meno che non riesca comunque a dimostrare in giudizio di essere in possesso di tutti i prescritti requisiti di partecipazione.

«Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere leso dalla violazione da lui denunciata».

Le indicazioni fornite da tale pronuncia, quindi, pur non incidendo in modo diretto sul tema "italiano" del *ricorso incidentale escludente*, potevano apparire piuttosto chiare. A fronte di un ricorso proposto contro gli esiti dell'aggiudicazione, le altre parti (compresa la stazione appaltante e, se gli ordinamenti nazionali lo consentono, d'ufficio, il giudice) possono sollevare, nello stesso giudizio, la questione preliminare riguardante la legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente. È però necessario che, nell'ambito di tale processo, sia assicurata la pienezza e l'effettività del diritto di difesa dell'originario ricorrente, il quale deve essere posto in grado di dimostrare il possesso dei prescritti requisiti di partecipazione.

Appariva allora palese che anche il meccanismo nazionale del ricorso incidentale “escludente”, tipico del sistema processuale italiano, potesse inquadarsi perfettamente nel paradigma delineato dalla Corte di Giustizia, con la decisione *Hackermuller*.

Evidentemente, però, la direttiva ricorsi, così come interpretata dalla giurisprudenza della CGUE, non impediva agli ordinamenti nazionali di prevedere strumenti di tutela più ampi, anche in relazione alla eventuale dilatazione della legittimazione e dell’interesse al ricorso.

8. L’adunanza plenaria n. 11/2008: il necessario esame contestuale dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti e la rilevanza dell’interesse strumentale all’affidamento del contratto, collegato alla rinnovazione della procedura di gara. Il revirement della decisione n. 4/20111

In questa cornice, allora, si colloca il filone giurisprudenziale culminato nella pronuncia n. 11/2008 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁷, la quale, senza richiamare i principi europei delle direttive ricorsi, aveva particolarmente valorizzato l’*interesse strumentale* dell’operatore economico alla eventuale ripetizione della gara, quale presupposto idoneo all’esame del ricorso principale, anche nel caso di accertata fondatezza del ricorso incidentale volto all’accertamento della illegittima partecipazione del ricorrente alla procedura di gara.

Secondo tale pronuncia, pertanto, qualora il ricorrente principale deduca l’illegittimità dell’ammissione alla gara dell’aggiudicatario e di tutti gli altri concorrenti rimasti in gara, l’eventuale accoglimento del ricorso incidentale, volto a contestare la legittimità della sua partecipazione, non fa venire meno l’*interesse strumentale* all’accertamento della radicale illegittimità della gara, quanto meno nelle ipotesi in cui l’annullamento della procedura di gara comporti l’obbligo di rinnovo della procedura con effettiva chance di conseguimento dell’appalto da parte del ricorrente originario.

Infatti, da questa prospettiva, l’esame di trattazione del ricorso (qualunque

⁷ In *Foro it.*, 2009, III, 1, con nota di SIGISMONDI; in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 41, con nota di TARANTINO; in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, p. 2939, con nota di CIMELLARO; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, p. 3308 (s.m.), con nota di TROPEA; *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 146, con nota di SQUAZZONI, TROPEA; in *Giornale dir. amm.*, 2009, 749 (s.m.), con nota di IERA; in *Giurisdiz. amm.*, 2008, I, p. 1489; in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, p. 1412, con nota di PELLEGRINO; in *Arch. giur.*, 2008, p. 1081; in *Ammin. it.*, 2009, 880; in *Giust. amm.*, 2008, fasc. 4, p. 300 (s.m.), con nota di PELLEGRINO.

sia il primo ad essere valutato) non può precludere la fondatezza dell'altro, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara.

In senso opposto, però, la successiva Adunanza Plenaria n. 4/2011 aveva ritenuto invece che il ricorso incidentale c.d. escludente deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Infatti, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Detta priorità logica, ad avviso del Collegio, sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente.

Il nuovo indirizzo della Plenaria, enunciato in modo estremamente rigido, all'evidente scopo di offrire un quadro processuale certo in ordine alla portata del ricorso incidentale escludente, tuttavia, non aveva affatto chiuso il dibattito, nella prospettiva del diritto interno.

Va peraltro evidenziato che la questione della coerenza del nuovo indirizzo interpretativo con il diritto europeo non aveva quasi mai formato oggetto di particolare approfondimento ed era rimasta totalmente estranea alle difese prospettate dalle parti nei giudizi definiti dall'Adunanza Plenaria.

9. La sentenza Fastweb della CGUE: il caso particolare delle censure identiche, proposte con il ricorso principale e quello incidentale. L'adeguamento dell'Adunanza Plenaria

Su sollecitazione di un TAR, la CGUE era stata chiamata a definire la portata della regola europea sul diritto al ricorso, in rapporto alla affermata efficacia paralizzante del ricorso incidentale escludente.

Quindi, con la sentenza *Fastweb* del 4 luglio 2013, la CGUE statui che, quando le imprese ammesse alla procedura di gara siano soltanto due, «il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti

può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare». Tale pronuncia limitò dunque l'esame di entrambi i ricorsi ai casi in cui si verte nella medesima fase del procedimento e i vizi lamentati dalle parti sono gli stessi.

Sul piano formale, la decisione della CGUE non sembra rimettere seriamente in discussione i principi generali espressi dalla precedente sentenza *Hackermuller* e risulta visibilmente influenzata dalla peculiarità del caso concreto, nel quale erano state prospettate, con i contrapposti ricorso principale e ricorso incidentale, censure simmetriche di contenuto identico, relative alla asserita inidoneità tecnica delle offerte presentate dai due unici concorrenti partecipanti alla gara.

Molto probabilmente, la questione processuale avrebbe potuto risolversi, già in sede nazionale, delimitando, o correggendo, la portata assoluta del principio espresso dalla Plenaria n. 4/2011, anche considerando che, in quella vicenda, l'asserita inidoneità tecnica delle offerte riguardava una fase ben diversa da quella della preliminare valutazione di ammissibilità delle offerte stesse.

In conformità alla CGUE, pertanto, l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 7 del 2014 e soprattutto con la n. 9 del 2014, chiarì che la statuizione del giudice europeo aveva (solo) introdotto un'eccezione all'interno di un quadro unitario sostanzialmente immutato, per il resto confermando l'impianto argomentativo della pronuncia 4 del 2011.

In coerenza con i principi affermati nella sentenza *Fastweb*, la Plenaria n. 9 del 2014 precisò che l'obbligo di procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti resta circoscritto alle sole ipotesi in cui: a) i vizi che affliggono le rispettive offerte attengano alla "medesima fase procedimentale" ("*simmetria escludente*"); b) gli operatori rimasti in gara siano solo due e abbiano tutti proposto ricorsi escludenti nei confronti degli altri.

La stessa Plenaria, poi, aveva attentamente puntualizzato il corretto ordine di esame dei ricorsi. Si era, infatti, affermato che lo scrutinio del ricorso incidentale escludente, poiché riguarda la legittimazione e l'interesse del ricorrente principale, deve sempre precedere il vaglio del ricorso principale.

Tuttavia, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, ma soltanto nel caso in cui «esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2, e 74 c.p.a.»

In caso di riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente, il giudice deve dichiarare inammissibile il ricorso principale per carenza di interesse, senza esaminarlo nel merito.

Solo nei tassativi casi di accertata “simmetria” delle censure formulate e di proposizione di ricorsi escludenti nei confronti di tutti i concorrenti rimasti in gara, l'accoglimento del ricorso incidentale lascia intatto l'obbligo del giudice di esaminare anche il ricorso principale. In tali particolari circostanze appare, infatti, configurabile un interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura di gara, in quanto l'accoglimento contestuale dei ricorsi determinerebbe l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione.

Al contrario, qualora i ricorsi reciprocamente escludenti non investano la posizione di altri concorrenti utilmente collocati nella graduatoria, l'accoglimento del ricorso incidentale preclude in radice l'esame del ricorso principale. In tale eventualità poiché la stazione appaltante dovrebbe affidare l'appalto al terzo, l'operatore economico che ha proposto il ricorso principale non potrebbe far valere alcun interesse strumentale alla ripetizione della gara.

10. La sentenza Puligienica della CGUE e la sua influenza sulla giurisdizione amministrativa italiana. La dilatazione dell'interesse strumentale e la difficile applicazione pratica del nuovo principio di diritto

L'assetto delineato dalla Plenaria, in piena sintonia con la sentenza *Fastweb*, poteva risultare sufficientemente chiarito.

Tuttavia, un po' a sorpresa, il duplice criterio interpretativo espresso dalla Plenaria n. 9/2014 è stato radicalmente ripensato e modificato dalla successiva sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016 (*Puligienica*⁸).

Tale pronuncia ha smentito quanto affermato dall'Adunanza Plenaria (senza peraltro considerarne espressamente le ampie motivazioni). La decisione ha infatti ritenuto che, anche in presenza di una censura incidentale “escludente”, non venga mai meno la legittimazione del ricorrente principale che abbia proposto, a sua volta, censure “escludenti”, indirizzate alla impugnazione dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario:

⁸ CGUE, 5 aprile 2016, C-689/13, in *Foro it.* 2016, IV, p. 325 con nota critica di SIGISMONDI, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*; per un commento a tale decisione sia consentito rinviare, inoltre, a M. LIPARI, *Ricorso principale e ricorso incidentale*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2017

non rileva né la natura dei motivi di ricorso dedotti dalle parti, né il numero dei concorrenti partecipanti alla gara.

La controversia in esame riguardava una procedura di gara con più di due partecipanti. In primo grado, il TAR, a fronte di censure reciprocamente escludenti sollevate dal ricorrente principale e da quello incidentale, aveva esaminato e ritenuto fondati entrambi i ricorsi, e, per l'effetto, annullato l'intera procedura. La stazione appaltante aveva escluso dalla procedura tutte le altre imprese inizialmente ammesse, per inidoneità delle rispettive offerte, con provvedimenti divenuti inoppugnabili.

In appello, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (CGA) con ordinanza 17 ottobre 2013 dubita che, nella concreta vicenda, possa applicarsi il principio di diritto espresso dalla sentenza *Fastweb*, perché alla gara hanno partecipato, in origine, un numero di imprese maggiore di quelle che ora contestano le reciproche ammissioni.

La Grande Camera della Corte, con la citata pronuncia *Puligienica*, ha affermato il principio secondo il quale l'art. 1, par. 1, terzo c., e 3, della direttiva ricorsi n. 865/1989 deve essere interpretato nel senso secondo il quale esso osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

La pronuncia, nei paragrafi 26 e 27 conferma la regola generale secondo cui qualora «a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione (...) ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto».

Il passaggio più controverso della motivazione della sentenza risiede nei par. 28 e 29: «28. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al

paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura».

Ne deriva, così, che «29. Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448)».

11. *Le peculiarità della vicenda processuale all'origine del caso Puligienica*

Per comprendere le criticità derivanti dalla pronuncia, occorre evidenziare, anzitutto, la distanza tra il complesso quesito proposto dal CGA e la decisione adottata dal giudice del Lussemburgo.

L'ordinanza di rinvio aveva indicato con precisione le differenze tra la concreta situazione esaminata e le vicende finora vagliate dalle precedenti Plenarie (del 2008 e del 2011) e dalla sentenza *Fastweb*.

Il caso *Fastweb* era caratterizzato da due note peculiari:

- a) *alla gara avevano partecipato, sin dall'origine, le due sole imprese che avevano poi proposto i ricorsi reciprocamente escludenti;*
- b) *le censure formulate erano, anche nel contenuto, perfettamente speculari.*

Non era chiaro, però, se, nella stringatissima motivazione della pronuncia *Fastweb*, l'indicata duplice peculiarità della fattispecie affrontata dovesse reputarsi come indicativa del carattere *eccezionale* della nuova regola posta dalla Corte, determinandone i conseguenti limiti applicativi. Questa delimitazione della portata della sentenza poteva giustificarsi nella comprensibile prospettiva di non dovere smentire la decisione *Hackermuller*, e di rispettare il disposto letterale della direttiva.

Il CGA dubita, allora, che rientri nel principio di diritto espresso dalla sentenza *Fastweb* la fattispecie sottoposta al proprio esame, in cui i ricorsi incrociati sono proposti non già da *tutti* i partecipanti originari,

ma dai soli concorrenti “rimasti in gara”, senza coinvolgimento alcuno degli altri operatori economici definitivamente esclusi dalla selezione, pur evidenziando l'*isomorfismo* delle situazioni (punto C5 dell'ordinanza).

Non può escludersi che la scelta “prudenziale” del CGA sia stata implicitamente letta dai giudici del Lussemburgo come un tentativo della giustizia amministrativa italiana di “resistere” ad oltranza alla sentenza *Fastweb*, mediante la costruzione di eccezioni sostanziali e di ostacoli procedurali al principio di effettiva tutela dell'interesse strumentale dell'operatore economico finalizzato a denunciare le illegittimità della procedura.

La decisione della Corte, infatti, è diretta a prevenire, sul nascere, ogni ulteriore tentativo di limitazione del principio innovativo espresso per la prima volta dalla sentenza *Fastweb*.

12. *Gli argomenti esposti dalla CGUE. L'irrilevanza: a) della diversità dei vizi proposti con i ricorsi reciprocamente escludenti; b) del numero dei concorrenti rimasti in gara*

Ma la Corte non si limita ad accogliere la prospettazione del CGA, affermando la piena equivalenza tra il caso *Fastweb* e la situazione dei ricorsi incrociati proposti dai concorrenti “rimasti in gara”. La sentenza afferma, infatti, due ulteriori regole:

- a) *l'esame contestuale dei reciproci ricorsi escludenti, principale e incidentale, è sempre doveroso, indipendentemente dalla identità dei vizi denunciati e dalla fase a cui essi si riferiscono;*
- b) *lo scrutinio simultaneo dei ricorsi incidentale e principale prescinde dal numero dei concorrenti e resta necessario anche quando non siano state dedotte censure avverso l'ammissione di tutti i concorrenti “rimasti in gara”.*

La prima nuova regola intende semplificare e chiarire il principio della sentenza *Fastweb*, delineandone la portata generale, non subordinata alla natura “identica” delle censure incrociate, nemmeno nella dimensione “allargata” indicata dalla Plenaria n. 9/2014.

Resta però aperto un nodo applicativo, anche in questa condivisibile prospettiva semplificatrice. Infatti, la natura dei vizi prospettati con il ricorso incidentale non può reputarsi indifferente, perché, al contrario, costituisce

uno degli elementi rilevanti ai fini della concreta ripetibilità della gara, condizionando l'interesse strumentale fatto valere dal ricorrente principale.

Si pensi al caso in cui, con il ricorso incidentale si faccia valere la carenza di un requisito sostanziale di partecipazione del ricorrente principale. In tal caso, il ricorso incidentale, se fondato, dovrebbe avere comunque effetto totalmente paralizzante, perché il ricorrente principale non avrebbe alcuna *chance* di ottenere il contratto, dopo la ripetizione della gara.

È ragionevole ritenere, quindi, che il presupposto dell'interesse strumentale alla possibilità concreta di rinnovare la procedura possa tuttora giustificare, in determinati casi, l'efficacia paralizzante del ricorso incidentale. Ma era difficile ritenere che il giudice nazionale potesse pervenire a questa conclusione senza prima ottenere una nuova pronuncia chiarificatrice della CGUE.

Il secondo principio innovativo espresso dalla sentenza *Puligienica* assume portata ancora più "rivoluzionaria", suscitando anche le maggiori incertezze applicative.

Stando alla lettera della pronuncia, l'accoglimento del ricorso incidentale escludente non preclude mai lo scrutinio del ricorso principale, ancorché nella gara in contestazione siano rimasti in gara concorrenti diversi e ulteriori rispetto a quelli di cui sia ritualmente e tempestivamente contestata in giudizio l'ammissione alla procedura.

Questa affermazione appare sorprendente sotto diversi profili: in primo luogo poiché tocca un aspetto totalmente estraneo all'ordinanza di rinvio. Il CGA, semmai, aveva fatto riferimento alla ipotesi concreta opposta: in giudizio erano contestate tutte le ammissioni dei concorrenti "rimasti in gara", ma, sullo sfondo della vicenda, si intravedevano ancora i "fantasmi" dei concorrenti "definitivamente esclusi".

A ben vedere, però, il CGA non aveva indicato, nemmeno in via ipotetica, come la peculiarità fattuale del caso potesse incidere sulla configurabilità dell'interesse al ricorso e sulla concreta *chance* di ripetizione della gara. Anche per queste ragioni, allora, risulta difficile seguire il ragionamento svolto "d'ufficio" dalla CGUE (seppure su sollecitazione delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale).

Il punto merita, allora, un chiarimento. Nel caso *Fastweb*, poiché tutti gli originari due partecipanti alla gara avevano contestato simultaneamente le reciproche ammissioni, l'eventuale accoglimento di tutti i ricorsi avrebbe determinato l'azzeramento della gara, aprendo la concreta *chance* della sua ripetizione, senza alcuna possibile "riserva" della stazione appaltante.

Nel caso *Puligienica*, invece, le contestazioni reciproche delle ammissioni alla selezione riguardano i soli concorrenti "rimasti in gara", senza

coinvolgimento alcuno, nel giudizio, degli altri operatori definitivamente esclusi dalla stazione appaltante. Si prospetta, allora, almeno astrattamente, una possibile incognita. Infatti, anche in caso di accoglimento di tutti i ricorsi incrociati, l'effetto di "annullamento totale" dell'intera gara e della sua conseguente ripetizione non è del tutto scontato. Esso resta sempre subordinato alla circostanza che successivamente l'amministrazione non decida, in via di autotutela, di riammettere alla selezione gli operatori esclusi.

L'interesse strumentale alla ripetizione della gara, in siffatta circostanza, risulta effettivamente meno nitido e incontestabile rispetto al caso *Fastweb*. È dunque utile il chiarimento richiesto dal CGA, anche se, già in via interpretativa, si sarebbe potuto riconoscere l'equivalenza tra le due situazioni.

La sentenza *Puligienica* non si sofferma sulla peculiarità del caso concreto sottoposto al suo esame. Peraltro, appare ragionevole sostenere che, nella implicita prospettiva seguita dalla CGUE, l'eventualità della riammissione dei concorrenti esclusi, in via di autotutela, essendo futura e incerta, non scalfisce, al momento del giudizio, l'attualità dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

La Corte, invece, seguendo espressamente le argomentazioni dell'Avvocato generale, si occupa di un'altra ipotesi, simmetrica e opposta rispetto a quella oggetto del giudizio *a quo*, ma che implicherebbe la soluzione di altre e più complesse questioni.

Si tratta dell'eventualità in cui i diversi ricorsi escludenti incrociati non toccano la posizione di uno o più dei concorrenti *rimasti in gara*, ma restano circoscritti all'aggiudicatario e all'originario ricorrente.

Il caso emblematico è quello di una procedura selettiva che si conclude con l'ammissione di tre imprese. Il ricorrente principale (secondo graduato) impugna la sola ammissione in gara dell'aggiudicatario. Questi, con ricorso incidentale, deduce, a sua volta, l'illegittima ammissione del secondo classificato. Nessuna delle parti si preoccupa di contestare, invece, la posizione del terzo classificato.

Prima dell'intervento della *Puligienica*, in giurisprudenza, si diceva pacificamente che, in tali circostanze, se non è impugnata anche l'ammissione del terzo concorrente, il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario assume necessariamente portata *paralizzante* del ricorso principale. L'accoglimento dei due ricorsi incrociati, invero, non potrebbe giovare in alcun modo all'interessato, provocando la ripetizione della gara, ma determinerebbe effetti utili potenziali, semmai, solo per il terzo operatore economico, ancorché rimasto estraneo alla controversia. Infatti, a fronte della esclusione degli altri concorrenti, l'amministrazione potrebbe (o

dovrebbe) procedere allo scorrimento della graduatoria in suo favore e non alla ripetizione della gara.

Va detto che, in tali casi, nella concreta esperienza del contenzioso, molto spesso il ricorrente principale, a sua volta, proponeva un “controricorso incidentale”, o un ricorso per motivi aggiunti, diretto a contestare l’ammissione alla gara dei soggetti terzi, tutelando e rilanciando, in questo modo, il proprio *interesse* alla ripetizione della gara.

Ora, invece, la Corte afferma che la finalità di tutela “strumentale” delle parti impone di esaminare, anche in tale ipotesi, entrambi i ricorsi reciprocamente escludenti. La concreta *chance* di ripetizione della gara deriverebbe dalla circostanza che l’amministrazione potrebbe pur sempre verificare l’irregolarità dell’offerta del terzo; oppure questi potrebbe dichiararsi non disponibile allo scorrimento; oppure, ancora, l’amministrazione potrebbe non essere tenuta allo scorrimento.

Sotto il profilo strettamente processuale si potrebbe ritenere, poi, che il terzo, rimasto estraneo al giudizio, non potrebbe avvalersi degli effetti – astrattamente favorevoli – della sentenza che annulla le ammissioni del ricorrente principale e di quello incidentale, e, quindi, l’amministrazione potrebbe legittimamente stabilire di ripetere la gara, senza ledere la sua posizione.

In ciascuna di queste eventualità si manifesterebbe la riemersione della *chance* di ripetizione della gara.

13. *Gli orientamenti dei TAR e la posizione sostanziale e processuale del concorrente “terzo”: un problema non approfondito dalla CGUE*

In definitiva, secondo la CGUE, l’astratta *chance* di ripetizione della gara dovrebbe essere sufficiente per imporre l’esame dei ricorsi incrociati, ancorché poi, all’esito del giudizio, si appuri che tale possibilità non sia più realizzabile in concreto.

È questa l’impostazione seguita dalle prime decisioni dei TAR, le quali hanno applicato, pedissequamente, il nuovo principio espresso dalla sentenza *Puligienica*, senza alcuna restrizione.

In tal senso si è posto, ad esempio, il TAR Bolzano n. 206 del 29 giugno 2016. Il giudice ribadisce il fondamentale principio della “parità delle armi tra le parti” e procede senz’altro al vaglio di entrambi i ricorsi, esaminando, nell’ordine, il ricorso principale e quello incidentale.

Constatata la fondatezza di entrambi i ricorsi, la sentenza annulla

l'ammissione sia del ricorrente principale sia di quello incidentale, con ciò lasciando, implicitamente strada libera ad altro operatore, "terzo" non solo in graduatoria, ma anche rispetto al giudizio.

Nello stesso senso si pone pure Cons. Stato, Sez. IV, 26 luglio 2016 n. 3339, la quale richiama le conclusioni cui è pervenuta la Corte, secondo cui «sussiste l'obbligo del giudice di esaminare entrambi i ricorsi prescindendo dal numero di imprese rimaste in gara e dalla natura del vizio». A ciò consegue «la necessità di esaminare sia l'originario ricorso di primo grado che il ricorso incidentale».

Anche TAR Veneto n. 977/2016 ritiene che «la Corte di Giustizia ha affermato, senza distinzioni, né condizioni o riserve, il dovere del giudice di esaminare sia il ricorso principale, sia quello incidentale, nonostante la singolarità della situazione che si verifica allorché entrambi risultino fondati ed i concorrenti siano più di due, atteso che, in tale ipotesi ed a parte il caso che conseguenza dell'accoglimento sia l'integrale caducazione della gara e la sua integrale rinnovazione, l'accoglimento di ambedue i ricorsi implicherebbe, quale normale risultato, che né il ricorrente principale, né il ricorrente incidentale riescano ad ottenere una concreta utilità della pronuncia a loro favorevole, e che il beneficiario di siffatta doppia decisione di accoglimento sia un altro concorrente (il più delle volte, il terzo classificato), magari neppure parte del giudizio (non essendo un controinteressato in senso tecnico, ma semmai un cointeressato)».

Analogo percorso argomentativo esprime il T.A.R. Lazio, Sez. Latina, Sez. I, 28 giugno 2016, n. 437. Il Collegio, ritiene di dover «seguire alla lettera la pronuncia della Corte di Giustizia che ha affermato senza distinzioni o condizioni o riserve il dovere del giudice di esaminare entrambi i ricorsi, nonostante la singolarità della situazione che si verifica allorché risultino fondati entrambi e i concorrenti siano più di due, dato che, in tale ipotesi e salvo il caso che la conseguenza dell'accoglimento sia la integrale caducazione della gara e la sua integrale rinnovazione, l'accoglimento di entrambi i ricorsi avrebbe come normale conseguenza che né il ricorrente principale né il ricorrente incidentale riescano a ottenere un'utilità concreta dalla pronuncia a loro favorevole e che il beneficiario di tale doppia pronuncia risulti un altro concorrente (il più delle volte si tratterà del terzo classificato)».

Secondo TAR Lazio, Sez. III-quater, 30 giugno 2016, n. 7532, ancora, «la sentenza della CGUE, ha nella sostanza disarticolato la logica della verifica pregiudiziale dell'interesse processualmente rilevante del ricorrente principale, deriva ancora la dequotazione del tradizionale tema, affrontato

ex professo da Ad. Plen. n. 9/2014 proprio sulla prima di tale verifica, dell'inversione dell'ordine di esame del ricorso incidentale escludente e di quello principale, potendo in conseguenza essere ristabilito l'ordine prioritario di esame del ricorso principale non soltanto per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte le ipotesi, come quella oggi in discussione, nelle quali risulti applicabile il principio di marca europea più sopra richiamato».

14. L'effettiva chance di ripetizione della gara e l'onere posto a carico del ricorrente principale. La concreta possibilità di determinare l'esclusione dei concorrenti "terzi"

È apparsa più convincente, però la tesi, espressa da un indirizzo allo stato minoritario, secondo cui, in presenza di concorrenti terzi di cui non si contesti l'ammissione alla gara, per l'esame del ricorso principale deve essere verificata l'insussistenza di possibili ostacoli alla piena operatività della tutela dell'interesse strumentale della parte ricorrente.

In questo senso si pone la Terza Sezione del Consiglio di Stato 26 agosto 2016, n. 3708. La pronuncia afferma i seguenti principi.

«1. L'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è doverosa, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale, tale dovendosi intendere anche quello al successivo riesame, in via di autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento, mentre resta compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in subiecta materia una regola nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale).

2. L'interesse strumentale alla rinnovazione della gara è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.

3. Un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che preludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.).

4. L'art. 1, comma 3, direttiva n. 89/665 CEE riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a "chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

15. Il rischio dell'attenuazione dell'interesse al ricorso e i principi della giurisdizione "soggettiva"

L'antitesi tra le diverse opzioni espresse dalla giurisprudenza risultava piuttosto evidente ed era pertanto ragionevole aspettarsi nuovi interventi della Plenaria e della CGUE.

Compete al giudice europeo il potere di definire meglio il meccanismo dei ricorso incidentale nel processo amministrativo italiano: questo sembra talvolta percepito dalla CGUE come un mero pretesto difensivo per "negare tutela" e impedire il controllo di legalità delle procedure di gara, anziché come un istituto fisiologico, posto a protezione degli interessi sostanziali della parte evocata in giudizio, in piena coerenza con il diritto di difesa consacrato nei principi sovranazionali EU e CEDU.

D'altro canto, proprio i motivi aggiunti e il ricorso incidentale, "di secondo grado", costituivano gli strumenti processuali – niente affatto gravosi – con cui lo stesso ricorrente principale originario può contestare le ammissioni alla gara dei concorrenti terzi, allo scopo di conservare intatto il proprio interesse strumentale.

Più in radice, l'ordinamento UE dovrebbe chiarire in modo definitivo quale sia l'essenza del sistema di garanzia processuale delineato dalla direttiva

ricorsi e quale sia l'ambito dell'*autotutela doverosa* della stazione appaltante.

L'affermazione della Corte, secondo cui anche la mera possibilità dell'autotutela è sufficiente per radicare l'interesse al ricorso, potrebbe condurre a sviluppi inediti. A rigore, dovrebbe reputarsi ammissibile la domanda con cui un concorrente, posizionato all'ultimo posto di una lunga graduatoria di decine di concorrenti impugni l'aggiudicazione, deducendo che il solo aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per carenza dei prescritti requisiti di partecipazione. Infatti, anche in tale circostanza la stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere di autotutela, potrebbe escludere gli altri concorrenti meglio graduati.

È anche possibile ritenere che, ora, le regole europee intendano assicurare il rispetto della legalità obiettiva nel delicato settore degli appalti e che, quindi, il requisito dell'interesse al ricorso sia destinato ad attenuarsi o a scomparire, come sostenuto da alcune pronunce.

In questa prospettiva, allora, si dovrebbe spianare la strada al ricorso dell'operatore economico che, pur non partecipando alla gara, intenda comunque promuoverne la ripetizione, o anche il ricorso di associazioni e financo di semplici cittadini (prendendo spunto dal *Considerando* n. 122 della direttiva n. 24/2014).

Il contrapposto interesse pubblico alla stabilità dei rapporti contrattuali potrebbe ritenersi già garantito attraverso le regole riguardanti i limiti alla caducazione del contratto (artt. 121 e 122 del CPA), che permettono al giudice di "salvare" l'efficacia del contratto anche in caso di accertata illegittimità dell'atto di affidamento.

16. L'onere di immediata impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni e il possibile ridimensionamento pratico della questione dei ricorsi reciprocamente escludenti

Per valutare le verosimili ricadute della sentenza della CGUE, occorre considerare che il codice dei contratti pubblici n. 50/2016 recava ulteriori novità idonee ad incidere sul tema del rapporto tra ricorso incidentale e principale reciprocamente "escludenti". Il nuovo art. 120 prevede, infatti, la nuova regola dell'onere della immediata impugnabilità degli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti, attraverso un rito speciale particolarmente veloce.

La platea dei concorrenti ammessi alla gara dovrebbe essere

definitivamente cristallizzata prima della fase di valutazione delle offerte e della aggiudicazione. Sicché, le ipotesi di ricorsi incrociati escludenti destinati a provocare la ripetizione della gara dovrebbero ridursi, svuotando il rilievo dei principi formulati dalla sentenza *Puligienica*.

Ciò si verificherà in presenza di particolari condizioni favorevoli: un numero limitato di partecipanti alla procedura; una adeguata distanza temporale tra la verifica dei requisiti di partecipazione e la fase valutativa delle offerte; una accurata attività di controllo delle offerte.

L'impatto della nuova normativa potrebbe essere attenuato, però, considerando tre dati.

I) L'art. 80 del codice dei contratti pubblici n. 50/2016, recependo l'art. 57, c. 5 della dir. n. 24/2014, prevede che «Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5».

Pertanto, la fase di ammissione delle offerte è aperta sino all'aggiudicazione. L'auspicato effetto di "cristallizzazione" dei concorrenti, prima dello svolgimento di tale fase, risulta vanificato.

II) Secondo l'art. 56, c. 2, della direttiva, «nelle procedure aperte, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione ai sensi degli articoli da 57 a 64».

La norma europea, pur non recepita dal d.lgs. n. 50/2016, potrebbe essere rilevante per la sua incidenza indiretta sull'accesso ai mezzi di ricorso. L'operatore economico potrebbe aspettare di contestare l'atto di ammissione dell'aggiudicatario, all'esito della procedura selettiva e non dover impugnare, "cautelativamente", tutte le ammissioni.

III) Le direttive del 2016 sono ispirate all'esigenza di introdurre severe cause di esclusione dalle gare, che possono addirittura determinare lo scioglimento del contratto già stipulato. Inoltre, il sistema deve garantire il rispetto della legalità, anche imponendo procedure di riesame (davanti alla stazione appaltante o ad Autorità terze), sollecitate da qualsiasi cittadino-contribuente, come emerge dal *Considerando* n. 122 della direttiva n. 24/2014. L'intervenuta inoppugnabilità degli atti di ammissione alla gara non impedisce l'esercizio dell'autotutela, anche su stimolo degli stessi operatori economici che hanno lasciato scadere il termine di proposizione del ricorso.

Insomma, anche all'esito del giudizio di impugnazione del provvedimento

di ammissione dei concorrenti, la “partita” sulla corretta spettanza dell'appalto potrebbe restare ancora aperta al momento dell'aggiudicazione.

Da ultimo, va evidenziato che il nuovo rito speciale non comprende, *tutti* gli atti di esclusione e di ammissione ma unicamente «il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali» (art. 120, comma 2-*bis*).

In questa dizione non rientrano le ammissioni o le esclusioni riguardanti l'anomalia delle offerte, o la loro idoneità tecnica. Proprio il contenzioso all'origine della decisione *Fastweb* non avrebbe potuto svolgersi secondo le nuove regole dell'art. 120, dal momento che le ammissioni reciprocamente contestate in quel giudizio riguardavano i contenuti dell'offerta tecnica e non già i “requisiti soggettivi di partecipazione”.

Ne deriva che la norma, come era congegnata, non risultava idonea a scongiurare del tutto il rischio dei ricorsi incrociati, diretti a far cadere la gara, ma solo dopo la conclusione della procedura. Anche questo dato poteva alimentare ulteriormente le incertezze provocate dall'applicazione della sentenza *Puligienica*. La previsione normativa, peraltro, nel 2019 è stata abrogata.

17. Gli interventi della CGUE successivi alla sentenza Puligienica. La problematica definizione dell'interesse strumentale dell'operatore economico e i presupposti della legittimazione al ricorso. I casi Archus e Bietergemeinschaft (Gembsh): dalla considerazione sostanziale degli interessi alla valorizzazione formale delle regole processuali

In seguito alla sentenza *Puligienica*, la Corte di giustizia è tornata nuovamente sul tema con due ulteriori pronunce, espressioni, la prima, di una sorta di ridimensionamento del principio dell'interesse strumentale nel contenzioso appalti, la seconda, di un'applicazione estensiva del medesimo criterio interpretativo.

Nello specifico, con sentenza del 21 dicembre 2016 (sentenza *Gembsh*)⁹ il giudice europeo ha affrontato il tema della impugnabilità degli esiti di una procedura di gara per l'impresa definitivamente esclusa, sancendone il suo difetto di legittimazione, quand'anche i concorrenti siano solo due.

⁹ CGUE, C-355/15, 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*.

Secondo la pronuncia l'art. 1, par. 3, della c.d. direttiva ricorsi «non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa».

La Corte si è quindi posta sul solco di quanto affermato dai giudici amministrativi, che avevano rilevato la necessità di modulare quanto espresso nella sentenza *Puligienica* alla luce della nozione di "interesse ad agire", escludendo il diritto a ricorrere a colui il quale, essendo stato *legittimamente* e *definitivamente* escluso dalla gara, non potrebbe ricavare, con assoluta certezza, alcuna utilità (neanche in via mediata e strumentale), da un eventuale accoglimento del ricorso.

Successivamente, però, la CGUE, con sentenza dell'11 maggio 2017 nella causa C-131/16, *Archus*, ha nuovamente affrontato il tema, prospettando una soluzione interpretativa più aderente a quanto statuito nella decisione *Puligienica*. Secondo la pronuncia, l'impresa, *legittimamente*, ma *non definitivamente*, esclusa dalla procedura di gara, vanta sempre un interesse strumentale ad ottenere la rinnovazione della procedura.

18. *L'obsolescenza della direttiva ricorsi e i nuovi diritti nazionali. L'opportunità di un recepimento puntuale delle regole*

La vicenda innestata dalle sentenze della CGUE pone in rilievo un'esigenza sempre più urgente: occorre valutare seriamente l'opportunità di una nuova codificazione analitica delle regole processuali. I generali principi espressi dalla direttiva ricorsi risalgono ormai al 1989 (per i settori ordinari). La novella del 2007 ha affrontato solo alcuni specifici temi, senza rivisitare la normativa nel suo complesso.

Il riferimento ai criteri generali di "effettività" della tutela resta troppo generico e inadatto a risolvere con sufficiente chiarezza le molteplici problematiche emerse nell'esperienza del contenzioso.

Evidentemente, la difficoltà di dettare una disciplina uniforme deriva della persistente differenziazione degli ordinamenti processuali nazionali, non solo per gli istituti, ma anche per le esperienze interpretative e per i tipi

di contenzioso.

Ma la prassi della giurisprudenza CGUE evidenzia che il metodo casistico seguito alimenta incertezze e confusione, portando ad esiti insoddisfacenti proprio nella loro attuazione pratica, tanto nell'ordinamento cui si riferisce la decisione, sia negli altri sistemi.

In ogni caso, sembrerebbe necessario individuare, con immediatezza, modalità volte a incoraggiare ulteriormente un dialogo costruttivo tra i diversi ordinamenti processuali.

Le Istituzioni della UE dovrebbero sostenere la creazione di sedi permanenti, finalizzate a ordinare le regole processuali applicate dai diversi Stati, le loro rispettive giurisprudenze, l'analisi del tipo di contenzioso affrontato, le prassi seguite.

Il deficit di istruttoria riguardante le vicende *Fastweb* e *Puligienica* è, al riguardo, piuttosto evidente.

La rigidità del modo di funzionamento del processo dinanzi alla CGUE dovrebbe essere attenuato, quando viene sottoposta alla Corte una questione di massima importanza e rispetto alla quale i giudici nazionali si sono già espressi con pronunce dell'organo titolare del potere nomofilattico.

Anche le regole sulla sinteticità dell'ordinanza di rinvio e sulla in traducibilità degli atti del giudizio *a quo* potrebbe essere in concreto attenuata qualora si tratti di risolvere questioni di importanza centrale nel sistema.

19. *La difficile attuazione delle pronunce della CGUE. I contrasti della giurisprudenza e l'ordinanza dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6, alla ricerca di chiarezza applicativa*

Come era prevedibile, a fronte del contrasto interpretativo sorto in seno alla giurisprudenza amministrativa italiana, la CGUE è stata chiamata ad occuparsi di nuovo del problema, allo scopo di precisare la portata della sua stessa giurisprudenza.

In particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza, 11 maggio 2018, n. 6, ha rimesso alla Corte di Giustizia Ue il seguente quesito interpretativo: *«se l'articolo 1 della direttiva 89/665 possa essere interpretato nel senso secondo cui esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta*

agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)».

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria 11 maggio 2018 n. 6 indica le oggettive difficoltà di attuare, con puntualità e precisione, il *dictum* fissato dalle decisioni della Corte di giustizia. Sullo sfondo si pone il tema centrale della corretta interpretazione della disciplina riconducibile alla *direttiva ricorsi*, con riguardo alla individuazione dei presupposti soggettivi per accedere alla tutela giurisdizionale: legittimazione e interesse al ricorso dell'operatore economico di cui sia accertata la carenza del titolo di partecipazione alla procedura selettiva.

L'ordinanza della Plenaria delinea la questione nei termini, formalmente esatti, del rapporto tra la normativa nazionale (scritta) e la direttiva ricorsi. Nella sostanza, però, è evidente che il senso del rinvio alla Corte consiste nella ricerca di una precisa "interpretazione" della precedente decisione assunta dalla stessa CGUE, volta a definirne la *portata applicativa*, considerando la complessa dinamica delle vicende processuali e sostanziali nelle quali la sentenza *Pulgienica* è destinata ad entrare in gioco. A margine del rinvio, poi, si pone il tema più complesso della rilevanza di concetti chiave quali la legittimazione e l'interesse (anche strumentale) al ricorso, in contesti in cui non operano le particolari tecniche processuali del ricorso incidentale.

L'Adunanza plenaria ricorda come, al fine di assicurare che «le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile», il legislatore nazionale:

- ha previsto l'istituto della legittimazione processuale straordinaria attribuita all'Anac con riferimento all'impugnazione dei bandi di gara e degli altri atti generali qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;
- ha introdotto il nuovo rito "superaccelerato" di cui ai commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 del c.p.a., la cui *ratio* è consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione.

Tuttavia, gli sforzi del legislatore nazionale per adeguarsi alle prescrizioni dei competenti organismi europei ed il dialogo costante della giurisdizione amministrativa con la Corte di Giustizia non hanno del tutto eliso le incertezze degli interpreti su alcune problematiche in materia di pubblici incanti tra le quali la tematica dei rapporti intercorrenti tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale “escludente”.

L'ordinanza indica i dubbi relativi alle ipotesi in cui il concorrente sia stato o avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, e si interroga sul significato del riferimento a “un determinato appalto”, laddove il concorrente (che sia stato o avrebbe dovuto essere escluso) aspiri in sostanza a un'utilità mediata rappresentata dall'annullamento (se del caso, in autotutela) dell'intera procedura e alla sua riedizione.

La Plenaria considera con attenzione il rilievo attribuito dalle statuizioni della Corte di giustizia al concetto di “interesse strumentale alla ripetizione della procedura”, alla luce della eccezionalità della tutela di tale interesse, in rapporto alla struttura dispositiva del processo.

20. *Le obiezioni agli indirizzi espressi dalla giurisprudenza*

Al riguardo, sussiste incertezza nell'evenienza (occorsa nel caso oggetto del giudizio) in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:

- i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di tutti gli operatori economici rimasti in gara;
- il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l'intera gara e determinanti – ove accolte - la certa ripetizione della procedura.

Secondo una prima linea esegetica (Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2017, n. 3593) la sentenza *Puligienica* imporrebbe, anche in simili evenienze, la disamina del ricorso principale, pur dopo l'avvenuto accoglimento del ricorso incidentale escludente. Infatti, la stazione appaltante potrebbe sempre ritenere opportuno riesaminare in autotutela gli atti di ammissione delle altre imprese al fine di verificare se il vizio accertato sia loro comune, di modo che non resti spazio effettivo per aggiudicare a un'offerta regolare e si addivenga alla ripetizione della procedura.

Secondo un altro indirizzo ermeneutico (Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708), l'esame del ricorso principale si imporrebbe soltanto laddove

l'accoglimento dello stesso produca per il ricorrente principale, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale. Ma, nel caso di più di due imprese partecipanti alla gara, delle quali soltanto due siano in giudizio, detto interesse strumentale sarebbe configurabile solo qualora si dimostri che anche le offerte delle imprese non evocate in giudizio risultino affette dal medesimo vizio accertato in capo all'aggiudicatario.

L'ordinanza sottolinea i punti critici di entrambi gli indirizzi.

Il primo non terrebbe conto delle "aperture" (contenute nella già citata sentenza della Corte di giustizia 21 dicembre 2016, *GesmbH*) relative alla possibilità che l'offerente escluso dalla gara con una pronuncia passata in giudicato non possa più contestare l'esito della gara.

Inoltre, tale orientamento trascurerebbe la circostanza che l'autotutela della stazione appaltante sulle altre offerte rimaste in gara, costituirebbe una mera eventualità ipotetica, rimessa a determinazioni rientranti nella lata discrezionalità della stazione appaltante. Pertanto, l'interesse del ricorrente principale non potrebbe poi essere giustiziabile: in quanto "soggetto definitivamente escluso", questi non potrebbe poi impugnare le determinazioni della stazione appaltante successive all'eventuale annullamento dell'intera gara.

In tal modo, si darebbe ingresso ad una nozione di interesse priva dei necessari requisiti di "certezza ed attualità", costantemente affermati dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855 e Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031).

Nel sistema vigente l'autotutela dell'amministrazione, anche per ragioni di garanzia dell'affidamento, resta sempre meramente facoltativa e, peraltro, soggetta ai limiti temporali stringenti di cui all'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241; operanti anche nei casi di 'atto amministrativo illegittimo per contrasto con il diritto dell'UE.

Ma anche il secondo indirizzo si espone a obiezioni critiche.

Tale orientamento, anzitutto, contrasta con le esplicite statuizioni della sentenza *Puligienica*.

Inoltre, anche qualora si accertasse che tutte le offerte rimaste in gara, riferibili ad imprese non evocate in giudizio, presentino vizi comuni a quelli riscontrati alle altre imprese, resterebbe sempre facoltativo, per la stazione appaltante la scelta di agire in autotutela e disporre la ripetizione della gara.

La Plenaria evidenzia, poi, che è onere del ricorrente principale provare che i vizi ipotizzati con il proprio ricorso siano comuni anche alle altre offerte rimaste in gara e che, comunque, la ripetizione della procedura sia una evenienza concretamente ipotizzabile.

Inoltre, dovrebbe essere affidato al Giudice il vaglio sulla concretezza dell'interesse alla riedizione della procedura azionata con il ricorso principale, in contraddittorio con le offerenti rimaste in gara e non evocate in giudizio, per rendere effettiva e non ipotetica, in quanto rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, l'evenienza della ripetizione della gara.

In ottemperanza alle prescrizioni contenute ai punti 17 e 34 delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" rappresenta il proprio punto di vista sulla questione.

L'interesse del ricorrente principale, attinto da un ricorso incidentale escludente, dovrebbe essere valutato dal Giudice adito nella sua concretezza, e non con riferimento a ragioni astratte.

Dovrebbe essere rimesso agli ordinamenti processuali degli Stati Membri, in ossequio all'autonomia processuale loro riconosciuta, il compito di individuare le modalità di dimostrazione della concretezza del detto interesse, garantendo il diritto di difesa delle offerenti rimaste in gara e non evocate nel processo.

Con la decisione 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*, tuttavia, la Corte europea ha confermato il proprio indirizzo più rigoroso.

21. *L'insicurezza giuridica e il diritto UE. I rischi di un diritto troppo sbilanciato sull'intervento "creativo" della giurisprudenza*

Si è osservato che le oscillazioni della giurisprudenza europea e di quella nazionale alimentano una notevole *insicurezza giuridica*¹⁰, dai contorni problematici e complessi, qualche volta *allarmanti*, perché coinvolge il rapporto tra la normativa nazionale e la disciplina di derivazione europea, applicabili al processo amministrativo. I rischi di tale insicurezza sono evidenti in un ambito sempre considerato essenziale per il funzionamento della giustizia amministrativa: i presupposti e le condizioni per accedere alla tutela giurisdizionale ed ottenere una decisione di merito.

¹⁰ Sulla nozione di "insicurezza giuridica" e i suoi molteplici aspetti problematici, si rinvia a *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di M.A. Sandulli e F. Francario, Napoli, 2018. Sul particolare problema della sicurezza giuridica relativa al diritto UE, si vedano i contributi di GENTILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea* (p. 161 ss.), di LIPARI, *L'insicurezza giuridica nel diritto EU: l'indeterminatezza delle regole della direttiva ricorsi e la giurisprudenza pretoria della CGUE* (p. 411 ss.) e di TROPEA (p. 463 ss.).

Nell'ultimo decennio, a fronte di una dottrina processualistica che resta divisa e perplessa, si è registrata la successione vorticosa di interventi della giurisprudenza nazionale (Corte costituzionale, Cassazione, Consiglio di Stato, TAR) e della Corte di Giustizia dell'Unione europea (ma anche, indirettamente, della Corte di Strasburgo). Le diverse pronunce hanno affrontato, con esiti altalenanti e contraddittori, attraverso itinerari argomentativi eterogenei, il punto specifico della legittimazione e dell'interesse al ricorso.

Queste letture così contrastanti del perimetro del "diritto alla decisione di merito" hanno alimentato il senso di indeterminatezza, proprio in un campo nel quale la stabilità e la chiarezza delle regole dovrebbe costituire sempre il principio cardine. Si può discutere all'infinito sulla opportunità di ampliare o restringere la portata delle nozioni di interesse e di legittimazione al ricorso, si può discettare sul corretto ordine di esame dei ricorsi incrociati reciprocamente escludenti: ma, una volta compiuta la scelta "politica" ritenuta migliore, questa dovrebbe rimanere intatta, fino a quando l'ordinamento non muta espressamente l'assetto della disciplina.

Quali sono, allora, le possibili cause di questa oggettiva, perdurante, "insicurezza"? E quali potrebbero essere i rimedi, o, per lo meno, gli auspicabili correttivi?

22. Le decisioni della CGUE e la loro incidenza sulla giurisprudenza nazionale

Occorre delimitare con chiarezza il punto "critico" in cui si manifesta la denunciata insicurezza, evitando ogni possibile banalizzazione volta a ridimensionare l'importante e positivo ruolo svolto sinora dalla Corte del Lussemburgo, o ad esprimere un atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'ordinamento europeo nel suo complesso.

Infatti, in linea generale, il "dialogo" tra le Corti nazionali e la CGUE si è svolto in modo costante e collaborativo, consentendo il progressivo adeguamento delle normative nazionali – compresa quella italiana – ai criteri delineati dall'ordinamento dell'UE. Il primato del diritto europeo non è mai stato messo in discussione. Al tempo stesso, la Corte europea ha riconosciuto importante rilievo ai *controlimiti* costituzionali imposti dagli Stati membri alla espansione della disciplina UE, manifestando rispetto e attenzione verso i contenuti delle normative fondamentali che caratterizzano ciascuna realtà statale. Nel linguaggio della Corte si è riscontrata la capacità di operare una

sintesi tra le esperienze giuridiche maturate negli ordinamenti interni, anche se appartenenti a tradizioni culturali distanti.

I giudici nazionali, poi, hanno contribuito fattivamente all'applicazione immediata del diritto UE, partecipando al processo di corretta ed omogenea interpretazione di tale normativa. I legislatori degli Stati membri, infine, hanno adeguato spontaneamente molte disposizioni processuali interne ai principi ricavabili dal sistema europeo, favorendo l'avvicinamento delle legislazioni nazionali, secondo una cifra comune decisamente orientata ad allargare e rendere più efficiente il valore della pienezza della tutela giurisprudenziale nei confronti della pubblica amministrazione.

Insomma, dal punto di vista del giurista, la convergenza tra diritti nazionali e diritto di matrice europea costituisce un valore ineliminabile e consolidato, che ha conseguito risultati di straordinaria importanza.

In questa cornice armonica, da valutare molto positivamente anche nella prospettiva del rafforzamento della *sicurezza giuridica*, si segnalano, però, due fenomeni problematici di particolare rilievo.

- a) *Il primo è costituito dai casi in cui la Corte europea, nella sostanza, ha ribaltato, radicalmente, l'indirizzo interpretativo seguito dalla giurisprudenza interna di un determinato Stato, sigillata dal giudice superiore di quel sistema, risolvendo, ma al tempo stesso enfatizzando, un vero e proprio conflitto interpretativo.*
- b) *Il secondo fenomeno riguarda, invece, i casi in cui la CGUE ha elaborato una giurisprudenza di carattere sostanzialmente pretorio e casistico, in relazione a particolari ambiti di applicazione del diritto europeo, in qualche modo "parallela" alla giurisprudenza nazionale. Queste sono le vere ipotesi di "insicurezza giuridica": le giurisprudenze nazionali ed europee sono disarmoniche, il contrasto non si delinea con chiarezza, ma riemerge nei singoli contenziosi e, quindi, non solo non si risolve, ma addirittura si moltiplica.*

23. La fisiologica prevalenza del diritto UE e l'interpretazione proposta dalla CGUE

Le due situazioni vanno analizzate separatamente.

Il primo fenomeno, costituito dalle decisioni della CGUE che apertamente stigmatizzano un determinato indirizzo del giudice nazionale, esprime, correttamente, il principio di prevalenza del diritto UE e non dà

luogo a un vero e proprio effetto di “insicurezza giuridica”, pur meritando una certa attenzione in ordine alla definizione del regolare rapporto tra i diversi giudici, sempre nel quadro del “dialogo”.

Infatti, in tali frangenti, il giudice europeo esercita in modo fisiologico la propria funzione di garante del sovraordinato diritto UE, correggendo gli “errori” presenti nell’ordinamento nazionale e perseveranti nell’interpretazione giurisprudenziale.

Inoltre, quando la CGUE capovolge l’indirizzo espresso da una Corte nazionale, si pone, naturalmente, il tema dell’efficacia temporale (retroattiva o meno) del mutamento intervenuto nell’ordinamento (*overruling*), ma, in ogni caso, il valore essenziale della *sicurezza* giuridica è pienamente tutelato e, anzi, rafforzato, se apprezzato nella sua dimensione europea e non meramente nazionale.

24. *Il giudice Rigal e “D’autres vies que la mienne”: l’influenza del diritto europeo e della giurisprudenza della CGUE come fattore di certezza giuridica*

Una straordinaria manifestazione di questa capacità del diritto europeo (e della sua Corte) di contribuire all’espansione della sicurezza giuridica è testimoniata dalla vicenda processuale di un peculiare rinvio pregiudiziale descritta dal giudice francese Etienne Rigal. La sua storia giuridica (ma soprattutto umana) è stata trasposta dapprima nel bellissimo libro di Emmanuel Carrère “*D’autres vies que la mienne*” e poi in un film, anch’esso molto coinvolgente, che forse molti dei partecipanti a questo Convegno avranno già visto al cinema, intitolato “*Tutti i nostri desideri*”.

Rigal è uno scrupoloso giudice di Vienne (nella Provincia francese), che tratta un contenzioso – ingiustamente considerato “minore” – tra istituti bancari e finanziari e piccoli, talvolta indigenti, debitori, i quali hanno assunto mutui a tassi elevatissimi, difficili da restituire, per le loro condizioni economiche. La palese iniquità delle pattuizioni contrattuali di questi rapporti, tutti sbilanciati in pregiudizio dei consumatori, non sembra colta dalla giurisprudenza dominante della Corte di cassazione francese, la quale segue, invece, un’interpretazione tradizionale e restrittiva del concetto di abusività e di conseguente invalidità delle clausole che prevedono spropositati tassi di interesse e penali, applicando rigidamente il diritto nazionale e non quello ricavabile dalla normativa UE.

Rigal e un’altra giovane giudice della Corte di Vienne, però, studiano

attentamente il problema giuridico. Dubitano della compatibilità della disciplina nazionale (come letta fino a quel momento dalla Cassazione francese) con le direttive europee in materia di tutela dei consumatori e sollevano la questione pregiudiziale comunitaria dinanzi alla CGUE.

Sia il libro che il film descrivono la tensione emotiva sottesa al problema tecnico-giuridico esaminato, anche per la ricchezza psicologica dei protagonisti e la drammaticità delle loro esistenze. L'esito seguito dalla CGUE, niente affatto scontato, è nel senso auspicato dai giudici remittenti e contraddice frontalmente la tesi precedente della Cassazione transalpina. Un piccolo, quasi sconosciuto, Tribunale di Provincia, ha determinato il capovolgimento della tesi interpretativa cristallizzata a Parigi.

25. *Quando la CGUE rafforza la sicurezza giuridica. I possibili limiti della giurisprudenza pretoria nel campo della tutela giurisdizionale*

Si deve ribadire che in casi di questo genere, la *sicurezza giuridica* non è mai messa in discussione dall'intervento, per quanto clamoroso, della CGUE. E non deve considerarsi una minaccia alla certezza giuridica la circostanza che, nel caso *Rigal*, i risultati della funzione nomofilattica della Corte superiore nazionale siano stati vanificati attraverso l'intervento provocato da un minuscolo giudice di merito: al contrario, proprio il principio del sindacato diffuso sulla legittimità comunitaria impone a ciascun giudice, anche di prima istanza, di verificare la compatibilità del diritto nazionale con le norme UE. La struttura verticistica del sistema giudiziario dello Stato membro non può impedire l'immediato rilievo del diritto UE. In ultima analisi, il meccanismo del rinvio pregiudiziale costituisce proprio il mezzo per implementare la *sicurezza giuridica*, vista nella sua più larga dimensione europea.

Il secondo fenomeno è costituito dalla giurisprudenza pretoria della CGUE, parallela a quella nazionale. Questa ha determinato – e continua a provocare – un oggettivo effetto di *insicurezza giuridica*, intesa come incertezza applicativa, e, forse, come imprevedibilità degli esiti dei singoli contenziosi.

Il caso più significativo, su cui occorre concentrare l'attenzione, riguarda proprio il tema della legittimazione e dell'interesse al ricorso, nelle controversie in materia di appalti pubblici, soggette alla disciplina della direttiva ricorsi.

In passato, la Corte del Lussemburgo aveva avuto occasione di affrontare

solo sporadicamente il problema. Ma la questione è, per così dire, *esplosa*, quando si è trattato di dare una soluzione al problema, tipicamente italiano, del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale “reciprocamente escludenti”.

26. Il caso dei ricorsi principale e incidentale reciprocamente escludenti: un dialogo tra decisioni e il rilievo solo mediato delle fonti scritte

Senza entrare nel merito e nei dettagli del tema specifico, deve essere evidenziato un aspetto peculiare della questione.

Sul piano “formale”, per dare una risposta esaustiva ai dubbi ermeneutici, si tratterebbe, in fondo, di compiere un’operazione logica scandita in pochi passaggi ben definiti:

- Che cosa prevede la normativa europea in materia di condizioni e presupposti dell’azione? Come è declinato nella direttiva ricorsi il tema dell’interesse al ricorso?
- Che cosa stabilisce esattamente la normativa nazionale in materia?
- È compatibile la disciplina italiana, correttamente ricostruita, con quella UE?
- In sintesi, combinando insieme diritto nazionale e diritto europeo, come va trattata l’evenienza dei ricorsi reciprocamente escludenti?

Ma, in concreto, nella sequenza degli interventi giurisprudenziali in materia questo percorso logico è stato seguito solo parzialmente. Che cosa è accaduto nell’esperienza pratica?

Le disposizioni normative scritte in materia sono rimaste sempre decisamente sullo sfondo e, talvolta abbandonando qualsiasi riferimento esplicito ad articoli della legge, si è preferito il richiamo a principi, a criteri a finalità, secondo espressioni di portata molto (troppo) generale, sia con riguardo alla ricostruzione dell’ordinamento italiano, sia con riferimento al parametro normativo europeo.

Basterebbe osservare, al riguardo, i contenuti delle pronunce della CGUE, così come quelli di alcune ordinanze di rinvio pregiudiziale e delle decisioni dei giudici nazionali.

Nelle motivazioni, il riferimento alla norma scritta europea è sempre più sfumato, o addirittura assente, o, comunque, generico o tautologico.

Anche la stessa ricostruzione del diritto nazionale viene spesso identificata con l'interpretazione offerta dal giudice titolare del potere nomofilattico.

La sentenza *Fastweb*, ad esempio, si occupa, direttamente, dell'interpretazione offerta dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, senza preoccuparsi di "leggere" le norme processuali italiane. E la stessa Corte preferisce non entrare nell'esegesi della direttiva ricorsi, ma indica un esito interpretativo incentrato sui principi da essa ricavabili.

A sua volta, poi, la sentenza *Puligienica*, è originata dai dubbi interpretativi sulla esatta portata applicativa del precedente *Fastweb*, sollevati dal CGA siciliano. Tanto l'ordinanza di rinvio, quanto la decisione della Corte lasciano sullo sfondo la disciplina scritta UE e concentrano direttamente l'attenzione sulla lettura della sentenza *Fastweb*.

Anche la stessa sentenza *Puligienica* fa sorgere ulteriori dubbi, anche al di fuori del perimetro specifico del ricorso incidentale italiano, riferiti al tema più ampio dell'interesse al ricorso, provocando molteplici nuovi rinvii da parte di altri giudici nazionali, in ordinamenti che non prevedono l'istituto del ricorso incidentale.

Da ultimo, almeno per ora, l'Adunanza Plenaria ha chiesto alla CGUE di chiarire, una volta per tutte, come debba essere applicato il principio espresso dalla *Puligienica*. L'ordinanza è formalmente molto corretta, perché riporta esattamente il tema sul solco della interpretazione della direttiva ricorsi. Ma è evidente che, nella sostanza, lo scopo del rinvio è proprio quello di rimettere in ordine la giurisprudenza, decisamente pretoria, della stessa CGUE.

L'ottimismo della volontà induce a ritenere che, all'esito di qualche prevedibile ulteriore oscillazione, la Corte del Lussemburgo perverrà, alla fine, ad una soluzione chiara e (si auspica) equilibrata, se del caso opportunamente precisata nei dettagli, all'esito del rinvio, dalla Plenaria.

27. L'indeterminatezza del diritto scritto UE nelle direttive ricorsi

Dall'esame della vicenda, emerge, comunque un dato, all'origine della riscontrata "insicurezza giuridica". La causa non è costituita dagli asseriti errori o dai limiti, di volta in volta commessi dai diversi giudici, ritenuti incapaci di cogliere l'uno o l'altro aspetto della complessa questione. Si consideri, in tal senso, la situazione di "stallo logico" derivante dalla contrapposizione tra chi evidenzia il carattere necessariamente pregiudiziale

della legittimazione e dell'interesse (agganciata alla partecipazione legittima alla procedura), che imporrebbe sempre l'esame prioritario del ricorso incidentale, e chi sottolinea, invece, la prevalenza logica dell'interesse a contestare comunque la partecipazione alla gara dell'aggiudicatario, con la conseguente necessità di esaminare entrambi i ricorsi incrociati.

Si deve tener conto pure della impraticabilità di una soluzione basata sulla asserita ricerca della prevalenza di "valori": l'interesse al controllo della legalità delle procedure o quello alla rapida definizione del contenzioso e alla realizzazione dell'opera?

La causa dell'insicurezza risulta, con ogni evidenza, insita nella lacunosità della disciplina scritta, tanto al livello europeo, quanto – in misura minore – in ambito nazionale.

La direttiva ricorsi, infatti, si avvia a compiere trent'anni, senza avere mai subito alcuna revisione generale: mentre le direttive sostanziali in materia di appalti sono state completamente ricodificate nel 2004 prima e nel 2014 dopo. Trent'anni densi di avvenimenti, riguardanti l'allargamento dell'Unione e delle sue competenze, l'evoluzione dei sistemi processuali, le innovazioni sostanziali in materia di appalti (che hanno notevolmente amplificato il rilievo degli aspetti concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione, con evidenti ricadute sul piano del contenzioso sulle ammissioni ed esclusioni, attuato con la tecnica dei ricorsi reciprocamente escludenti), le trasformazioni economiche riguardanti il settore delle commesse pubbliche.

La tecnica di scrittura di tale direttiva è ancora piuttosto schematica e incentrata sull'affermazione di principi alquanto generici, che molti Stati membri considerano "scontati", perché enunciati a livello costituzionale o consolidati da tempo nei rispettivi codici processuali.

In tal senso, è emblematico l'itinerario del recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano. In concreto, ha avuto espresso recepimento solo la disciplina in materia di risarcimento del danno (con la legge n. 142/1992). Gli altri principi processuali, invece, sono stati considerati già insiti all'interno dell'ordinamento nazionale (già prima del codice del 2010 e addirittura prima della stessa legge n. 205/2000).

In modo formale, il codice dei contratti pubblici del 2006 indica la direttiva ricorsi nella rubrica di alcuni articoli: ma si tratta di norme sostanzialmente ricognitive e non innovative del sistema previgente: a tutto concedere un mero perfezionamento e un'integrazione della disciplina europea e non suo recepimento.

28. *È ancora giustificata la struttura della direttiva ricorsi secondo principi generali?*

Si potrebbe giustificare questa impostazione della direttiva ricorsi evidenziando che la materia della tutela giurisdizionale, per la sua complessità tecnica e per la sua incidenza su aspetti tipicamente nazionali ed eterogeni degli ordinamenti degli Stati membri esige normative basate su ampi e generici principi.

Ma questa obiezione non coglie nel segno.

Forse, nel 1989, il “rispetto” per le competenze giurisdizionali degli Stati membri poteva ancora spiegare un atteggiamento prudente e non invasivo. Ma, ora, il sistema UE riconosce con larghezza la necessità di regolare anche istituti processuali.

D’altro canto, la necessità di interventi normativi puntuali è testimoniata da due dati: la direttiva n. 66 del 2007 e la stessa giurisprudenza della CGUE, costretta a ripetuti interventi di puntualizzazione dei principi espressi dalla disciplina scritta europea.

La direttiva n. 66/2007 dimostra che il legislatore europeo ha la capacità di intervenire puntualmente su aspetti peculiari del contenzioso, dettando una disciplina articolata e specifica (in tale circostanza, lo *stand still* e l’inefficacia del contratto). Quando la normativa europea detta una disciplina così puntuale, gli Stati membri hanno la possibilità di recepirla in modo adeguato, senza rischi di fraintendimenti e di incertezze interpretative.

Così è avvenuto in Italia, con il decreto legislativo n. 53/2010 e con il codice del processo amministrativo. La materia trattata risulta di estrema delicatezza e complessità: eppure pochissimi dubbi sono emersi nell’esperienza giurisprudenziale e, in questo campo, non si pone un vero e proprio tema di insicurezza giuridica.

29. *Le regole puntuali espresse della CGUE: aspetti positivi e negativi della prassi*

La giurisprudenza della CGUE, poi, in chiave pretoria, ha creato una quantità impressionante di regole puntuali (per esempio la tutela cautelare *ante causam*; la responsabilità oggettiva della stazione appaltante, ecc.).

In questo modo, la Corte sembra operare come un giudice di *Common Law*: dal singolo caso trae lo spinto per “creare” una regola processuale. Ma i pregi e i difetti di simile impostazione sono evidenti, anche al netto

di ogni riserva pregiudiziale sulla opportunità di riconoscere alla Corte siffatto potere para-normativo. In particolare, il singolo caso, per la sua peculiarità, può condurre ad un esito generale non persuasivo, mancando il necessario approfondimento istruttorio e la valutazione d'insieme della problematica. Si pensi al caso *Fastweb*: l'ordinanza di rinvio evidenziava le caratteristiche concrete del contenzioso, caratterizzato, in punto di fatto, dalla medesima carenza delle offerte tecniche presentate dai due concorrenti. Probabilmente, il giudice di merito avrebbe potuto esaminare entrambi i ricorsi, senza contraddire l'impostazione della Plenaria n. 4/2011: la CGUE, invece, enuncia un principio di più ampia portata, senza, però, spiegarne adeguatamente il perimetro di operatività.

A margine di questo ruolo "pretorio" della Corte, si deve aggiungere che, evidentemente, la strada strettissima del giudizio non permette certamente di svolgere le valutazioni "politiche" e di compiere le procedure di "better regulation" (analisi di impatto della regolazione, verifica tecnico-normativa, ecc.), necessarie per creare una regola pienamente convincente, applicabile in tutti gli ordinamenti dell'Unione.

30. *I rischi di insicurezza giuridica derivanti dalla decisione Puligienica*

Questi limiti sono emersi in modo clamoroso nella sentenza *Puligienica*, la quale, travalicando (e probabilmente anche fraintendendo) i limiti della questione sottoposta dalla ordinanza di rinvio del CGA siciliano, ha creato disinvoltamente una vera e propria regola che male si armonizza con consolidati e pacifici principi (nazionali ed europei) in tema di contraddittorio processuale, ambito dell'autotutela amministrativa, interesse strumentale al ricorso.

La giurisprudenza pretoria, sviluppata per successive tappe ed aggiustamenti, poi, conduce, talvolta, a risultati poco persuasivi. Non si comprende, infatti, perché, stando alla giurisprudenza della CGUE, l'operatore economico legittimamente escluso da una gara, secondo il definitivo accertamento derivante dal giudicato, non possa impugnare l'aggiudicazione ad un terzo, per far valere l'interesse *strumentale* alla riedizione della procedura, mentre questo potere dovrebbe spettare all'operatore economico illegittimamente ammesso alla gara, anche nelle ipotesi in cui l'illegittimità della partecipazione sia ritualmente accertata attraverso l'accoglimento del ricorso incidentale escludente.

Le due situazioni sostanziali sono identiche: in entrambi i casi un operatore economico che, secondo l'accertamento inoppugnabile del giudice, non ha titolo a partecipare alla gara, intende ottenere l'annullamento integrale della gara e la sua ripetizione.

La Corte, inspiegabilmente, abbandona il criterio sostanzialistico, per seguire un indirizzo formale o processuale. Ma così facendo omette di analizzare il "funzionamento" del ricorso incidentale, valorizzando il solo dato estrinseco del precedente passaggio in giudicato della decisione sull'ammissione od esclusione dell'operatore economico ricorrente.

Né pare convincente la prospettata differenziazione dall'ipotesi in cui la legittimità dell'esclusione sia stata definitivamente accertata in un giudizio diverso da quello riguardante l'impugnazione dell'aggiudicazione.

31. Verso una possibile nuova (parziale) codificazione della giustizia amministrativa europea? Il ruolo della CGUE

Ora, è difficile stabilire a priori quale sia la soluzione preferibile sul piano astratto del problema riguardante la tutela dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara: ma l'esperienza di questi anni evidenzia che essa non può derivare da successivi aggiustamenti di tiro della CGUE, pungolata da ripetute sollecitazioni delle Corti nazionali, riferite a casi particolari.

Occorre, invece, affrontare il tema generale dell'aggiornamento della direttiva ricorsi, che tenga conto delle criticità emerse nei diversi ordinamenti, a cominciare proprio da quello italiano. Se occorre, se può contribuire al risultato fondamentale della "sicurezza giuridica", potrebbe essere anche valutata l'opportunità di introdurre una disciplina europea di carattere analitico, dettagliata e chiara.

Anche sul versante nazionale si potrebbe valutare se, a valle di un auspicabile intervento del legislatore europeo, non possano introdursi nel codice alcuni modesti sul piano quantitativo, ma necessari, correttivi volti a sciogliere determinati dubbi applicativi della disciplina riferita al ricorso incidentale.

Resta ferma, ovviamente, la massima fiducia nei confronti della Corte del Lussemburgo e nella sua capacità di dialogare positivamente con i giudici nazionali, al fine di definire in modo equilibrato le questioni poste al suo esame. Ma, nel suo complesso, la giustizia amministrativa aspira ad un livello di sicurezza giuridica ancora più stabile ed ampio, radicato su regole scritte, ponderate sulle determinazioni assunte dalle Istituzioni titolari del potere normativo.

Giacomo Biagioni

*The EU Charter of Fundamental Rights:
in bad need of instructions for use?*

SUMMARY: 1. Preliminary remarks – 2. The scope of application of the Charter under its Article 51: continuity with the existing case-law – 3. The necessity of a «connection» to the implementation of EU law – 4. Categories of cases falling within the scope of application of the Charter in the post-Lisbon case-law – 5. Awaiting further clarification?

1. *Preliminary remarks*

The proclamation of the EU Charter of Fundamental Rights aroused considerable attention, even before the instrument acquired the same legal value as the Treaties. This can be explained, on the one hand, by the fact that the Charter seemed to fill a perceived gap in the legal framework of the European Union, that at the time lacked a written instrument concerning the protection of human rights, and, on the other hand, by its connection to the constitutional process which was ongoing at the time within the European Union¹. The Court of Justice of the European Union (CJEU) itself underlined on several occasions the special importance of the provisions of the Charter², even though its relation to the sources of EU law was still unclear.

Following the entry into force of the Lisbon Treaty, the relevance of the Charter increased as a consequence of its binding nature and of its rank in the legal system of the European Union³, which ensured a more solid

¹ K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *A «bill of rights» for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 273 ff.; C. CALLIES, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in D. Ehlers (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, 2007, p. 519.

² Cf. S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the CJEU's approach to Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1565 ff.

³ See, among others, L. DANIELE, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 655 ff.; G. Di Federico (ed.),

foundation for the use of the Charter. In the new legal framework established by the Lisbon Treaty the Court of Justice was able to draw some conclusions about the functions that the Charter can be expected to perform⁴.

Firstly, as part of EU primary law, the compliance with the Charter is a condition of validity of EU secondary law: therefore, the Court is empowered to annul acts enacted by the European institutions that infringe principles related to the protection of fundamental rights and enshrined in the Charter⁵. For the same reason, the Charter may also have a significant impact on the interpretation of other sources of EU law⁶: while it is a common method to require an interpretation of EU acts in accordance with primary law⁷, the use of the Charter as an interpretative tool seems to disclose broader opportunities and in some cases it may lead to outcomes that can be seen as a departure from the literal meaning of certain provisions⁸.

In addition, as can be inferred from various judgments of the Court of Justice, the Charter may play a crucial role even *vis-à-vis* domestic law. On the one hand, in several cases it was held that some provisions of the Charter may contain rules to be directly applied by domestic courts in the

The EU Charter of Fundamental Rights: from Declaration to Binding Instrument, Dordrecht, 2011; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the CJEU's Approach to Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1565 ff.

⁴ F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 259 ff.

⁵ For a prominent example, cf. CJEU, 1st March 2011, C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats*.

⁶ This may also include the interpretation of other rules of primary law in accordance with the Charter: see Court of Justice, judgment of 29 March 2012, C-500/10, *Belvedere Costruzioni*; 17 December 2015, C-419/14, *WebMindLicenses*; judgment of 5 December 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

⁷ Cf. F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, p. 274 ff.

⁸ See, in particular, CJEU, 5 April 2016, joined cases C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*; CJEU, 25 July 2018, C-216/18 PPU, *LM*, both concerning the European Arrest Warrant, established by the Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 [2002] OJ L 190, p. 1. The two judgments held that some additional grounds for non-execution of a European Arrest Warrant could be derived from the need to protect fundamental rights enshrined in the Charter. See also M. HONG, *Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 549 ff.; A. TORRES PÉREZ, *A Predicament for Domestic Courts: Caught between the European Arrest Warrant and Fundamental Rights*, in B. de Witte, J.A. Mayoral, U. Jaremba, M. Wind and K. Podstawa (eds), *National Courts and EU Law. New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2012, p. 191 ff.

proceedings before them, even leading them to set aside conflicting national rules⁹, also in disputes between two private parties¹⁰. However, the Court seems reluctant to conclude that all the provisions of the Charter have the potential for direct application by domestic courts¹¹. On the other hand, the Court has taken the view that the Charter is to be considered in the interpretation and in the application of domestic rules¹², in order to ensure their compatibility with the needs underlying the protection of fundamental rights. In those cases, as the formula goes, the Court «must provide all the guidance as to interpretation needed in order for the national court to determine whether that legislation is compatible with the fundamental rights the observance of which the Court ensures»¹³.

In the wake of the new rank of the Charter in the EU legal system¹⁴, a significant rise in the number of references to that instrument in the case-law of the Court of Justice has clearly occurred¹⁵. One of the main reasons for this trend is that increasingly national courts tend to raise preliminary questions concerning the interpretation of its provisions¹⁶. In fact, they seem to perceive the EU Charter of Fundamental Rights as an all-encompassing constitutional tool, having the same characteristics as national Constitutions: therefore, they seem to consider that a reference to the Charter can be relevant whenever they are called upon to assess the compatibility of a national rule with the

⁹ See, for instance, CJEU, 22 January 2019, C-193/17, *Cresco Investigation*, para. 80; CJEU, 6 November 2018, joined cases C-569/16 and C-570/16, *Bauer*, para. 91.

¹⁰ It is by now clear that the Court of Justice deems it possible that domestic courts apply at least some of the provisions contained in the Charter even when the dispute concerns two private parties: see, in particular, CJEU, 17 April 2018, C-414/16, *Egenberger*, para. 76, with regard to Article 21 of the Charter; CJEU, 6 November 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, para. 79, with regard to Article 31 of the Charter.

¹¹ CJEU, 15 January 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, para. 48. For a commentary, see E. FRANTZIOU, Case C-176/12, *Association de Médiation Sociale: Some Reflections on the Horizontal Effect of the Charter and the Reach of Fundamental Employment Rights in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 332 ff.

¹² CJEU, 10 July 2014, C-198/13, *Julian Hernández*, para. 32; CJEU, 9 March 2017, C-406/15, *Milkova*, para. 54 ff.

¹³ See, e.g., CJEU, 26 September 2013, C-418/11, *Texdata Software*, para. 72; CJEU, 13 December 2017, C-403/16, *El Hassani*, para. 33.

¹⁴ For a general recollection of the EU system for the protection of fundamental rights after the Lisbon Treaty, see DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro di insieme*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 645 ff.

¹⁵ S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU After the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 2011, p. 599 ff.

¹⁶ See the data contained in European Commission, *2017 Report on the application of the EU Charter of Fundamental Rights*, available at ec.europa.eu, p. 26.

principles concerning the protection of fundamental rights, according to the technique of the alternative use of the preliminary ruling¹⁷.

This assumption has propelled a relatively large set of cases in which the Court of Justice of the European Union ruled that the preliminary questions raised by national courts were inadmissible¹⁸.

In some cases, the inadmissibility of the questions stemmed from a clear irrelevance of EU law with regard to the facts submitted by the referring court. For instance, in *Semeraro* the Court dealt with a case of abusive language during a football match between two local Italian teams¹⁹: the referring court submitted that the national legislator had decriminalised the corresponding criminal offense, claiming that this could lead to a violation of several rights protected by the Charter. Likewise, in *Demarchi* the Court was requested to give a preliminary ruling on the compatibility of purely national rules, concerning the enforcement of domestic judgments in matters of just satisfaction for the excessive length of proceedings, with the right to an effective remedy laid down in Article 47 of the Charter²⁰.

In other cases, the situation appeared to be more nuanced. In *Consorzio Italian Management*, the referring court suggested that national law could be considered as incompatible with Article 16 of the Charter, insofar as it did not provide for price revision in a procurement procedure abstractly included in the scope of Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors²¹. On the contrary, the Court of Justice held that it was not competent to provide the requested interpretation of the Charter, since the Directive did not place any obligation on the Member State as to price revision; consequently, the issue was outside the scope of EU law. In *Iida* the Court ruled that the situation of a third-country national did not fall within the scope of EU law, even though the national measure at issue was intended to implement Directive 2004/38/EC of the European Parliament

¹⁷ See also, concerning the so-called “citizens’ infringement procedure”, P. PESCATORE, Van Gend en Loos, 3 February 1963 – *A View from Within*, in L.M. Póiares Pessoa Maduro, L. Azoulay (eds), *The Past and Future of EU Law*, Cambridge, 2010, p. 3 ff.; B. DE WITTE, *The preliminary ruling dialogue: three types of questions posed by national courts*, in B. de Witte, J.A. Mayoral, U. Jaremba, M. Wind and K. Podstawa (eds), *National Courts and EU Law New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2012, p. 15 ff.

¹⁸ In the same vein, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter*, p. 1588 f.

¹⁹ CJEU, order 13 December 2016, C-484/16, *Semeraro*.

²⁰ CJEU, order 7 September 2017, C-177/17, *Demarchi*.

²¹ CJEU, 19 April 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management*, paras 33-35. See also CJEU, 4 June 2020, C-32/20, *Balga*.

and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States²²; nonetheless, the Court emphasised that the third-country national did not satisfy the requirements established by EU law in order to invoke the application of the Directive.

The above-mentioned cases clearly show that domestic courts are still in need of guidance with regard to the scope of application of the Charter of Fundamental Rights and to the competence of the Court of Justice in interpreting the Charter itself. Therefore, it is useful to shortly illustrate the solutions adopted so far by the Court of Justice in handling preliminary questions regarding the interpretation of the Charter, when the connection of the case to the scope of the Charter was not beyond any doubt.

2. *The scope of application of the Charter under its Article 51: continuity with the existing case-law*

Article 51 of the Charter of Fundamental Rights governs the applicability of its provisions, stating that they «are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law». Accordingly, whereas no doubt may arise as to the relevance of the Charter for the validity or the interpretation of EU acts, a clear limitation is set as to its interaction with domestic law²³. The Explanations²⁴ clarify that the latter rule was derived from a principle set forth by the case-law of the Court of Justice, according to which Member States are under a duty to respect human rights when they are acting under EU law²⁵.

²² CJEU, 8 November 2012, C-40/11, *Iida*, paras. 79-81. For a similar case, see CJEU, 22 May 2014, C-56/13, *Ersekcsanádi Mezőgazdasági*, paras 54-56.

²³ On the drafting history of Article 51, see, among others, R. ALONSO GARCÍA, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, p. 492 ff.; P. ECKHOUT, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 945 ff. On the interpretation of the provision, see also N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: i limiti di applicazione*, Roma, 2018, p. 183 ff.

²⁴ Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, 2007/C 303/02, [2007] OJ C303, p. 17 ff.

²⁵ On the principle, see the contributions contained in L.M. Poiares Pessoa Maduro, L. Azoulai (eds), *The Past and Future of EU Law*, Cambridge, 2010: F.G. JACOBS, *Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law*, p. 133 ff.; D. CHALMERS, *Looking Back*

In fact, in the pre-Lisbon legal framework it was up to the Court of Justice, that had developed the principles underlying the protection of fundamental rights by way of judicial interpretation, to set the boundaries of their application. In so doing, the Court referred to the above-mentioned principle; however, it never gave a complete clarification as to when a situation could be considered as falling outside or within the scope of EU law, even though its case-law did provide some hints.

First, in a seminal case²⁶ the Court pointed out that Member States were called upon to protect fundamental rights, as recognised by the Court through general principles of EU law, when they were implementing an EU legislative act²⁷. In that context, the notion of «implementation» of EU law was not confined to national rules transposing EU law or ensuring its enforcement; rather, it was broadly interpreted, in order to also include situations in which the Member State avails itself of national procedural rules in matters partially governed by EU law²⁸.

Secondly, the Court stressed that, when a Member State enacts domestic legislation relying on a derogation provided for in EU primary law, it must be satisfied that the domestic measure does not conflict with the need to protect fundamental rights²⁹. In such cases, despite the fact that the derogation is the consequence of the application of national rules, the connection with EU law lies in the fact that the derogation is possible only insofar as it is permitted by a provision of EU law³⁰.

At the same time, the Court of Justice ruled out the possibility that a merely remote or hypothetical connection to the application of supranational rules can be sufficient to establish that a situation falls within the scope of EU law and that a national legislation must be interpreted in

at ERT and Its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda, p. 141 ff.; Z. KUHN, Wachauf and ERT: *On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review*, p. 150 ff.; P. CRUZ VILLALÓN, 'All the Guidance', ERT and Wachauf, p. 162 ff.

²⁶ CJEU, 13 July 1989, C-5/88, *Wachauf*, para. 19.

²⁷ See also CJEU, 24 March 1994, C-2/92, *Bostock*, para. 16; CJEU, 15 February 1996, C-63/93, *Duff*, para. 29; CJEU, 17 December 1998, C-186/96, *Demand*, para. 35; CJEU, 13 April 2000, C-292/97, *Karlsson*, para. 37; CJEU, 22 October 2002, C-94/00, *Roquette Frères*, para. 26.

²⁸ See e.g. CJEU, 19 November 1998, C-85/97, *SFI*, para. 31; CJEU, 18 December 2008, C-349/07, *Sopropé*, para. 35.

²⁹ See also CJEU, 18 June 1991, C-260/89, *ERT*, para. 42; CJEU, 8 April 1992, C-62/90, *Commission v Germany*, para. 23; CJEU, 26 June 1997, C-368/95, *Vereinigte Familiapress*, para. 24; CJEU, 12 June 2003, C-112/00, *Schmidberger*, para. 77.

³⁰ See also CJEU, 30 April 2014, C-390/12, *Pfleger*, para. 36.

accordance with EU principles regarding fundamental rights³¹. In particular, the Court clarified that, when national legislation indirectly affects the implementation of provisions of EU law, namely because its subject-matter has only a loose connection with general objectives laid down in EU Treaties, the situation does not fall within the scope of EU law³².

Accordingly, the application of the general principles concerning human rights in the legal system of the European Union can be granted only insofar as at least another provision of EU law could simultaneously play a role as a basis for the decision to be taken before the domestic court.

In the case-law of the Court of Justice the issue of the scope of those principles is also linked to the question of the jurisdiction of the Court itself in a reference for preliminary ruling. In fact, since its earliest cases³³, the Court has constantly held that it does not have jurisdiction to rule on a question relating to the interpretation of principles regarding fundamental rights when it is clear that the national court is not called upon to settle a dispute that falls within the scope of EU law.

The Court has never given a detailed explanation of the reasons why it considered that it lacked jurisdiction with regard to a reference for preliminary ruling concerning the protection of fundamental rights in matters not covered by EU law. In fact, as a general rule, the Court applies a presumption of relevance of preliminary questions referred by a national court and it can declare those questions inadmissible only where the national court seeks the interpretation of provision of EU law that are clearly unrelated to the main action³⁴. However, with regard to issues concerning fundamental rights the Court did not follow the same approach, as it usually engages into a review of the connection between national legislation and EU law, that goes further than its ordinary examination as to its jurisdiction³⁵.

³¹ CJEU, 29 May 1997, C-299/95, *Kremzow*, para. 16; CJEU, order 26 March 2009, C-535/08, *Pignataro*, para. 16.

³² See CJEU, 18 September 1997, C-309/96, *Annibaldi*, para. 22.

³³ In particular, CJEU, 11 July 1985, joined cases 60 and 61/84, *Cinéthèque*, para. 26; CJEU, 30 September 1987, C-12/86, *Demirel*, para. 28; CJEU, 4 October 1991, *Society for the Protection of the Unborn Children Ireland*, para. 31.

³⁴ See, for instance, CJEU, 7 June 2007, joined cases C-222/05 to 225/05, *van der Weerd*, para. 22; CJEU, 16 December 2008, C-210/06, *Cartesio*, para. 67.

³⁵ See, by contrast, the broader approach of the Court to the issue of purely internal situations. In the judgment of 17 September 2015, C-257/14, *van der Lans*, para. 20, the Court of Justice recalled that «according to settled case-law, the Court may decline to rule on a question referred for a preliminary ruling by a national court *only where, inter alia, it is quite obvious* that the provision of EU law referred to the Court for interpretation is incapable

3. *The necessity of a «connection» to the implementation of EU law*

Given the above-mentioned existing framework before the entry into force of the Lisbon Treaty, the different position attributed to the Charter of Fundamental Rights in the legal system of the European Union did not seem to entail a significant evolution, since the wording of Article 51 expressly echoes the pre-existing case-law of the Court of Justice³⁶. In the interpretation of the provision the EU judges chose not to depart from their precedents and to show deference to its literal meaning: the same attitude of self-restraint was thus kept, showing that it was not a consequence of the non-written nature of the applicable principles, but the result of a voluntarily cautious approach of the Court in this regard³⁷.

The position of the Court was clearly stated in *Åkerberg Fransson*³⁸, when a Swedish court sought to clarify whether its domestic law was incompatible with the protection of fundamental rights insofar as it allowed to conduct criminal proceedings for tax evasion against a person who had been already subjected to a tax penalty for the same facts in other proceedings. As the preliminary question revolved around the application of domestic law rules apparently unrelated to the enforcement of EU law, the issue of the applicability of the Charter was expressly raised by several Governments and by the European Commission.

The Court of Justice referred to its previous case-law and asserted that the Charter, to be read in combination with the Explanations, had intended to reiterate the principles that had already been elaborated in the past with regard to the general principles of EU law in disputes concerning the protection of fundamental rights. The judgment underlined the necessity to draw a distinction between situations falling within or outside the scope of EU law and held that a national measure that is not adopted with a view to transposing a EU Directive, but serves the purpose of imposing sanctions for the infringement of rules emanating from that Directive, does, in fact, implement EU law. This was the case with the domestic measure at stake in

of applying» (emphasis added). Cf. also M.E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 339 ff.

³⁶ About possible discrepancies between the scope of general principles concerning protection of fundamental rights and of the Charter, see, however, S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. Van Rompuy (eds), *Fundamental Rights in International and European Law*, Berlin, 2016, p. 147.

³⁷ See *infra*, § 5.

³⁸ CJEU, 26 February 2013, C-617/10.

Åkerberg Fransson, as the tax penalty and the criminal proceedings were the result, *inter alia*, of a violation of rules concerning VAT, established under Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax³⁹.

The subsequent case-law shed more light on the interpretation of Article 51 developed in *Åkerberg Fransson*⁴⁰. In particular, it was argued that, according to the approach followed by the Court of Justice, the key factor to be taken into account for that purpose is the existence of a *sufficient connection* between EU law and national legislation⁴¹: only when such a connection can be ascertained, can the Charter influence the interpretation of national law or even lead to disregard its application and, at the same time, is the Court competent to deliver a preliminary ruling on the interpretation of the Charter itself. In other words, even if a connection to the legal system of the European Union may exist even when the action of national authorities is not entirely governed by EU law, that connection must show a certain degree of intensity and effectiveness.

Although the Court does not seem to often recall the notion of «sufficient connection»⁴², it can provide a useful framework for the explanation of the phrase «implementing Union law»⁴³. In particular, the reference to such a general concept in the interpretation of Article 51 of the Charter can contribute to clarifying that the relevant passage of that provision in fact points

³⁹ [2006] OJ L 347, p. 1 ff.

⁴⁰ See, among others, A. BAILLEUX, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 215 ff.; A. ÉPINEY, *Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux: l'arrêt Fransson et ses implications*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 283 ff.; F. FONTANELLI, *Implementation of EU Law through domestic measures after Fransson: the Court of Justice Buys Time and "Non-preclusion" Troubles Loom Large*, in *European Law Review*, 2014, p. 682 ff.; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 883 ff.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013, p. 866 ff.

⁴¹ The reference to the notion of "connection" is also underlined by S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter*, cit., p. 1587; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: I limiti di applicazione*, p. 215 ff.

⁴² See, however, CJEU, judgment of 6 March 2014, case C-206/13, *Siragusa*, para. 24, where the Court pointed out that «the concept of implementing Union law, as referred to in Article 51 of the Charter, requires a *certain degree of connection*» between the national measure at issue and EU law (emphasis added). See also judgment of 10 July 2014, case C-198/13, *Julian Hernández*, para. 33.

⁴³ For a comprehensive discussion of the notion of «connection» with the scope of EU law, see the Opinion of AG Bobek in case C-298/16, *Ispas*, paras 29-65.

to a multi-faceted concept rather than to a clear-cut scenario.

In this regard, the case-law does confirm that it is possible to envisage different situations in which Member States are, in fact, implementing EU law and consequently are bound by the provisions of the Charter. At the outset, a distinction must be drawn between those situations in which Member States are simply enforcing instruments of EU law, that are directly applicable or have direct effect and so leave no room for national legislation⁴⁴, and those situations in which national legislation is bound to be applied in connection or in combination to provisions and principles of EU law or as a result of them. The first group of cases, actually concerning the concrete application of EU rules by national authorities, does not fall within the scope of this paper, as it deals with the interpretive impact of the Charter on EU acts and with the necessity to apply the latter in compliance with the protection of fundamental rights.

Nonetheless, it must be borne in mind that such a distinction is somewhat blurred, since the Court of Justice often deems it necessary to refer to the Charter through the “mediation” of certain acts of EU secondary law, moving from the assumption that such acts are relevant to the determination of the actual contents of specific provisions of the Charter itself⁴⁵. The above-mentioned scenario arises especially when the Court of Justice is called upon to provide domestic courts with guidance on the compatibility of national legislation with principles of European social law. For instance, it is now settled case-law⁴⁶ that Article 31.2 of the Charter, concerning the right to paid annual leave, must be read and interpreted in combination with Article 7 of Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time⁴⁷. Accordingly, the Court has often underlined⁴⁸ that the principles of equal treatment and of non-discrimination laid down, respectively, in Articles 20 and 21 of the Charter must be given effect taking into account the provisions of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for

⁴⁴ See also the Opinion delivered by AG Cruz Villalón in case C-617/10, Åkerberg Fransson, para. 28.

⁴⁵ In several cases the Court of Justice found that a certain EU act gave «specific expression» to a principle enshrined in the Charter: see, for instance, CJEU, 1 October 2015, C-432/14, *O.*

⁴⁶ See, recently, CJEU, 29 November 2017, C-214/16, *King*, para. 56; CJEU, 6 November 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, para. 52.

⁴⁷ [2003] OJ L 299, p. 9 ff.

⁴⁸ See, e.g., CJEU, 19 April 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, para. 22; CJEU, 9 November 2017, C-306/16, *Maio Marques da Rosa*, para. 50; CJEU, 17 April 2018, C-414/16, *Egenberger*, para. 81.

equal treatment in employment and occupation⁴⁹.

However, this does not really call into question the usefulness of the suggested dichotomy, as in the above-mentioned cases Member States are still expected to give effect to their national legislation: in said context, EU secondary acts do not come into play because they set specific and compelling rules that Member States must simply enforce, but because they help define the obligation to act in conformity with the protection of fundamental rights. As a matter of fact, the Court has often used the reference to EU Directives as contributing to the determination of the contents of certain rights protected by the Charter, in order to overcome the well-known limits to their application as between private parties⁵⁰.

4. Categories of cases falling within the scope of application of the Charter in the post-Lisbon case-law

Once clarified the scope of the analysis, it is now possible to try to categorise the situations in which national legislation can be attracted into the sphere of authority of the Charter and be subject to its primacy as a source of Union law. On this very point, several scholars have made attempts at setting out the most likely criteria for the definition of relevant connections between EU law and domestic law, depending on the type of EU rules at issue⁵¹ or on the nature of the connection⁵².

Of course, it must be kept in mind that similar classifications may only tend to a rationalisation of the findings of the Court of Justice in its case-law: for that reason, one should not overlook the fact that the mechanism itself of the preliminary ruling and the willingness of the Court to take into consideration the specific features of individual cases cannot ensure that the conclusions to be drawn shall lead to the determination of a coherent framework. Nevertheless, some core points can be identified, especially taking stock of the existing elements of continuity with the pre-Lisbon period.

First, the notion of implementation of EU law referred to in Article

⁴⁹ [2000] OJ L 303, p. 16 ff.

⁵⁰ See D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 185 ff. and p. 314 ff.

⁵¹ D. SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1267 ff.

⁵² M.E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e diritto dell'Unione europea*, p. 347 ff.

51 must be interpreted according to its literal meaning, that includes every situation in which national legislation is enacted in order to ensure compliance with the obligations imposed by EU rules through the adoption of more specific provisions. The Court of Justice accepted that the national legislation at stake was implementing EU law when it served the purpose of ensuring the transposition of a Directive⁵³ or when it gave effect to other acts having their legal basis in provisions of EU law, such as a Memorandum of Understanding between the Union and a Member State concerning financial assistance⁵⁴ or even the operational programme between two Member States adopted under an EU Regulation concerning regional funding⁵⁵.

Secondly, as the precedent in *Åkerberg Fransson* shows, the Court considers that a Member State is implementing EU law even when it imposes sanctions established under national law, when they are necessary for the achievement of objectives stemming from EU rules. Accordingly, in that case EU law does not expressly set forth the specific measures to be carried out by Member States but refers to measures that exist under their national law.

The nature of such sanctions, regardless of whether they are criminal, civil or administrative, is in itself irrelevant to the application of the Charter (even though it may trigger the application of provisions concerning different rights⁵⁶). On the contrary, the Court focuses its attention on the fact leading to the adoption of the sanctions: insofar as that fact amounts to a violation of rules of EU law, the Charter of Fundamental Rights applies, even though the sanctions are governed by domestic rules and are not specifically intended for the enforcement of EU law⁵⁷. For instance, in *Berlioz Investment Fund*⁵⁸

⁵³ In *Egenberger* (judgment of 17 April 2018, C-414/16, cit.) the Court found that the statute to be applied by the referring court was enacted in order to implement Directive 2000/78 (see para.49). See also CJEU, 20 December 2017, C-664/15, *Protect*, para. 44; CJEU, 13 September 2018, C-358/16, *UBS Europe*, para. 52.

⁵⁴ CJEU, 13 June 2017, C-258/14, *Florescu*, paras 44-48.

⁵⁵ CJEU, 17 September 2014, C-562/12, *Liivimaa Lihaveis*, paras. 61-66: in particular, the Court underlined that the two Member States were under a duty to implement the operational programme and to adopt a programme manual, whose provisions had thus to comply with the principles enshrined in the Charter.

⁵⁶ However, the characterisation of national measures as criminal sanctions and the consequential applicability of the relevant provisions of the Charter do not rely merely on domestic law: see, e.g., CJEU, 20 March 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate*, para. 28.

⁵⁷ In matters of collection of VAT revenues, see CJEU, 5 April 2017, joined cases C-217/15 and C-350/15, *Orsi and Baldetti*, para. 16; CJEU, 20 March 2018, C-524/15, *Menci*, paras. 18-23. In matters of illegal immigration, see CJEU, 6 October 2016, C-218/15, *Paoletti*, paras 13-20.

⁵⁸ CJEU, 16 May 2017, C- 682/15, paras 33-42.

the Court held that the national legislation concerning sanctions for the failure to provide information to tax authorities had to be interpreted in accordance with the Charter, when the sanction, established under general provisions of domestic law, was imposed on the grounds of the failure to provide information requested under Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation⁵⁹. In particular, when a domestic provision can be aimed at preventing violations both of domestic law and of EU law, the Charter is applicable provided that in the instant case the sanction is the actual result of a violation of EU law⁶⁰.

In the third place, a similar situation can be envisaged when the applicability of the Charter of Fundamental Rights comes into play with regard to actions concerning rights which individuals derive from European Union law⁶¹. According to settled principles in the case-law of the Court of Justice the exercise of rights conferred by EU law is usually not governed by uniform rules, established under EU law itself, but it falls within the scope of the so-called «procedural autonomy» of Member States⁶². In practice, it is for the legal systems of each Member State to lay down the necessary procedural rules governing those actions (concerning time-limits, jurisdictional competence of national courts, *ex officio* powers, etc.) and Union law only demands that they comply with general requirements relating to the principles of equivalence and effectiveness⁶³. Ordinarily, those rules are not intended to govern only claims having their legal basis in EU law, but Member States apply to those proceedings the existing rules for similar claims based on domestic law (e.g. actions for recovery of undue payments).

In that context, domestic procedural rules may serve as a means for ensuring the enforcement of substantive rights attributable to individuals under EU law and this is sufficient to establish a link between their application and the implementation of European Union law, which they indirectly contribute to. So far, the Court of Justice has followed such approach when, for instance, it was called upon to scrutinise domestic procedural rules to be applied to actions for the repayment of taxes levied in breach of the EU

⁵⁹ [2011] OJ L 64, p. 1 ff.

⁶⁰ See, for instance, CJEU, order 15 April 2015, C-497/14, *Burzio*, concerning criminal proceedings for violations in matters of direct taxation and not of value added tax.

⁶¹ On the issue, see the seminal study of A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro italiano*, 1995, p. 13 ff.

⁶² For a criticism of the reference to the principle of «procedural autonomy», see M. BOBEK, *Why There is no Principle of 'Procedural Autonomy' of the Member States*, in B. de Witte, H. Micklitz (eds), *The European Court of Justice and Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2011, p. 305 ff.

⁶³ See, recently, CJEU, 24 October 2018, C-234/17, *XC*, para. 22.

Treaties⁶⁴ or for the payment of tax credits which the beneficiaries have been unduly deprived⁶⁵ of, to actions concerning State liability for the delay in the transposition of a Directive⁶⁶, to actions for infringement of rights relating to personality with respect to the processing of personal data⁶⁷, to actions concerning public participation in environmental matters⁶⁸, to actions for the payment of agricultural aid under the common agricultural policy⁶⁹. However, given the general scope of the case-law concerning the use of national procedural rules for the exercise of rights conferred by EU law, the mentioned approach does not seem likely to be confined to specific matters.

As earlier noted also with regard to sanctions, the Court has repeatedly held that a merely potential connection is not sufficient and has required that in the proceedings before the referring court the exercise of rights derived from EU law be actually at stake⁷⁰. The approach of the Court in this regard appears to be quite strict, as it considers the Charter to be inapplicable when the main proceedings concerned rights based on domestic law, where they showed only a weak connection to EU law⁷¹.

A fourth group of cases covers a situation that had been envisaged even in the pre-Lisbon period, that is the situation in which a Member State takes advantage of a derogation from the fundamental freedoms established in the Treaties, subject to the requirements imposed by EU law to that end. After the entry into force of the Lisbon Treaty, the case-law dating back to the judgment in *ERT*⁷² was given continuity in several cases, concerning especially the freedom to provide services and the regulation of games of chance⁷³. In this regard, as has been repeatedly stressed by the Court of

⁶⁴ CJEU, 30 June 2016, C-205/15, *Toma*, paras 21-28.

⁶⁵ CJEU, 14 September 2017, C-628/15, *The Trustees of the BT Pension Scheme*.

⁶⁶ CJEU, 22 December 2010, C-279/09.

⁶⁷ CJEU, 27 September 2017, C-73/16, *Puškár*.

⁶⁸ CJEU, 8 November 2016, C-243/15, *Lesoochranárske zoskupenie*, para. 51.

⁶⁹ CJEU, 27 June 2013, C-93/12, *Agrikonsulting*.

⁷⁰ See CJEU, 10 July 2014, C-198/13, *Julian Hernandez*, paras 31-47; CJEU, 14 December 2017, C-243/16, *Miravittles Ciurana*, paras 33-34.

⁷¹ In particular, in the judgment of 27 March 2014, case C-265/13, *Torrallbo Marcos*, the Court held that the proceedings concerning the enforcement of a conciliation settlement did not fall within the scope of EU law, even if they were aimed at obtaining a legal finding of the insolvency of the claimant's employer, in order to access rights conferred by Directive 2008/94/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 on the protection of employees in the event of the insolvency of their employer [2008] OJ L 283, p. 36 ff.

⁷² See above, fn. 29.

⁷³ Cf. CJEU, 30 April 2014, C-390/12, *Pfleger*, paras 35-36; CJEU, 11 June 2015, C-98/14, *Berlington Hungary*, para. 74; CJEU, 14 June 2017, C-685/15, *Online Games*

Justice, the underlying idea is that exceptions and derogations in that area are governed by EU rules which national legislation must comply with; accordingly, when a Member State makes recourse to them, it is, in fact, acting within the scope of EU law.

Lastly, a more controversial situation seems to arise in a relatively small set of cases, in which the Court of Justice has held that the scope could also be extended to situations relating to the use of discretionary power by Member States. The first example provided by the case-law of the Court concerned the so-called «sovereignty clause» in the Common Asylum System under Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national⁷⁴. The Court has held that under that clause a State may decide to exercise discretionary power and to examine an asylum application departing from the uniform rules established by the Regulation; in any event, it must ensure compliance with the protection of fundamental rights as established in the Charter⁷⁵.

The principle was subsequently reiterated in two more cases, regarding respectively mutual assistance by the authorities of the Member States in the field of direct taxation⁷⁶ and non-discrimination of persons with disabilities⁷⁷; an implied reference to the same principle can be found in a case concerning the right to vote in the European elections⁷⁸. While the position of the Court could have been influenced by the stance already taken with regard to cases of derogation from fundamental freedoms, a major difference is clearly discernible, insofar as the conditions for the use of such discretionary powers were not established under EU law. Conversely, the

Handels; CJEU, 28 February 2018, C-3/17, *Sporting Odds*. Other references can be found in judgments concerning the freedom of establishment: see especially CJEU, 21 December 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*, paras 64-65.

⁷⁴ [2003] OJ L 50, p. 1 ff.

⁷⁵ CJEU, 21 December 2011, joined cases C-411/10 and C-493/10, *N.S.*, paras 64-69.

⁷⁶ CJEU, 22 October 2013, C-276/12, *Sabou*, paras 26-27: the exercise of the power to request information in the field of direct taxation was considered to be within the scope of EU law. The Court found, however, that the Charter was not applicable *ratione temporis* in the instant case (para. 25).

⁷⁷ CJEU, 9 March 2017, C-406/15, *Milkova*, para. 52, relating to the dismissal of a civil servant with disabilities, to be scrutinised according to Article 7.2 of Directive 2000/78, granting Member States «the right of Member States to maintain or adopt provisions on the protection of health and safety at work or to measures aimed at creating or maintaining provisions or facilities for safeguarding or promoting their integration into the working environment».

⁷⁸ CJEU, 6 October 2015, C-650/13, *Delvigne*, paras 25-33.

exercise of those powers was capable of affecting the application of rules of European Union law on the basis of a unilateral choice by a Member State⁷⁹.

Although one can clearly perceive the reason why the Court of Justice has taken the view that in such cases the applicability of the Charter was not to be ruled out, those judgments may raise some doubts as to the consistency of the case-law. In fact, the existence of Member States' powers, whose exercise is not subject to conditions set out under EU law and is left to the discretion of the States themselves, seems to disclose a situation in which States are not bound by a specific obligation stemming from EU law. However, as mentioned above, in other cases the absence of such an obligation has led the Court to conclude that it lacked jurisdiction to provide a preliminary ruling concerning the interpretation of certain provisions of the Charter⁸⁰, giving the impression that its approach is not devoid of inconsistencies.

5. *Awaiting further clarification?*

As we have seen, the entry into force of the Lisbon Treaty and the different legal position of the Charter of Fundamental Rights did not bring about a significant change in the attitude of the Court, insofar as the scope of the protection of fundamental rights is concerned. The solution adopted in *Åkerberg Fransson* reflects the previous case-law⁸¹ and has been followed by the Court of Justice in several subsequent cases. It can thus be argued that a well-established principle now governs the applicability of the Charter *vis-à-vis* national legislation and requires an actual connection to the scope of EU law, that may emerge under various forms.

This conclusion can come as a disappointment for those domestic courts that have a tendency to consider the Charter as capable of ensuring a general constitutional review of national legislation⁸². However, the position of the Court of Justice clearly dismisses such an assumption, as it has placed significant emphasis on the limits set in Article 51 for the application of

⁷⁹ See *supra*, § 1.

⁸⁰ CJEU, 19 April 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management* (see *supra*, fn. 20).

⁸¹ Regarding the approach of the Court of Justice to the theory of precedent, see G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford-Portland, 2012, p. 237 ff.

⁸² Concerning the powers of constitutional review of the Court of Justice, see e.g. M. ROSENFELD, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 618 ff.

the EU system of protection of fundamental rights as a tool for interpreting or reviewing national legislation. In fact, even though the Court never has held that the notion of scope of the Charter should be subject to a strict interpretation⁸³, it has not limited itself to refusing to exercise its jurisdiction when the national legislation at issue had only a very weak connection or a general affinity to objectives pursued by EU law. Rather, in several occasions it has engaged in a thorough examination of the circumstances of the case, in order to ascertain whether single provisions of EU law were actually applicable and could provide a legal basis for the application of the Charter.

Now, a similar approach may serve at least two different purposes from the viewpoint of the Court of Justice.

In the first place, the reference to the scope of the Charter may serve as an informal selection mechanism in a docket of cases that has nowadays reached quite a large number (more than 800 cases per year). Although the existing rules do not allow the Court of Justice to refuse to deliver a preliminary ruling due to mere reasons of expediency, the mentioned principle could lead it to attain the same goal, insofar as it enjoys a broad discretion in defining the scope of EU law and of the Charter. Such a tendency has sometimes emerged in the case-law concerning the Charter, especially with regard to politically sensitive issues⁸⁴, and it could result in the opportunity for the Court to focus only on the most relevant cases relating to the protection of fundamental rights and to avoid dealing with cases in which the EU legal system only has a very limited interest.

Secondly, the position of self-restraint taken by the Court of Justice with regard to the Charter can also be considered as an attempt to prevent possible tensions in the relationship with national constitutional courts and to avoid criticism of what has been often perceived as judicial activism⁸⁵.

⁸³ As suggested, for instance, by D. APPANAH, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et convention européenne des droits de l'homme: entre cohérence et légitimation*, in *Revue générale de droit international public*, 2014, p. 333 ff.

⁸⁴ See, e.g., the very restrictive approach of the Court of Justice in the judgment of 27 November 2012, C-370/12, *Pringle*, paras 179-182, concerning the establishment of the European Stability Mechanism under a separate international treaty as between the Member States whose currency is the euro, and the more lenient position taken in the judgment of 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, para. 29, concerning austerity measures leading to a reduction of remuneration for Portuguese judges.

⁸⁵ For a similar conclusion with regard to the judgment of the Court in *Aranyosi* and to its reception of the position of German Constitutional Court, see M. HONG, *Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 549 ff.

While the new role of the Charter in the legal system of the European Union brought about some discomfort, fuelling concerns about its capacity to supersede the different extent of the protection of fundamental rights as granted by national Constitutions⁸⁶, a cautious interpretation of Article 51 of the Charter may help mitigate those fears.

However, it is worth noting that this approach may also entail some risks. On the one hand, in the long run it is likely to trigger a reduction in the requests for preliminary rulings in cases concerning the protection of fundamental rights, especially from lower courts, as they are under no obligation to refer questions of interpretation and may not be willing to do so if the threshold for access to the Court is unclear. On the other hand, should the definition of the scope of the Charter represent a selective tool with regard to preliminary rulings, this could lead to inconsistencies in the interpretation and to the application of Article 51 of the Charter itself on a case-by-case basis rather than in accordance with objective criteria.

As the matter now stands, although the phrase «implementing Union law» contained in Article 51 is indisputably the starting point of the discussion, the Court did not lay out a consistent framework for the interpretation of the notion, but has preferred to rely on fragmentary indications, sometimes linked to the peculiar features of the cases referred to it. In this regard, several issues still call for thorough clarification, both in order to elucidate the theoretical relevance of the Charter in the European legal system and to ensure the smooth functioning of the cooperation with national courts, given the direct connection between the applicability of the Charter and the jurisdiction of the Court of Justice.

In particular, the Court will hopefully endeavour to explain whether it considers that the envisaged categories of cases in which the Charter is certainly applicable constitute an exhaustive list or, as happened for

⁸⁶ The respective roles of the Court of Justice and of national Constitutional Courts are discussed in D. PARIS, *Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 389 ff. With particular reference to the position of the Italian Constitutional Court, see, among others: D. BURCHARDT, *Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II*, in *verfassungsblog.de*, pubblicato il 7 dicembre 2017; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *DUE – Osservatorio europeo*, December 2017; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2018; D. SARMIENTO, *To bow at the rhythm of an Italian tune*, in *despiteourdifferencesblog.wordpress.com*, published 5 December 2017; C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all’efficacia diretta?*, in *DUE – Osservatorio europeo*, December 2017.

other concepts of EU law, the determination of the scope of the Charter implies an approach based on teleological and expansive criteria, such as the principle of *effet utile*⁸⁷, in the light of the role of the protection of fundamental rights as a key objective of the European Union. In addition, a more coherent reference to such categories, especially when they have no parallel in the pre-Lisbon case-law, would be very welcome, with a view to clarifying, for the sound administration of justice and in the general interest of the individuals concerned, the exact boundaries of the application of fundamental rights protected by European Union primary law.

⁸⁷ On the role of that method when issues of general or fundamental principle are at stake, see G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, p. 404 ff.

Carla Sieburgh

*Never too late to communicate.
Constructive and critical input from national private law
judges before and after preliminary ruling procedures*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Example. *Abercrombie and Fitch v. Bordonaro*:
a. Facts and legal framework; *b.* National judges; *c.* Actors and Court of Justice
of the European Union on different treatment, legitimate aim and appropriate
measure; *d.* Evaluation of “communication” by the Court of Justice of the
European Union – 3. Tailoring communication

1. *Introduction*

While I was teaching judges and students I pondered the question of how to deal with the impact of EU law in concrete private law relationships and it became clear to me that it is not easy to comprehend the ideas and thoughts of national judges who refer preliminary questions on the one hand, and of the Advocates General and judges of the Court of Justice of the European Union who deal with the same matters on the other hand. It also struck me that it may be equally complicated to explain and understand the application by the national judge of a preliminary ruling of the Court of Justice of the European Union to the case at hand.

The results of such reflection within the domain of primary EU law (fundamental freedoms, competition law, non-discrimination, general principles of EU law), the (non-)implementation of directives and ex officio application of provisions of consumer law directives can be found in the *Ius Commune Casebook on European Law and Private Law*¹ and in the contributions to *Primary EU Law and Private Law Concepts*².

The participants to this conference may recognise the shortcomings in

¹ A. HARTKAMP, C. SIEBURGH & W. DEVROE, *European Law and Private Law, Ius Commune Casebook*, Oxford, Hart, 2017.

² H.-W. MICKLITZ & C. Sieburgh (eds.), *Primary EU Law and Private Law Concepts*, Antwerp, Intersentia 2017.

communication between courts and other actors. If such difficulties have not been perceived, the Casebook and this conference might contribute to pinpoint them.

Many of us may be confused by judgements that reach different conclusions from those expected from judgements in similar cases³. However, rather than emphasising the difficulties I would like to take the opportunity given by the initiators and organisers of this meeting to stress the importance of continuing communication between the actors involved, both within and about cases.

Why is this type of communication important? In the first place, the communication envisioned takes place within the limits of the facts and problems of a concrete case, therefore it can benefit from accuracy. Besides, since the exchange of thoughts relates to a concrete problem, the discussion aims at achieving practical results to solve that very matter. By employing this bottom-up approach the discussants anticipate possible outcomes. Their discussion sheds light on how EU law provisions and decisions of the Court of Justice of the European Union are understood. This kind of exchange provides constructive and critical input regarding both national law and EU law⁴. By communicating, the actors are able to detail the technicalities and case-related aspects of the question. As a result, the Court of Justice of the European Union is provided with an accurate photograph of the legal question and can therefore deliver a decision that the referring judge can convincingly apply to the case at hand. Moreover, other actors like other judges, national governments and individuals can gain better understanding of what has been decided. Greater comprehension enhances the legitimization of the law as it stands.

Based on my experience as a (post-doctoral) lecturer, a scholar and a judge, I can assure that this approach works. Even if a solution is not reached or agreed upon instantaneously, communication leads participants

³ Anticipating the elaboration of the case *Abercrombie & Fitch*, I refer to judgements such as *Mangold* (CJEU, 22 November 2015, C-144/04, *Mangold/Helm*) and *Küçükdeveci* (CJEU, 19 January 2010, C-555/07, *Küçükdeveci/Swedex*). The impact of the general principle of EU law of non-discrimination on the private law relationship is the subject of C.H. SIEBURGH, *The Union-Law Principle of Equality and its Effect on Private Law*, in: A.S. Hartkamp a.o. (eds), *The Influence of EU Law on National Private Law*, Deventer, Kluwer 2014, pp. 271-295.

⁴ The author promoted this method before in C.H. SIEBURGH, *A Method to substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters*, in *ERPL* 2013/3-4, pp. 1165-1188 and Id., *General Principles and the Charter in Private Law Relationships: Constructive and Critical Input from Private Law*, in U. Bernitz a.o. (eds), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer 2013, Chapter 10, pp. 233-247.

to endeavour to find solutions. Rather than listening to the elaboration of someone else's ephemeral theory, they learn by doing, they envision the obstacles and become part of a work in progress, getting committed and actually involved. As a consequence, in the long run they keep on doubting, reflecting and seeking solutions⁵.

These encouraging experiences have led me to regard communication as *the* way to broaden perspectives and reach a higher level of understanding, which in its turn is a requirement and starting point for the development of the law.

2. *Example. Abercrombie and Fitch v. Bordonaro*: a. *Facts and legal framework*; b. *National judges*; c. *Actors and Court of Justice of the European Union on different treatment, legitimate aim and appropriate measure*; d. *Evaluation of "communication" by the Court of Justice of the European Union*

In order to clarify what I mean I will refer to the exchange of perspectives that took place in the Italian case *Abercrombie and Fitch v. Bordonaro*⁶. Bordonaro had brought an action before the Tribunale di Milano seeking that his on-call, fixed-term contract and his dismissal be declared unlawful on the grounds of age discrimination.

a. *Facts and legal framework.*

In December 2010 Mr Bordonaro, a worker under Art. 45 TFEU⁷, concluded an on-call contract with Abercrombie and Fitch. The contract, which had initially been a fixed-term employment contract, was converted into a permanent contract. On the basis of the contract Bordonaro provided assistance to clients and operated a till. After his 25th birthday he found out that his name was no longer included in the work schedule.

The national rule governing on-call contracts (Art. 34 para 2 of the

⁵ I refer to a convincing result of this approach: A. HARTKAMP, *European Law and National Private Law. Effect of EU Law and European Human Rights Law on Legal Relationships between Individuals*, Antwerp, Intersentia, 2016.

⁶ CJEU, 19 July 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch/Bordonaro*.

⁷ A worker is a person who for a certain period of time performs services for and under the direction of another person, in return for which he receives remuneration. The CJEU makes it clear that it is for the national court to assess whether Bordonaro is a worker. CJEU 19 July 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch/Bordonaro*, paras 19-23.

Decreto Legislativo 276/2003) provides for specific access and dismissal conditions for workers under 25 years of age⁸. The provision includes the automatic dismissal of the worker upon his or her reaching the age of 25. The termination of an on-call contract with a worker aged 25 or more is conditional (described by collective labour agreement or a decree). The difference in treatment of workers under 25 years of age raises the question of whether the national law provision is contrary to the principle of non-discrimination on the grounds of age referred to in Directive 2000/78 and Art. 21 para 1 of the Charter, especially because the national provision does not contain any appropriate express reason for the purposes of Art. 6 para 1 of the directive⁹.

b. *National judges*

The approach by the successive national judges differed. According to the Tribunale di Milano it was not a case of discrimination. It declared inadmissible the action of Bordonaro that sought a ruling (amongst others) of unlawfulness of the dismissal.

The Corte d'appello di Milano considered the above-mentioned domestic provision to be contrary to the principle of non-discrimination on the grounds of age. It solved the problem on the level of the concrete private law relationship and held that there was an employment relationship of an unlimited duration and ordered Abercrombie to reinstate Bordonaro in his post and to compensate him for the loss suffered.

The Corte suprema di cassazione dealt with the case on the level of the conformity of the applicable national rule and referred a preliminary question to the Court of Justice of the European Union.

c. *Actors and Court of Justice of the European Union on different treatment, legitimate aim and appropriate measure*

Four subjects for communication can be identified in the contributions by the judges, the parties, the Italian Government, the European Commission and the Advocate General Bobek. Firstly, the issue concerning the compatibility of Art. 34 para 2 Decreto Legislativo 276/2003 with the

⁸ The differences in access conditions are not relevant for the discussion in this contribution; see CJEU, 19 July 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch/Bordonaro*, para. 26.

⁹ CJEU, 19 July 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch/Bordonaro*, paras 14-15.

Directive. Secondly, whether workers under 25 of age and workers aged 25 or more are treated differently. Thirdly, whether workers under 25 years of age are treated less favourably than workers aged 25 or more. And finally, which judge has to assess these points.

The discussion regarding the difference in treatment focuses on whether these differences are less favourable and have a legitimate aim.

The assessment of whether or not the measure is less favourable is, according to the Advocate General, a matter for the national court. This assessment should take into account the impact of the operation of the rule, which requires both knowledge of the factual impact and knowledge of the further legislative environment in which the provision operates¹⁰.

The Court of Justice of the European Union, however, did not elaborate on which court is the most appropriate to deal with this matter.

It held that the national provision creates a difference in treatment on the grounds of age¹¹ and subsequently it deals with the question of whether such difference in treatment can be justified.

Although no legitimate aim is mentioned in the decree, the Italian Government argued that the different treatment of workers under 25 years of age is aimed at facilitating access of young people to the labour market and to obtain professional experience. Even if this possibility is flexible and limited in time, could constitute a springboard towards new employment possibilities¹².

The Advocate General argued that these aims (flexibility of the labour market, fostering access to the labour market for young people and providing a first employment opportunity for young people) may well be legitimate under the directive¹³, but the same need to be more clearly and coherently identified and specified in order to assess their appropriateness and necessity. According to the Advocate General, it is for the national court to assess the appropriateness and necessity¹⁴. For each of the aims he provided the national court with some guidelines¹⁵.

Notwithstanding the opinion of the Advocate General, the Court of Justice of the European Union ruled that the aims of the measure (flexibility

¹⁰ Opinion of Advocate General Bobek, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch/Bordonaro*), para. 70.

¹¹ Paras 24-28.

¹² Para. 33.

¹³ Opinion of Advocate General Bobek, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch/Bordonaro*), paras 74-83.

¹⁴ Opinion of Advocate General Bobek, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch/Bordonaro*), paras 84.

¹⁵ Opinion of Advocate General Bobek, C-143/16 (*Abercrombie & Fitch/Bordonaro*), paras 85-105.

of the employment market, encouragement of recruitment and promotion of young people on the labour market) itself are legitimate¹⁶. Moreover, it held that the measure is appropriate and necessary¹⁷. In conclusion, it ruled that the directive and Art. 21 Charter do not preclude a provision, such as Art. 34 para 2 Decreto Legislativo 276/2003¹⁸.

d. *Evaluation of “communication” by the Court of Justice of the European Union.*

In this case the Court of Justice of the European Union ruled on the matter referred to it. Notwithstanding its having dwelled on the requirements that have to be met to identify a legitimate aim, it hardly communicated anything. It stressed the broad discretion enjoyed by Member States in their choice, not only in order to pursue a particular aim in the field of social and employment policy, but also in the definition of measures capable of achieving the same¹⁹, but its detailed and factual consideration did not leave room for the doubts expressed by the national judge in relation to the existence of a legitimate aim. Subsequently, the referring judge quashed the decision of the Corte d’appello di Milano and referred the case to the same court in a different combination²⁰.

However, legal scholars have argued that the way the Court of Justice of the European Union dealt with the national details was not sound. Indeed, the Italian supreme court ought to consider both the Italian constitutional background and the concrete factual situation and context of the case more precisely in order to correctly assess the provision. Additionally, it has been argued that the decision of the Court of Justice of the European Union does not prevent judges dealing with slightly different facts, for example a case involving a worker under 25 of age, albeit not at his first work experience, from regarding the national provision as discriminatory²¹.

¹⁶ Paras 30-39.

¹⁷ Paras 41-46.

¹⁸ Para. 47.

¹⁹ Paras 31 and 46.

²⁰ Corte suprema di Cassazione, 21 February 2018, no. 4223.

²¹ With reference to other authors see M. PERUZZI, *Giovani, carini e inoccupati: il caso Abercrombie alla battute finali. Oppure no?*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2018, II, pp. 431-439; D. MARINO, *La Cassazione sul caso Abercrombie dopo la pronuncia della Corte di Giustizia: «Non poteva che attenersi»?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 3/2018, II, pp. 316-327.

3. *Tailoring communication*

The reasoning by the Court of Justice of the European Union in the *Abercrombie* case resembles a one-way street: from the Court of Justice of the European Union towards the national judge, rather than a sophisticated exchange between judges that both play a part in safeguarding non-discrimination rules.

After the *Abercrombie* case the Court of Justice of the European Union employed this approach again in the *Cresco* case²², where it elaborated upon the concrete remedy in a non-discrimination case. The measure under scrutiny was held to be discriminatory by the Court of Justice of the European Union. The subsequent application by the Court of Justice of the European Union of EU law to the case to identify the appropriate remedy may be more convincing. Once the discrimination is ascertained, until the Member State concerned amends its legislation granting the right to a public holiday on Good Friday only to employees who are members of certain Christian churches, in order to restore equal treatment, a private employer who is subject to such legislation is obliged also to grant his other employees a public holiday on Good Friday, provided that the latter have sought prior permission from that employer to be absent from work on that day, and, consequently, to recognise that those employees are entitled to public holiday pay where the employer has refused to approve such request. As soon as the Member State abolishes the discriminatory measure, the Member State's legal system is no longer in need of relying on that remedy.

In cases such as *Abercrombie*, however, the Court of Justice of the European Union does not limit itself to providing a remedy. It seems to pretend that it is able to assess the Member State's legal system and its decision tends to bind the Member State in a farther-reaching manner. As a result of the lack of in-depth comprehension of the factual context, the assessment of the Court of Justice of the European Union is not convincing.

I agree with legal scholars that encourage the national court to take such an answer of the Court of Justice of the European Union as a starting point for renewed communication. The national court may for example search for other allies, such as the national constitutional court. It may also reconsider and reassess the facts to open alternative grounds for communication with the decision of the Court of Justice of the European Union.

As stated in the introduction, communication is the key to profoundly analysing a case, in order to identify and remedy flaws and discover *lacunae*

²² CJEU, 22 January 2019, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*).

in a reasoning. For these reasons, communication is the ultimate instrument to achieve a more legitimate solution. Therefore, it is essential to give constructive and critical input when referring a question, to anticipate appropriate answers and to explain doubts and drawbacks. Even if the answer given by the CJEU appears to be *the decision* on the given matter, do not hesitate to transform it into a new starting point for exchange, keeping in mind that it is never too late to communicate.

Arthur Hartkamp

*Some Practical Consequences of the Achmea Judgment
for Intra EU Investment Arbitration*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The essential reasons for the decision – 3. Consequences for arbitration on the basis of an Intra-EU BIT – 4. Consequences for arbitration on the basis of other investment treaties which a Member State is a party to – 5. Arbitration on the basis of an agreement to settle a dispute through arbitration (not related to an investment treaty) – 6. Summary.

1. Introduction

In its *Achmea* judgment the EU Court of Justice¹ has declared Article 8 of the Bilateral Investment Treaty (BIT) between the Slovak Republic and the Kingdom of the Netherlands to be precluded by Articles 267 and 344 TFEU. Under such Article 8 an investor from one of the above-mentioned EU Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.

In this paper I want to discuss some consequences of said judgment for the practice of investment arbitration, in the light of the interaction of EU law and national arbitration law.

I shall make the following distinctions between intra-EU investment arbitrations:

- arbitration on the basis of an Intra-EU BIT (no. 3);
- arbitration on the basis of other investment treaties which a Member State (or the EU itself) is a party to (no. 4);
- arbitration on the basis of an agreement to arbitrate (no. 5).

I shall restrict myself to the consequences of the judgment and not deal

¹ CJEU, 6 March 2018 (Grand Chamber), C-284/16, (*Slovakia/Achmea*), ECLI:EU:C:2018:158.

with developments leading up to the judgment². The paper reflects my views at the time of the conference; later developments are not discussed³.

2. *The essential reasons for the decision*

The basic considerations of the CJEU may be summarized as follows:

- a) *An international agreement cannot affect the allocation of powers established by the Treaties or, consequently, the autonomy of the EU legal system. Such principle is enshrined in particular in Article 344 TFEU, under which the Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for in the Treaties (para. 32).*
- b) *EU law is based on the fundamental premise that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values on which the EU is founded, as stated in Article 2 TEU. That premise implies and justifies the existence of mutual trust between the Member States that those values will be recognised, and therefore that the EU law implementing them will be respected. It is precisely in that context that the Member States are bound to ensure in their respective territories the application of and respect for EU law, by virtue, inter alia, of the principle of sincere cooperation set out in the first subparagraph of Article 4(3) TEU. In particular, the judicial system as thus conceived has as its keystone the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU (paras 34, 37). The arbitral tribunal referred to in Article 8 of the BIT may be called on to interpret or indeed apply EU law, particularly the provisions concerning the fundamental freedoms, including freedom of establishment and free movement of capital (para. 42).*

² Regarding EU law and arbitration in general, see M. Cremona, A. Thies & R.A. Wessel (eds), *The European Union and International Dispute Settlement* Oxford, Hart Publishing, 2017.

³ Later developments include: (i) Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Protection of intra-EU investment*, COM(2018)547/2; (ii) ICSID Case No. Arb/12/12, *Vattenfall/Germany*, Decision on the *Achmea* Issue, 31 August 2018; (iii) Bundesgerichtshof 31 Oct. 2018, ECLI:DE:BGH:2018:311018BIZB2.15.0 (*Aufhebung Achmea-Urteil*); (iv) *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Achmea-Judgment*, Brussels 15 January 2019.

- c) *An arbitral tribunal cannot be regarded as a 'court or tribunal of a Member State' within the meaning of Article 267 TFEU, and is not, therefore, entitled to make a reference to the Court for a preliminary ruling (para. 49).*
- d) *There is not a sufficient supervision of the awards of the arbitral tribunal. Firstly, because the tribunal itself may establish its seat and, consequently, the law applicable to that supervision and the court called upon to exercise it. Secondly, because such judicial review can be exercised by that court only to the extent permitted by national law. In the case at issue (where German law is applicable), paragraph 1059(2) of the Code of Civil Procedure provides only for limited review, concerning in particular the validity of the arbitration agreement under the applicable law and the consistency with public policy of the recognition or enforcement of the arbitral award (para. 53).*
- e) *Consequently, by concluding the BIT, the Member States parties to it established a mechanism for settling disputes between an investor and a Member State which could prevent those disputes from being resolved in a manner that ensures the full effectiveness of EU law, even though they might concern the interpretation or application of the same law. This is precluded by Articles 267 and 344 TFEU (paras. 56, 60).*

3. Consequences for arbitration on the basis of an Intra-EU BIT

When we consider the consequences of the afore-mentioned judgment for arbitral proceedings and awards, we should distinguish between proceedings that were concluded at the date of the judgment, proceedings that were still pending at that date and proceedings that were commenced after that date.

3.1. *Annulment of the basis of a pending or concluded arbitration?*

In my view, the judgment should be interpreted in the sense that it does not entail the groundlessness of an arbitration that was commenced before the date of the judgment at issue, and consequently procedural acts effected (including awards rendered) before that date should not be considered to be

retroactively deprived of their legal basis and thus possibly of their validity. New national legislation would normally include transitory provisions of law protecting legal acts, including procedural acts, performed before its entry into effect from such a drastic interference by the new legal norm. In the context of EU law the same result may be reached by considering the nature of the TFEU provisions breached by the BIT. Such articles (267 and 344 TFEU) should not be interpreted as directly affecting the validity or the contents of a legal act in private law, e.g. an arbitration agreement. It is possible to construe the basis of an investment arbitration based on a BIT differently from the concept of an arbitral agreement in private law, by arguing that it is the BIT that grants the investor the right to bring its claim before an arbitral tribunal and imposes on the host state the obligation to accept that option. However, even according to that interpretation the situation created by the institution of the arbitral proceedings resembles the 'normal' contractual arbitration to such an extent that, in my view, it would be reasonable and preferable to choose an interpretation of the relevant legal provisions that protects the validity of legal acts performed before the *Achmea* judgment was rendered, especially if we take into account the dire consequences of the opposing view.

3.2 *Jurisdiction of arbitrators*

Does the judgment at issue terminate or preclude the jurisdiction of an arbitral investment tribunal? Jurisdiction is lacking not only in the absence of a valid arbitration agreement, but in general in the absence of «powers that are permissible under the law applicable to the arbitration agreement and under the *lex arbitri*»⁴. It could be argued that the jurisdiction is affected by the *Achmea* judgment. On the other hand, unlike a State court an arbitral tribunal is not bound by a judgment of the CJEU. If a Member State invokes lack of jurisdiction the tribunal will act wisely by suspending the proceedings and awaiting the decision of the State court when seized of the matter at the request of the interested party. If the tribunal were to fear that an award might encounter difficulties in the execution phase, it may, depending on the circumstances, refrain from rendering an award which would not be easily enforceable.

⁴ N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN & M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2015/5.110.

3.3. *Is the award annullable?*

In the *Achmea* proceedings the tribunal had chosen Frankfurt as the seat of the arbitration, meaning that German law was the law applicable to the arbitration. According to German law (§ 1059 para. 1 sub a and para. 2 sub b *Zivilprozessordnung*) the two relevant grounds for annulment were invalidity of the arbitration agreement or the situation where execution of the award would lead to a result contrary to public policy. The same rules apply in many countries (e.g. art. 1052 and 1065 of the Dutch Code of Civil Procedure).

In arbitration, where public policy meets EU law two issues must be distinguished. Already a good while ago the question has arisen whether an arbitral award must be annulled as being contrary to public policy where the arbitrators have failed to apply or have incorrectly applied a rule of EU law⁵. The CJEU held that this is only the case where the rule breached by the award concerns public policy⁶ or where the court's domestic rules of procedure require it to grant an application for annulment founded on the failure to observe national public policy rules⁷.

Such ground for contrast with public policy is not at stake here. In the *Achmea* judgment a provision of a BIT is considered incompatible with art. 267 and 344 TFEU, because an arbitral tribunal may incorrectly apply EU law without adequate supervision of a public court (a national court or the CJEU following a reference). The referring court (the *Bundesgerichtshof*) had held that the supervision provided by German law was, in fact, adequate due to the CJEU's judgment in *Eco Swiss*:

«it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognise an award should be possible only in exceptional circumstances».

According to the *Bundesgerichtshof*, § 1059 *Zivilprozessordnung*, with

⁵ CJEU, 1 June 1999, C-126/97, *Eco Swiss/Benetton*.

⁶ E.g. art. 101 TFEU, which according to *Manfredi* (C-295-298/04) and *T-Mobile* (C-8/08) is a rule of public policy. It has been argued that the same applies to the treaty rules on State aid, which is important because investments more often than not go hand in hand with breaching such rules. See E. PAASIVIRTA, *European Union and Dispute Settlement: Managing Proliferation and Fragmentation*, in *The European Union and International Dispute Settlement*, p. 30 ff., pp. 40-43.

⁷ See e.g. *Eco Swiss* (relating to the predecessor of art. 101 TFEU) and *Asturcom* (C-40/08) relating to unfair contract clauses.

its reference to public policy, was adequate for that purpose, but on this point the CJEU disagreed. The CJEU (paras 54 and 55, see no. 5 *infra*) clarified that its previous holding concerned commercial arbitration, which originates in the freely expressed wishes of the parties, but that the situation is different for arbitration deriving from a treaty, for which the limited supervision of German law is insufficient.

So the question posed in this section relating to the annulability of the award is not whether the ground ‘inconsistency with public policy’ can be used on the basis of an incorrect application by the tribunal of an important rule of EU law (which is not at stake in the case at hand), but whether the treaty article on which the arbitration is founded is incompatible with articles 267 and 344 TFEU. I believe this question should be answered in the negative. Again, the TFEU provisions need not be interpreted as directly affecting the validity or the contents of a legal act in private law and do not provide grounds for annulability. Consequently, the outcome depends on national law. Modern legal systems tend to be reluctant to invalidate arbitral awards. If the mere breach of a rule of EU law in an award does not suffice for its invalidation, the same should apply where the basis of an award is problematic for the reasons explained in the *Achmea* judgment.

3.4. *Transitory law; res judicata*

If, contrary to what was said in 3.1 above, a new rule of national law entailed the invalidity or annulability of a legal act performed before its entry into force, transitory law would have to deal with such problem. National legislators that take their task seriously are normally mindful and act accordingly. In my country we have several provisions of transitory law respecting the existing rules governing proceedings and jurisdiction⁸. The *Achmea* judgment does not contain such rules and the temporary effect of the judgment is not subject to any limitation⁹. Perhaps the CJEU will find an opportunity to remedy this lacuna in future cases¹⁰. If not, we must seriously consider the possibility that the judgment may impact on the jurisdiction of arbitral tribunals and the validity of awards rendered before

⁸ Art. 27, 66 and 74 Overgangswet Nieuw BW. These provisions have been drafted with a view to the entry into force of the New Civil Code but they are also applied beyond that scope.

⁹ In remarkable contrast to the investment treaties which normally extend their protection to investments made before their termination.

¹⁰ According to *Barber* (C-262/88, para. 41) a restriction of that kind may be permitted only by the Court in the actual judgment ruling on the interpretation requested.

the judgment was issued. In that case the outcome will be dependent on the application and interpretation of national rules, including transitory law, controlled by the principles of equivalence and effectiveness. According to existing case law, the principle of effectiveness does not require, as a general rule, a national court to refrain from applying domestic rules of procedure to examine a judicial decision (including an arbitral award) that has become final and rescind it if it is found to be contrary to EU law¹¹.

3.5. *Is the award enforceable?*

If enforcement is sought in a EU Member State, the court seised will have to check – as Regulation 1215/2012 is not applicable to arbitration – its domestic law or Treaty law, in particular the 1958 New York Convention, for the existence of grounds for refusal. The most relevant ground in this respect is contrast with public policy¹². This ground would oppose enforceability of an award that was found to have breached a rule of EU law applicable to the dispute relating to public policy or, perhaps, to a value of comparable significance. Would that ground also be applicable if enforcement is sought of an award based on a BIT covered by the *Achmea* judgment, where the contents of the award in itself do not violate EU law but the award is based on a rule of EU Treaty law containing a prohibition to submit the dispute to arbitration? In my view, this would be an undesirable extension of the scope of the concept of public policy, but at the same time it must be acknowledged that a development in that direction is not impossible. Of course, the matter is only relevant for enforcements sought within EU Member States, and even then, as the application of public policy is dependent on the circumstances of the case, it is possible that the public policy aspect will lose its interest to the extent that the case is less closely connected with the law of the Member State (including EU law).

¹¹ See A.S. HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, Intersentia, 2016, paras 2.3.2.5 and 2.3.2.6, quoting inter alia *Eco Swiss*, C-126/97; *Kapferer*, C-234/04; *Pizzarotti*, C-213/13; and *Asturcom*, C-40/08.

¹² See, apart from domestic laws, art. V (2) New York Convention and art. art. 17 I and art. 36 Uncitral Model Law.

4. *Consequences for arbitration on the basis of other investment treaties which a Member State is a party to*

4.1. *Arbitration on the basis of an Extra-EU BI*

Is the reasoning of *Achmea* valid for a bilateral investment treaty between an EU Member State and a third country? In such cases, too, it is possible that EU law is applicable to the dispute irrespective of whether the investor is based in the Member State or in the third country. In both cases the tribunal may have its seat in a Member State whose courts only have a limited supervision of the arbitral award. However, other considerations mentioned in § 2 above do not apply, in particular the premise that both states parties to the investment treaty have breached their obligations, contained in the EU Treaties, to respect the EU legal order and the common values on which it is founded. It is my belief that this reason would suffice to show that the *Achmea* reasoning does not hold good for extra-EU BITs, but there are also further reasons.

Firstly, transposing the outcome of the judgment to extra-EU BITs would lead to arbitrary results. The prejudicial consequences of that judgment for investment arbitration would apply if the Member State were the defendant in the arbitration, but not if the third country were the defendant, meaning that the EU-based investors would be protected, but not investors based in the other countries. At least, in the most common case, that is where the defendant is the host State. If, on the contrary, the arbitration were brought against the investor (e.g. in case of alleged breach of contract by the investor), the consequences of *Achmea* would occur only if the investor is EU-based, not if the same is domiciled in a third country.

Secondly, in regulation 1219/2012 the EU has taken the stance that extra-EU BITs may continue existing and even enter into force until a bilateral investment treaty between the EU and the respective third country will be concluded¹³. Of course, the Court of Justice may examine the

¹³ Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. The idea on which the regulation is based is that since the Lisbon Treaty foreign direct investment as a part of the common commercial policy falls under the (exclusive or shared) competence of the EU (art. 3 para. 1 sub e, art. 207 VWEU), so that the Member States are no longer competent to conclude treaties by themselves and all existing treaties must be replaced by EU-wide investment treaties. See on this problem of competences Opinion 2/15 on the Free Trade Agreement with Singapore, paras. 78, 238 ff, 285 ff. Investment treaties concluded with a third country before its accession to

validity of this regulation, but in my view investors, member states and third countries may derive from the regulation the justified reliance that the BITs will not be declared entirely or partly incompatible with EU law, insofar as that would negatively affect them.

4.2. Arbitration on the basis of a multilateral investment treaty which the EU and one or more Member States are a party to

a) The European Energy Charter (ECT). The ECT is a Treaty relating to (inter alia) investments in the energy sector concluded in 1994 between the EU, all its Member States and a number of other European (and neighbouring) States. In its preparation the EU played a leading role. It would seem to me that *Achmea* should not impact upon investment arbitrations between (investors in) Member States and third countries, on the same grounds as set out in no. 4.1 above. Moreover, I doubt whether that impact should be accepted for arbitrations between Member States. The Commission has not opposed the ECT, on the contrary, the EU as a whole has actively promoted its creation. In that light it would be odd to invalidate a significant part of the Treaty. Renegotiation would be a more elegant way forward.

b) Other Treaties. The EU is seeking to conclude new trade agreements with several countries, including Canada, Vietnam and Singapore¹⁴, setting forth provisions on investment protection and arbitration. It is envisaged that arbitration will be replaced by a new multilateral investment court¹⁵. From the perspective of the *Achmea* judgment it is clear that such a court in itself does not solve all problems. For that to be achieved the new court must be integrated in one way or another in the EU legal order, preferably by means of the possibility of a reference procedure following the example of art. 267 TFEU¹⁶.

the EU are protected by art. 351 TFEU, but the state concerned shall take all appropriate steps to eliminate incompatibilities with EU law. See the judgments C-205/06 (*Commission/Austria*), C-249/06 (*Commission/Sweden*), C-118/07 (*Commission/Finland*).

¹⁴ For the treaty with Singapore see the previous footnote. Opinion 2/15 concerns competence, not compatibility of the treaty provisions with EU law.

¹⁵ An CJEU Opinion (1/17) on the proposals for CETA is expected in the beginning of 2019.

¹⁶ In the association agreement with Ukraine (L 2014, 161/4) this model is followed for the arbitration panels charged with disputes under art. 322.

4.3 Arbitration based on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID)

This Treaty, ratified by 153 countries, was concluded in 1965 under the auspices of the World Bank. It is not an investment treaty obliging contracting states to arbitration, but it creates an institution acting as registry in international investment arbitrations and it regulates a number of effects of awards based on the treaty regulations. The role of national courts as to the supervision of awards is entirely eliminated: there is no appeal for annulment of an award (that is taken care of by ad hoc committees of ICSID itself¹⁷). Another rigorous rule relates to recognition and enforcement: each contracting state shall recognize an award rendered pursuant to the ICSID convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that state¹⁸.

ICSID proceedings are often followed in arbitrations based on BITs, which may designate ICSID as registry or may allow investors to choose ICSID. In both cases, if an intra-EU BIT is concerned, the *Achmea* judgment appears to be applicable, because the Member State accepting the BIT has breached its obligations under art. 267 and 344 TFEU. It makes no difference that the arbitration is conducted under the procedural rules of a multilateral treaty. In case of an extra-BIT the outcome would be different, see no. 4.1 above.

5. Arbitration on the basis of an agreement to settle a dispute through arbitration (not related to an investment treaty)

As is also apparent from the Bundesgerichtshof's referring judgment, some of the reasons why the *Achmea* judgment has surprised many experts are, on the one hand, the expectation that investment disputes are not

«disputes concerning the interpretation or application of the Treaties»
(art. 344 TFEU)

and, on the other, the consideration in *Eco Swiss* (para. 35):

¹⁷ See for the grounds art. 52 ICSID.

¹⁸ Art. 54 ICSID.

«Next, it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognise an award should be possible only in exceptional circumstances».

However, as far as *Eco Swiss* is concerned, insufficient attention has been paid to the fact that the CJEU had opened its considerations (para. 32) by noting that it referred to cases where questions of EU law are raised in «an arbitration resorted to by agreement». This part of the sentence is gratefully seized by the *Achmea* court to practice the noble art of distinguishing:

«54 It is true that, in relation to commercial arbitration, the Court has held that the requirements of efficient arbitration proceedings justify the review of arbitral awards by the courts of the Member States being limited in scope, provided that the fundamental provisions of EU law can be examined in the course of that review and, if necessary, be the subject of a reference to the Court for a preliminary ruling (see, to that effect, judgments of 1 June 1999, *Eco Swiss*, C126/97, EU:C:1999:269, paragraphs 35, 36 and 40, and of 26 October 2006, *Mostaza Claro*, C168/05, EU:C:2006:675, paragraphs 34 to 39).

55 However, arbitration proceedings such as those referred to in Article 8 of the BIT are different from commercial arbitration proceedings. While the latter originate in the freely expressed wishes of the parties, the former derive from a treaty by which Member States agree to remove from the jurisdiction of their own courts, and hence from the system of judicial remedies which the second subparagraph of Article 19(1) TEU requires them to establish in the fields covered by EU law (see, to that effect, judgment of 27 February 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C64/16, EU:C:2018:117, paragraph 34), disputes which may concern the application or interpretation of EU law. In those circumstances, the considerations set out in the preceding paragraph relating to commercial arbitration cannot be applied to arbitration proceedings such as those referred to in Article 8 of the BIT».

This raises the question what will be the outcome if an investor and a Member State (host state to the investment) agree in the contract underlying the investment that disputes will be submitted to arbitration: will the Member State breach its obligations under art. 344 TFEU or does the clause constitute a commercial arbitration proceeding as meant in para.

55 of the *Achmea* judgment? Taking into consideration the careful way in which the court builds on its judgment in *Eco Swiss I* I presume the latter is correct, meaning that this form of investment arbitration will not be affected by the *Achmea* judgment.

6. Summary

The CJEU has declared intra-EU BITs to be incompatible with arts. 267 and 344 TFEU. This judgment came as a surprise to many arbitration experts and scholars, particularly after AG Wathelet's opinion strongly advocating the opposing view. The judgment will have significant consequences for investment arbitration within the EU. The government of the Netherlands has immediately announced that it will terminate its twelve intra-EU BITs, preferably in coordination with other EU Member States¹⁹. In this paper it is argued that the judgment, which is comparable to a legislative measure, in conformity with generally accepted principles of transitory law should not affect the validity of procedural acts performed prior to the date of the judgment and that national courts should be reluctant in applying notions of public policy in refusing to enforce arbitral awards.

The effects of the judgment will not only be relevant for awards based on intra-EU BITs, but also in intra-EU investment arbitrations based on multilateral treaties, including arbitrations under ICSID. However, an exception should be accepted for the Energy Treaty Charter.

Arbitrations between (investors in) Member States and third countries should be unaffected by the judgment, irrespective of their basis in extra-EU BITs or in multilateral investment treaties.

All that has been said applies to arbitrations based on investment treaties only. Arbitrations between investors and Member States based on an agreement unrelated to an investment treaty are not covered by the prohibition in the judgment²⁰.

¹⁹ *Kamerstukken II* [Parliamentary Documents Second Chamber of Parliament] 2017/18. 21501-02, 1863.

²⁰ Text finalised on 17 February 2019.

Salvatore Sica

Giurisprudenza nazionale ed europea e frammentazione legislativa della responsabilità civile del provider

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Corti interne ed europee nel diritto dell'informazione e della comunicazione – 3. Responsabilità del *provider* e c.d. *notice and take down* nella direttiva sul commercio elettronico – 4. Le applicazioni giurisprudenziali. Dalla CGUE al diritto interno – 4.1. (Ir)responsabilità e attuale conoscenza dell'illecito – 4.2. La bipartizione giurisprudenziale tra *host* "attivo" e "passivo" come tecnica per aggravare il criterio di imputazione a carattere colposo dell'*hosting provider* – 4.3. Diritto alla deindicizzazione e interazione con le regole di responsabilità semi-oggettiva in tema di illecito trattamento dei dati personali (art. 17, reg. UE n. 679/2016) – 5. Un'ulteriore frammentazione? La responsabilità dell'*host* nella giurisprudenza della Corte EDU.

1. Introduzione

Il tema del dialogo tra giudici nazionali e la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea va certamente declinato in riferimento al profilo più generale del sistema delle fonti multilivello dei diritti nazionali all'esito del processo di unificazione¹.

Tuttavia, ancora poca attenzione viene probabilmente rivolta al più delicato ambito della genesi della norma nel contesto ibrido del diritto

¹ Sul punto v. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*; ANCEL, *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits?*, in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Toulouse, 1978, p. 1 ss.; GORLA, *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale»*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1982, pp. 652-703; DAVID, *L'avenir des droits Européens: Unification ou Harmonisation*, in *Le Droit comparé: Droits d'Hier, Droits de demain*, Paris, 1982, p. 297 ss., ma ancor prima SACCO, *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*, in *Nuova riv. dir. comm. econ. soc.*, 1953, II, p. 49 ss., ora anche in *Contratti*, 1995, p. 73 ss.; ID., *La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 15 ss.; ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law*, in *CJEL*, 1994-95, p. 63 ss.; BUSSANI-MATTEI, *The Common Core approach to European Private Law*, 1997, *ivi*, 1997-98, p. 339 ss.; BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, 6^a ed., Padova, 2013, pp. 5-36.

nazionale a matrice ed influenza europea. Anche senza affrontare l'argomento troppo più esteso dei meccanismi genetici della legislazione europea, non si può non sottolineare che i diritti nazionali vivono una singolare e difficile stagione, che, non senza approssimazione semplificante, potremmo dire, di "troppa Europa e di troppa poca Europa"².

Mi spiego: nessuno può dubitare – nemmeno il più nostalgico delle identità nazionali "singole" – che il modello gradualistico di unificazione europea, che all'indomani del secondo conflitto mondiale ebbe la meglio sull'utopia degli 'Stati Uniti d'Europa', abbia prodotto oggettivi miglioramenti, sia qualitativi sia quantitativi, dei diversi ordinamenti nazionali.

I 'padri fondatori' ebbero forse ragione a sostenere l'esigenza dell'approccio *step by step* e per settori, sia per la contingenza del quadro politico ed economico del tempo, sia per la visione di lungo periodo che, al termine del percorso, all'unificazione economica, faceva seguire la creazione di una «sovranità fondata e condivisa»³.

Né si può negare che la c.d. 'Europa dei mercati' sia stata il vero e proprio "cavallo di Troia" per l'ingresso nei singoli ordinamenti di un *corpus* valoriale e certamente non di matrice esclusivamente patrimonialistica⁴.

Ma è altrettanto inaccettabile – ed anzi sarebbe frutto di miopia – negare che dietro le rinascenti spinte nazionali o, nella variazione più recente di esse, dei sovranismi, si celi l'insofferenza di chi percepisce l'Unione Europea come un apparato 'burocratico', autoreferenziale eppure incidente oltre ogni previsione non nelle sole linee guida del legislatore nazionale, ma essa stessa produttrice di diritto a valenza nazionale, in specie con l'uso non sempre misurato della potestà regolamentare.

In altre parole, si percepisce "troppa Europa", ma tanto è ancora più

² Snyder (a cura di), *Constitutional Dimensions of European Economic Integration*, Kluwer, 1996; SUDRE *et al.*, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Paris, 1999, *passim*; KNÖLL, *Die Diskussion um die Grundrechtscharta der EU aus dem Blickwinkel der deutschen Länder*, in *NJW*, 2000, p. 1845 ss.

³ SPINELLI-ROSSI, *Il manifesto di Ventotene. Per un'Europa libera ed unita. Progetto d'un manifesto*, Roma, 1944; ALBERTINI, *Nazionalismo e federalismo*, Bologna, 1999, *passim*; Id., *Il federalismo*, Bologna, 1993.

⁴ Per una rassegna delle opinioni sul tema v. *ex multis* P. PERLINGIERI, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità economica europea all'Unione Europea*, in Perlingieri, Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Rende-Napoli, 2009, p. 7 ss.; NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2011, p. 97 ss.; Id., *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2012, p. 211 ss., p. 237; SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contr. impr.*, 2016, 1, p. 124 ss., ma anche ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 725 ss.; LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 14 ss.

inammissibile per il mancato compimento dell'iter di costituzionalizzazione del diritto europeo, espressione di una tavola di valori condivisi, posti a base di una sovranità "accettata" ("troppo poca Europa")⁵.

2. Corti interne ed europee nel diritto dell'informazione e della comunicazione

Tale premessa non può mancare rispetto a qualsiasi analisi, ma soprattutto con riguardo al tema del dialogo tra corti interne ed europee⁶.

Non si tratta infatti di una questione di tecnicità, né di accertare soltanto se e quanto il diritto europeo, a filtro o di creazione giurisprudenziale, si innervi nelle decisioni del giudice nazionale; neppure è soltanto questione di verificare se il dialogo sia uni- o bidirezionale (aspetto pur di estremo interesse)⁷.

La valutazione è 'valoriale', cioè, 'politica': le decisioni riflettono valori, scelte e selezione di interessi ed occorre comprendere da quali priorità sono guidate e di quali sono emanazione.

Il caso della frammentazione legislativa e dell'oscillazione giurisprudenziale in tema di responsabilità civile dell'Internet *provider* è, per molti versi, paradigmatico e come tale va esaminato.

Come è noto, la responsabilità del fornitore di servizi nella società della comunicazione va collocata nel più ampio dibattito e nel difficile rapporto

⁵ V. ad es. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 139 ss., ma v. anche HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005; ROSAMOND, *Theories of European Integration*, Basigstoke, 2000, *passim*; ROSENAU-DURFEE, *Thinking Theory Thoroughly*, Boulder, 1995; Delmas - Marty (a cura di), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protections versus National Restrictions*, Dordrecht-Boston-London, 1992.

⁶ CAPONI, *Cooperazione giudiziaria in materia civile ed integrazione europea*, in Amato, Gualtieri (a cura di), *Le istituzioni europee dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013; PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 41.

⁷ Si pensi ad esempio al rapporto tra sistema comunitario dei diritti fondamentali e diritto interno: in argomento v. RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, pp. 215-234, ma ancora sul punto v. le riflessioni espresse da RODOTÀ, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in MANZELLA, MELOGRANI, PACIOTTI, RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, pp. 57-89; BUSNELLI, *La «danza dei principi»: diritto naturale, diritto positivo, bioetica*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Napoli, 2004, p. 225 ss.; ALPA, voce *Principi generali* (I agg.), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2014 e in precedenza Id., *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 873 ss., in cui l'A. sottolinea il ruolo di preminenza ricoperto dai diritti fondamentali non soltanto nel processo di uniformazione e ravvicinamento.

tra disciplina giuridica ed evoluzione tecnologica; è del pari risaputo che l'intervento del diritto nella regolamentazione delle tecnologie – specie della comunicazione – è sempre più postumo e tardivo⁸.

Né deve trarre inganno il proliferare di normazioni settoriali e, appunto, in sede europea soprattutto, regolamentari.

L'‘alluvione regolatoria’ non va confusa con il ruolo del Diritto, inteso come sistema di regole, espressione di una composizione di interessi in un quadro in senso lato politico.

Apertis verbis, il diritto dell'informazione e della comunicazione è il luogo in cui si consuma il divorzio tra statalismo di matrice liberale e capitalismo, tra supremazia della disciplina giuridica rispetto alla *self regulation* di stampo categoriale⁹.

Con Internet – ed il suo carattere di spazio fuori dal tempo e dal territorio fisico – non entrano in crisi i soli connotati tradizionali dello Stato ordinante, ma viene messa in discussione, forse per la prima volta e molto di più in confronto all'utopia marxiana del diritto quale sovrastruttura¹⁰, l'idea in sé delle regole giuridiche eteroprodotte da uno o più soggetti diversi da coloro che dell'attività regolata sono i protagonisti.

Il diritto statale è un *quid pluris* – se non un intralcio – nella prospettiva degli *Over the Top* della comunicazione.

I segnali di una simile deriva sono molteplici ma, probabilmente, il punto in cui si è determinata la maggiore ‘subalternità’ del diritto alle ‘ragioni’ dell'*Information and Communication Society* è la soluzione giuridica alla responsabilità civile del *provider*.

3. Responsabilità del provider e c.d. notice and take down nella direttiva sul commercio elettronico.

Qui l'argomento si ricollega al macro-tema dell'interazione/contrapposi-

⁸ SICA, STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, cit., p. 3 ss.; SICA, ZENOVICH, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in *Dir. inf.*, 2010, pp. 377-389; FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in *Perc. cost.*, 1, 2014, p. 13 ss.; SAMMARCO, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in *Dir. inf.*, 2006, 6, p. 711 ss.

⁹ Su questo argomento sia consentito rinviare a SICA, GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, Napoli, 2014, *passim*.

¹⁰ Per tutti v. GUASTINI, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bologna, 1974, *passim*.

zione tra i giudici nazionali, il legislatore europeo, le corti europee.

Le prime risposte al quesito (sempre più attuale) sul soggetto al quale ricondurre l'obbligazione di risarcire i danni causati nella o per il tramite della Rete furono negli anni '90 dei giudici nazionali; e ciò ebbe luogo secondo sensibilità ed approcci differenti, diretti a ricollegare il ruolo dei *providers* ora all'effettività del proprio apporto soggettivo (e, dunque, con tendenziale esclusione della loro responsabilità), ora a vedere gli intermediari della comunicazione come i terminali dell'esposizione risarcitoria in chiave di rischio di impresa¹¹.

Non occorre la sfera di cristallo per rendersi conto che la soluzione prevalsa e rifluita nella Dir. 2000/31, all'interno della più generale disciplina del commercio elettronico, esclude il modello del rischio di impresa ed atterra nel tranquillizzante territorio della sostanziale 'irresponsabilità' dell'Internet *provider* 'salvo che' non sussistano determinanti comportamenti (attivi o omissivi) residuali, concepiti, in termini di eccezione, in forma autonoma e caso per caso, a seconda del tipo di *provider* (mero, *caching* o *hosting*).

Varie le ragioni giustificatrici ma due sono le principali: l'ossequio di fondo alla retorica della 'nuova frontiera della Rete' e la necessità di assicurare potere concorrenziale alle imprese europee del settore, altrimenti soccombenti nel confronto con quelle americane che già dal 1998 godevano di analogo regime esoneratorio in forza del *Digital Millennium Copyright Act*.

Come è noto, infatti, la direttiva 2000/31/CE sui prestatori di servizi della società dell'informazione, recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 70 del 2003 prevede, sulla falsariga dell'esperienza statunitense¹², alcune ipotesi di immunità dell'*internet service provider*, applicabili non solo alla materia del diritto d'autore, ma all'intera disciplina degli atti illeciti aventi

¹¹ Per una prima ricognizione cfr. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in SICA, STANZIONE, *Commercio elettronico e categorie civili-stiche*, cit., p. 368 ss.; RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2001, p. 171 ss.; NIVARRA, voce *Responsabilità del provider*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 2003, p. 1195 ss.; SCHRUEERS, *The History and Economics of ISP Liability for Third Party Content*, in 88 *Virg. L. Rev.* 205 (2002).

¹² Il legislatore comunitario si è ispirato all'esperienza del DMCA, in una chiara ipotesi di imitazione tra formanti omologhi seguita alla circolazione di un modello giuridico, seppur con delle sostanziali differenze: in argomento v. GINSBURG, *Diritto di autore e trasmissione digitale e diritti protetti negli Stati Uniti: uno sguardo d'insieme*, in *Riv. dir. comm.*, 11-12, 1996, p. 1141 ss.; CORSO, *Copyright in Internet: analisi di alcuni casi in Common Law*, in NIVARRA - RICCIUTO, *Internet e il diritto dei privati*, Torino, 2001, p. 199 ss.; LESIAK, *A Comparative Analysis of the Liability of Internet Service Providers in The Context of Copyright Infringement in the U.S., European Union and Poland*, in 3 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 279 (2009).

rilevanza civile e penale¹³. La direttiva suddivide innanzitutto i prestatori in tre macrocategorie: *a) mere conduit*, o mero trasporto di dati¹⁴; *b) caching*, o memorizzazione temporanea di informazioni¹⁵; *c) hosting*, o memorizzazione di informazioni¹⁶.

A differenza del DMCA, la direttiva sul commercio elettronico non prevede una disciplina *ad hoc* sui motori di ricerca, rimandando ad altro momento la riflessione su una loro eventuale regolamentazione settoriale¹⁷.

¹³ In proposito si cfr. l'art. 1, n. 5, dir. 2000/31/CE, in cui si sottraggono espressamente dal campo d'applicazione della direttiva il diritto tributario, il settore della privacy e della tutela dei dati personali, le intese, l'esercizio di specifiche attività professionali equiparabili a quella notarile, la rappresentanza e la difesa processuale ed il gioco d'azzardo: v. ZENO-ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in internet*, in Palazzo, Ruffolo (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Milano, 2002, pp. 137-144.

¹⁴ Art. 14 d.lgs. n. 70/2003, corrispondente all'art. 12, dir. 2000/31/CE.

¹⁵ Artt. 15 d.lgs. n. 70/2003 e 13 dir. 2000/31/CE.

¹⁶ Artt. 16 d.lgs. n. 70/2003 e 14 dir. 2000/31/CE. In una sconfinata letteratura sul tema si rimanda a SICA, *Il sistema delle responsabilità*, in SICA, COMANDÈ, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001, p. 220; ID., *Recepita la direttiva sul commercio elettronico: commento al d.lgs. 70/03*, in *Corr. giur.*, 2003, 9, pp. 1225-1247; ID., *Le responsabilità civili*, in Tosi (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, p. 127 ss.; RICCIO, *Profili di responsabilità civile dell'Internet Provider*, *Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, Salerno, 2000; GIACOBBE, *La responsabilità civile per l'uso di Internet*, in RICCIUTO, ZORZI, *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Galgano, XXVII, Padova, 2002, p. 219 ss.; DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; ID., voce *Internet* (responsabilità civile), in *Enc. giur.*, Roma, 2002; BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003; GAMBINO, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006; CASSANO, CIMINO, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello «censore telematico»? Un primo commento agli artt. 14-17 del d. lgs. n. 70/1003*, in *Giur. it.*, 2004, p. 671; SANNA, *Il regime di responsabilità dei providers intermediari di servizi della società dell'informazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, I, p. 279 ss.; TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA*, 2008, pp. 335-384; SICA, BRUTTI, *Internet e commercio elettronico: la responsabilità civile*, in D'Antonio, Vigliar (a cura di), *Studi di diritto della comunicazione. Persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009, pp. 121-152.

¹⁷ Cfr. la § 512 (d) del *Copyright Act* e ancora l'art. 21, n. 2, dir. 2000/31/CE, in cui si rimanda alla fase di riesame della direttiva, da attuarsi a partire dal 17 luglio 2000, con cadenza biennale, la necessità di vagliare proposte relative alla responsabilità dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca, nonché con riferimento alle procedure di «notifica e rimozione» («*notice and take down*») e alla determinazione della responsabilità a seguito della rimozione del contenuto, elementi questi, come vedremo, che hanno impegnato la giurisprudenza in una costante attività di rilettura ed adattamento al mutare del quadro tecnologico. Per tutti v. RICCIO, *Profili di responsabilità civile dell'Internet Provider*, cit., p. 98 ss. e per una prima indagine concernente i diversi approcci attuativi adottati dai singoli paesi membri si veda la relazione elaborata nel 2007 per la Commissione

L'indicazione degli standard di condotta è poi così ripartito:

A) I meri fornitori di accesso e meri trasportatori di informazioni, sono esenti da responsabilità qualora essi non: *a1)* diano origine o *a2)* selezionino il destinatario del flusso informativo o *a3)* interferiscano nella comunicazione selezionando o modificando i dati.

B) Per i *caching provider*, l'attività concerne la memorizzazione automatica ed intermedia di informazioni fornite da un utente al fine di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta. L'esenzione si applica ove il prestatore: *b1)* non modifichi dette informazioni, *b2)* si conformi alle condizioni di accesso e *b3)* di aggiornamento, *b4)* non interferisca con l'uso lecito di tecnologia per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, e *b5)* agisca prontamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso, non appena effettivamente a conoscenza del fatto che «le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso» (art. 15, n. 1, lett. e), dir. 2000/21).

C) Per gli *hosting provider* l'attività di memorizzazione di informazioni provenienti dal destinatario del servizio non comporta responsabilità quando: *c1)* non si trovi effettivamente al corrente dell'illiceità dell'informazione o dell'attività e con riferimento ad ipotesi di responsabilità civile non conosca fatti o circostanze che ne diano manifestamente notizia; *c2)* non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso, a meno che l'utente non agisca sotto l'autorità o il controllo del prestatore; *c3)* agisca prontamente per rimuovere le informazioni memorizzate, o per disabilitare l'accesso, non appena effettivamente a conoscenza della rimozione o della disabilitazione dell'accesso alle informazioni o, ancora, se un ordine giudiziale ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

Per tutte e tre le categorie di *provider*, la direttiva fa salva la facoltà per le autorità giurisdizionali o amministrative di ordinare la cessazione della violazione e l'inibitoria nonché la possibilità per gli Stati membri «di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime» (art. 14, n. 3 dir. cit.). La normativa comunitaria sul commercio elettronico opera solo un riferimento generico alle procedure di rimozione selettiva dei contenuti di tipo privato o autoregolamentare, in una prospettiva di incentivo all'adozione di diverse strategie di *enforcement*

europea da VERBIEST, SPINDLER, RICCIO, *Study on the liability of internet intermediaries*, Markt/2006/09/E, rintracciabile all'url: http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/docs/study/liability/final_report_en.pdf/.

piuttosto che di puntuale regolamentazione.

Rispetto al modello legislativo a cui si ispira poi (appunto, lo statunitense *Digital Millennium Copyright Act of 1998* statunitense), la direttiva non copre i servizi resi dai motori di ricerca, lasciando tale disciplina aperta all'applicazione diretta delle normative settoriali (reg. UE 679/2016, ma anche diritto d'autore con la direttiva 2001/29/CE) o, ancora all'esercizio interpretativo analogico/estensivo della direttiva 2000/31/CE.

L'ultima, centrale, disposizione afferma il principio della mancanza di un generale obbligo di sorveglianza per i prestatori¹⁸, non essendo questi ultimi chiamati ad effettuare un controllo preventivo sulle informazioni trasmesse e memorizzate, né obbligati a ricercare in maniera attiva fatti o circostanze che possano condurre all'individuazione di attività illecite.

In sintesi, è quindi possibile isolare un generale principio di esonero dalla responsabilità in favore del *provider* per cui chiunque fornisca servizi nell'ambito delle comunicazioni elettroniche non può rispondere delle condotte illecite degli utenti che danno origine o sono destinatari di flussi informativi, né può essere altresì obbligato a sorvegliare e limitare le attività ivi svolte.

Quanto alle eccezioni, anche in tal caso organizzate tassativamente rispetto alla natura delle attività svolte dall'intermediario, il legislatore italiano ha declinato diversamente l'obbligo di rimozione o disabilitazione dell'accesso delle informazioni o attività illecite posto in capo all'*hosting provider*, subordinandolo alla ricezione di una comunicazione da parte dell'autorità competente (art. 16, lett. b), d.lgs. 70/2003). Inoltre, ogni prestatore effettivamente a conoscenza di un illecito viene obbligato a darne notizia alle autorità, o a fornire senza indugio le informazioni in proprio possesso utili all'identificazione del destinatario dei servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al «fine di individuare e prevenire attività illecite» (art. 17, secondo comma, lett. a) e b) e terzo comma, d.lgs. cit.)¹⁹.

¹⁸ Artt. 17, primo comma d.lgs. 70/2003 e 15, dir. 2000/31/CE.

¹⁹ Differentemente dal modello di recepimento attuato dal legislatore italiano, l'art. 14, n. 1, dir. 2000/31 obbliga il prestatore che «è effettivamente a conoscenza dei fatti» ad agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. La disposizione citata è priva di un espresso riferimento alla necessità che l'attività di conformazione del *provider* sia subordinata all'emanazione di un ordine giudiziale. In tal modo il legislatore comunitario indica che l'effettiva conoscenza dei fatti illeciti potrebbe in astratto comportare automaticamente un obbligo di fare in capo al *provider*, anche qualora l'intimazione ad agire provenisse da un soggetto privato.

4. Le applicazioni giurisprudenziali. Dalla CGUE al diritto interno

In questo quadro normativo, l'analisi del diritto giurisprudenziale in tema di responsabilità del *provider* indica la cristallizzazione di tre filoni interpretativi.

4.1. (Ir)responsabilità e attuale conoscenza dell'illecito

Con riferimento agli illeciti coperti dalla direttiva sul commercio elettronico, come si è visto, vige una generale regola di irresponsabilità del prestatore di *hosting*, eccetto nelle ipotesi in cui non ottemperi in maniera tempestiva all'ordine di rimozione di contenuti illeciti e lesivi formulato da un'autorità giudiziaria o da un'Autorità amministrativa indipendente.

Nel caso *Sabam c. Scarlet*²⁰, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa sulla sussistenza in capo al fornitore di accesso Scarlet di un obbligo di blocco preventivo delle attività di *download* non autorizzato di opere musicali del catalogo della *collecting society* belga Sabam. Di pochi mesi successiva è la decisione della Corte di giustizia sul caso *Sabam c. Netlog*²¹, in cui la medesima società di gestione dei diritti ha chiamato in causa il *social network* Netlog per contestare la memorizzazione e la messa a disposizione da utenti registrati sulle proprie piattaforme di collegamenti ipertestuali a contenuti protetti.

L'attore chiedeva che i prestatori venissero obbligati rispettivamente a: 1) predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche, al fine di impedire gli scambi di file lesivi dei diritti d'autore (caso *Scarlet c. Sabam*) e 2) svolgere attività di analisi delle informazioni stoccate nei server al fine di impedire che attraverso il *linking* venissero messi a disposizione senza autorizzazione opere dell'ingegno (caso *Sabam c. Netlog*).

In questo contesto, è stata ribadita la centralità del principio di neutralità del prestatore di cui all'art. 15 dir. 2000/31/CE, non sussistendo un dovere generico e preventivo di sorveglianza: fatta salva la facoltà, riconosciuta

²⁰ CGUE, 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet c. Sabam*.

²¹ CGUE, 12 marzo 2012, C-360/10, *SABAM c. Netlog NV*. Per una rassegna delle opinioni sulla sentenza si rimanda ai commenti di SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 303 ss.; GRANIERI, *La fine è nota: diritto d'autore, evolucionismo giuridico e i meccanismi spontanei di aggiustamento del mercato*, in *Foro it.*, 2012, 4, 296; BELLIA, BELLOMO, MAZZONCINI, in *Dir. ind.*, 2012, p. 341 ss. e G. COLANGELO, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 572 ss.

ai legislatori nazionali, di tutelare la proprietà intellettuale introducendo misure di autotutela tecnologica, l'eventuale esercizio di recepimento deve essere svolto garantendo il giusto equilibrio tra i diritti fondamentali coinvolti e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario, tra cui quello di proporzionalità.

Secondo la Corte, il filtraggio preventivo delle attività e dei contenuti veicolati dagli utenti avrebbe limitato in maniera ingiustificata il diritto alla tutela dei dati personali la libertà di accesso alle informazioni di cui agli artt. 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, allocando altresì sul prestatore un costo tale da incidere negativamente sul legittimo esercizio della libertà d'impresa, contraddicendo quanto espresso dall'art. 3, n. 1 della direttiva 2004/48/CE, il quale impone espressamente che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose²².

Nella giurisprudenza municipale, si registrano invece diverse tendenze. Se, da una parte, alcuni giudici di merito sostengono che *«il provider, che utilizzi un motore di ricerca dotato di software auto-complete non risponde, per l'associazione automatica di termini potenzialmente diffamatori ad un nominativo, perché detta associazione non vale a qualificare il motore di ricerca quale content provider»*²³, dall'altra, si afferma come *«il caching provider non è responsabile delle informazioni trasmesse se non le modifica e se agisce prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne abbia disposto la rimozione o la disabilitazione»*²⁴.

Il parametro dell'«attuale conoscenza» dell'illecito viene modulato con riferimento all'esistenza di un ordine giudiziale (con connessa pronuncia di illiceità del contenuto) o, ancora, rispetto alla semplice segnalazione da parte di un privato portatore di interessi: in questo quadro, la diligenza del *provider* è sovente valutata sulla base dell'illiceità dell'attività contestata, nonché della mancata attivazione di meccanismi di autonoma rimozione dei contenuti illeciti.

Ad esempio, nel celebre caso Cantone, il giudice di merito ha rilevato

²² CGUE, 24 novembre 2011, C-70/10, *Scarlet c. Sabam*, cit., parr. 50-54; CGUE, 12 marzo 2012, C-360/10, *Sabam c. Netlog*, cit., parr. 44-52.

²³ Trib. Milano, sez. I, 25 marzo 2013, *X. c. Google Inc.*, in *Dir. inf.* 2013, p. 380 ss.

²⁴ Trib. Firenze, 25 maggio 2012, *A.M. c. Google Inc.*, in *Corr. giur.* 2013, 4, pp. 505-510, con nota di SICA.

come sussista «la responsabilità dell'Internet service provider per le informazioni oggetto di hosting (memorizzazione durevole) allorché il provider sia effettivamente venuto a conoscenza del fatto che l'informazione è illecita e non si sia attivato per impedire l'ulteriore diffusione della stessa e ciò pur in assenza di un generale obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, né integrandosi alcuna posizione di garanzia»²⁵.

Ancora paradigmatica in tal senso è ad esempio la pronuncia della S.C. in un giudizio per diffamazione, per cui «concorre nel reato di diffamazione il legale rappresentante di una società gerente un sito Internet che ospita messaggi pubblicati direttamente dagli utenti, qualora, pur consapevole dell'illiceità della pubblicazione altrui, l'abbia mantenuta visibile sul sito, così consentendole di esercitare la sua efficacia diffamatoria».²⁶

4.2. La bipartizione giurisprudenziale tra host "attivo" e "passivo" come tecnica per aggravare il criterio di imputazione a carattere colposo dell'hosting provider

Il canone soggettivo d'imputazione adottato, modulato sulla «reale consapevolezza» del prestatore, è applicabile solo se le operazioni svolte dall'intermediario abbiano carattere meramente automatico e tecnico, senza cioè che esso si trovi ad essere in alcun modo implicato direttamente nell'organizzazione e nella gestione dei contenuti.

Il riferimento al profilo passivo dell'attività svolta dal prestatore ai fini dell'esonero dalla responsabilità deriva da una lettura del considerando n. 42 della direttiva 2000/31, per cui le deroghe alla responsabilità devono essere applicate nel caso in cui «l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia limitata al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione», ovvero quando le attività svolte siano «di ordine *meramente tecnico, automatico e passivo*, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

Il contenuto del considerando, all'apparenza mera sintesi delle modalità di applicazione delle regole di responsabilità del *provider* (con particolare riferimento al distinguo *mere conduit-caching* vs. *hosting provider*), è stato

²⁵ Trib. Napoli, 4 novembre 2016, in *Giur. it.*, 2017, p. 629, con nota di BOCCHINI.

²⁶ Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2016, n. 54946, in *Foro it.*, 2017, II, 251, con nota di DI CIOMMO.

oggetto di un'interpretazione di carattere manipolativo della Grande sezione della Corte di giustizia in un caso di contraffazione del marchio.

In *Google c. Louis Vuitton*²⁷, le attività del motore di ricerca convenuto sono state vagliate in relazione al posizionamento di annunci pubblicitari di portali Internet che commercializzavano prodotti contraffatti, considerando la posizione «passiva» o «attiva» del prestatore come prerequisito per l'applicazione delle esenzioni di cui all'art. 14, n. 1 della direttiva sul commercio elettronico. Nello specifico si è rilevato come fosse necessario a tal uopo comprendere in via preliminare «*se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza*».

L'intermediazione pubblicitaria apprestata attraverso la pubblicazione di annunci correlati alle ricerche degli utenti è stata analizzata verificando *a)* il carattere lucrativo del servizio di posizionamento; *b)* la coincidenza tra la parola chiave selezionata e il termine di ricerca inserito da un utente e *c)* il ruolo svolto dal motore di ricerca nella redazione del messaggio commerciale che accompagna il collegamento pubblicitario, o nella determinazione o selezione di tali parole chiave²⁸. Pur non esprimendosi nel merito della questione, la Corte ha introdotto un filtro preventivo di valutazione della fattispecie che si concentra sulle modalità di svolgimento delle attività da parte del prestatore di servizi di *hosting*.

Tale indirizzo trova conferma in *L'Oréal c. eBay*, in cui pur lasciando nuovamente al giudice del rinvio l'indagine concreta sul ruolo "attivo" o "neutro" svolto dal portale di aste *on line*, i giudici del Lussemburgo hanno contemplato il fatto che il gestore fornisca o meno assistenza ai propri inserzionisti, in particolare ottimizzando la presentazione o la promozione degli annunci di vendita²⁹.

²⁷ CGUE, grande sez., 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA*, C-237/08, *Google France SARL c. Viaticum SA e Luteciel SARL*, C-238-08, *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e al.*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1603 (s.m.), con nota di RICOLFI.

²⁸ CGUE, 23 marzo 2010, C-236/08, *Google c. Louis Vuitton*, cit., par. 114-118.

²⁹ Cfr. CGUE, grande sez., 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal SA c. eBay International AG*, in *Foro it.*, 2012, IV, 323, con nota di DI PAOLA, PALMIERI, per cui: «L'art. 14, n. 1, della direttiva (...) 2000/31/CE, (...) deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo attivo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle.(...) Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione

Le nozioni di “controllo” e “conoscenza” delle informazioni trasmesse e memorizzate sono divenute così oggetto privilegiato degli sforzi interpretativi apprestati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria al fine di discernere – di là della tripartizione normativa (*mere conduit/caching/hosting*) – tra il c.d. *provider* attivo e quello neutro o passivo.

L'analisi delle applicazioni fornite in Italia dal formante giudiziario denota l'oscillante e quasi mai uniforme distinzione, indotta dall'estrema varietà delle funzioni e delle operazioni svolte ed effettuate – anche simultaneamente – dai prestatori di servizi, obbligando sovente l'interprete ad una riflessione preliminare di carattere meramente specialistico, avente per oggetto la natura tecnica, automatica e passiva delle attività di trasmissione e memorizzazione delle informazioni³⁰.

In una prima macro-area di pronunzie il parametro di diligenza è stato valutato sulla base dell'illiceità dell'attività contestata, nonché della mancata attivazione di meccanismi di autonoma rimozione dei contenuti illeciti³¹.

di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14».

³⁰ Sul punto si veda, oltre alla dottrina già richiamata, BUGIOLACCHI, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet provider*, in *Resp. civ. prev.*, 7-8, 2010, p. 1568 ss.

³¹ Trib. Roma, sez. IX civile, ord. 16 dicembre 2009, *Soc. Rti c. YouTube Llc*, cit., poi confermata in sede di reclamo da Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Dir. inf.*, 2010, p. 275 ss., con nota di GUIDOBALDI, per cui la Corte, nel rilevare che la responsabilità del prestatore debba valutarsi caso per caso, verificando se quest'ultimo non si limiti a fornire la concessione alla rete, ma eroghi servizi aggiuntivi (per es. *caching, hosting*) e/o predisponga un controllo delle informazioni, ha affermato che «l'*host provider* ha l'obbligo di rimuovere il materiale caricato dagli utenti non appena avuto conoscenza della illiceità dello stesso, anche su comunicazione ricevuta dal titolare dei diritti, non essendo necessario a tal fine un apposito ordine dell'autorità giudiziaria». Cfr. anche Trib. Milano, 7 giugno 2011, *Soc. reti televisive it. c. Soc. Italia On Line*, in *Dir. inf.*, 2011, p. 660 ss., in cui il profilo attivo relativo alle attività dell'*hosting provider* è stato individuato nelle condizioni generali d'uso del servizio e nelle modalità di organizzazione dei messaggi promozionali venduti agli inserzionisti e abbinati ai contenuti autonomamente generati dagli utenti, (conf. Trib. Milano, 9 settembre 2011, *Soc. reti televisive it. c. Soc. Yahoo! Italia*, in *AIDA*, 2012, p. 740 ss., con nota di CHRISAM) e già in una certa misura Trib. Catania, 29 giugno 2004, *Contino c. Soc. coop. Cormorano Felix*, in *Dir. internet*, 2005, p. 74 ss., con nota di CASSANO, CIMINO, in cui si è affermato che sul *content provider*, inteso come il prestatore che pubblica e gestisce un sito web non risultando pertanto estraneo alle informazioni veicolate, incombe l'obbligo di controllare e verificare ogni eventuale profilo di lesività dei contenuti resi ostensibili nel sito da egli creato, organizzato e gestito: in caso

Il requisito della consapevolezza del prestatore rispetto alla violazione, ricollegato all'avvenuta ricezione di diffide da parte dei titolari dei diritti sui contenuti protetti, viene integrato dalla natura stessa delle attività svolte e dalla tipologia dei servizi offerti, talvolta richiamando i diritti di licenza affermati per via contrattuale dal prestatore sui contenuti generati dagli utenti, talaltra evidenziando lo svolgimento di attività commerciali o la prestazione di servizi aggiuntivi.

Il riferimento al considerando n. 42 dir. 2000/31 per rendere più gravoso lo standard di condotta richiesto dall'art. 16, primo comma, lett. b), d.lgs. 70/2003, viene effettuato anche dalla giurisprudenza in tema di tutela dei diritti della personalità sui motori di ricerca, *in primis* con riguardo alla visualizzazione di risultati che, a causa degli algoritmi di completamento automatico predisposti dal gestore, elenchino automaticamente i termini maggiormente ricercati dagli utenti rispetto alle generalità della persona ricercata, con il rischio di lederne l'onore e la reputazione³².

di illeciti pertanto esso risponderebbe per fatto proprio ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., non potendosi avvalere delle norme poste dal d.lgs. n. 70/2003.

³² Per una rassegna comparativa sia consentito rinviare a BGH, 14 maggio 2013, VI ZR 269/12, in *Dir. inf.*, 2013, 3, pp. 541-557, con nota di GIANNONE CODIGLIONE, *Funzione «AutoComplete» e neutralità del prestatore di servizi*, in cui si analizza la giurisprudenza municipale di merito in materia (Trib. Pinerolo, ord. 2 maggio 2012, in *Dir. inf.*, 2012, 6, p. 1203 ss., con nota di SCANNICCHIO, per cui «posto che, a livello di *fumus boni iuris*, non è ravvisabile alcuna valenza diffamatoria nell'accostamento del nome di una persona, digitato anche solo in parte da un utente, ai termini «indagato» e «arrestato» all'interno della stringa di ricerca automaticamente elaborata dal software predisposto dal gestore di un motore di ricerca con il quale si individuano chiavi di ricerca sulla base delle recenti interrogazioni della comunità dei fruitori del servizio (nella specie, la funzione Autocomplete del motore di ricerca Google), non può essere accolto il ricorso volto ad ordinare l'immediata eliminazione dell'associazione del nome del ricorrente con la parola «indagato» e ad inibire l'utilizzo dell'associazione del medesimo nome con la parola «arrestato»»; Trib. Milano, sez. I, ord. 23 maggio 2013, *X. v. Google Inc.*, in *DeJure*, *contra* Trib. Milano, sez. I, ord. 25 marzo 2013, *ivi* e Trib. Milano, ord. 24 marzo 2011, *X c. ZZ*, in *Dimt*, con nota di MULA). In argomento v. anche Trib. Bergamo, 17 dicembre 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1667, con nota di CITARELLA, per cui «ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 70/2003 l'Internet service provider è responsabile, solidariamente al gestore del sito del danno non patrimoniale cagionato alla reputazione di una Onlus, conseguentemente al ritardo nell'eliminazione dal sito di un illecito accostamento, in proporzione al tempo intercorso tra richiesta di «oscuramento» e la relativa attuazione». Per un'analisi sulla posizione dei motori di ricerca nell'ambito della prestazione dei servizi nel c.d. web 2.0 v. GRIMMELMANN, *The Structure of Search Engine Law*, in 93 *Iowa L. Rev.* 1 (2007); SPINDLER, *Verantwortlichkeit und Haftung für Hyperlinks im neuen Recht*, cit., p. 495 ss.; SAMMARCO, *Il motore di ricerca, nuovo bene della società dell'informazione: funzionamento, responsabilità e tutela della persona*, in *Dir. inf.*, 2006, pp. 621-634; RICCIO, *La responsabilità degli Internet Service Provider. Situazione legislativa e problemi aperti*, in D'Antonio, Vigliar (a cura di), *Studi di diritto della comunicazione*, cit., p. 153 ss., spec. p. 166; GIANNONE CODIGLIONE, *I motori*

4.3. *Diritto alla deindicizzazione e interazione con le regole di responsabilità semi-oggettiva in tema di illecito trattamento dei dati personali (art. 17, reg. UE n. 679/2016)*

L'affermazione della responsabilità civile del prestatore per i danni cagionati dalla mancata rimozione diretta dei riferimenti falsi, fuorvianti o obsoleti su istanza dell'interessato, pare dall'altra parte venire quantomeno mitigata dai primi assestamenti dei giudici di merito seguiti alla pronuncia della Grande sezione sul caso *Google Spain*³³.

All'obbligo di vagliare in via preliminare le richieste di deindicizzazione formulate sulla base dell'esercizio del diritto di rettifica e cancellazione di cui alla direttiva 95/46/CE (ora diritto all'oblio e alla cancellazione ex art. 17 del regolamento UE n. 679/2016), *non viene fatta coincidere l'imposizione in capo al gestore del search engine di un'obbligazione risarcitoria per la mancata cancellazione dagli indici di ricerca dei collegamenti contestati*.

La prima giurisprudenza europea in tema di diritto all'oblio e alla cancellazione pare indicare infatti un sostanziale temperamento del regime oggettivo o semi-oggettivo di responsabilità civile previsto in ipotesi di trattamento illecito dei dati personali, affiancandosi in termini operazionali alla casistica sull'applicazione delle regole di cui alla dir. 2000/31/CE.

Il rigetto (o la conferma) della decisione adottata dal prestatore da parte del giudice di merito o dell'Autorità garante non ha difatti comportato la condanna al risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale, ma soltanto la rifusione integrale delle spese di lite³⁴. Tale indirizzo pare venire confermato dalla nuova formulazione della norma sulla responsabilità risarcitoria ospitata dal regolamento UE n. 679/2016, che si accosta ad una più analitica previsione degli obblighi e dei doveri di comportamento gravanti su titolari e responsabili del trattamento³⁵.

di ricerca, in *AIDA*, 2017, pp. 395-433.

³³ CGUE, grande sez., 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Costeja González*.

³⁴ Cfr. per la Francia TGI Paris, ord. 24 novembre e 19 dicembre 2014, *Marie-France M. c. Google France e Google Inc.*, in *Dir. inf.*, 3, 2015, pp. 532-541; per la Spagna Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 29 dicembre 2014, n. ric. 725/2010, *18 persone c. Google Spain e Google Inc.*, in www.poderjudicial.es; per l'Italia v. altresì Trib. Roma, I sez. civ., 3 dicembre 2015, *X v. Google Inc.*, in *Foro it.*, 2016, I, 1040 e Trib. Milano, 28 settembre 2016, in *Dir. inf.*, 2016, p. 539.

³⁵ Ai sensi dell'art. 82, reg. UE n. 679/2016, chiunque abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale connesso alla violazione delle norme contenute nel regolamento ha il diritto di ottenerne il risarcimento dal titolare o dal responsabile del trattamento. La lettera della norma indica una maggiore propensione a mitigare il regime di responsabilità civile per

5. Un'ulteriore frammentazione? La responsabilità dell'host nella giurisprudenza della Corte EDU

In questo quadro, un ulteriore elemento di frammentazione giurisprudenziale proviene dall'interpretazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo apprestata dalla Corte EDU.

Ad esempio in *Delfi c. Estonia*³⁶, i giudici di Strasburgo hanno di fatto obliterato i principî della dir. 2000/31, reputando conforme all'art. 10 della Convenzione la responsabilità civile non patrimoniale del gestore di un grande portale estone di informazione per i commenti diffamatori pubblicati da utenti non registrati in nota ad alcuni articoli. Seppur esigua nella computazione del *quantum debeatur* (320 euro), la sentenza alloca sull'impresa che offre a livello professionale servizi di informazione sul web il rischio costituito dall'estrema facilità con cui vengono veicolati in rete messaggi anonimi istiganti all'odio e alla violenza nei confronti di persone fisiche e nonostante la predisposizione da parte della stessa società ricorrente di appositi *disclaimer* di esonero dalla responsabilità e di un sistema di notifica e rimozione dei contenuti.

In questo senso, il bilanciamento tra libertà d'espressione, libertà d'impresa e tutela dei diritti della personalità è stato svolto facendo gravare sul prestatore una responsabilità equiparabile a quella dell'editore di una testata giornalistica, richiamando alcuna giurisprudenza dell'ultima metà degli anni novanta dello scorso secolo³⁷.

A questo primo assestamento maggiormente proteso a riconoscere in capo all'host una responsabilità di tipo oggettivo o semi-oggettivo, sono poi seguite tre diverse applicazioni.

Nel 2016³⁸, la Corte di Strasburgo ha integrato la propria interpretazione

illecito trattamento dei dati personali, conducendolo probabilmente verso parametri di tipo colposo.

³⁶ Corte EDU, 10 ottobre 2013, n. 313, ric. 54659/09, *Delfi AS c. Estonia*, in *Dir. inf.*, 1, 2014, p. 2956, con nota di VECCHIO e *ivi*, 2, 2014, p. 242 ss. (s.m.), con nota di ALMA.

³⁷ Sul punto cfr. Cour d'appel de Paris, 10 febbraio 1999, *Lacambre c. Hallyday*, in *Dir. inf.*, 1999, pp. 926-941, con nota di RICCIO, in cui si affermava la diretta responsabilità del prestatore di servizi che metteva a disposizione di tutti, senza alcuna restrizione di accesso, di spazi pubblici di comunicazione in forma anonima, ma anche Trib. Teramo, 11 dicembre 1997, *Monte Paschi Siena c. Pinto*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 370 ss., con nota di COSTANZO; Trib. Napoli, 8 agosto 1997, *Soc. Cirino Pomicino c. Soc. Geredil*, *ivi*, 1997, p. 970 ss.; Trib. Macerata, 2 dicembre 1998, *Soc. pagine Italia c. Rossi*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 35 ss.; Trib. Bologna, 26 novembre 2001, *Musti c. Soc. ed. comunicaz. Castelvechi*, in *Dir. aut.*, 2002, p. 332 ss.

³⁸ Corte EDU, 2 maggio 2016, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary*, ric. n. 22947/13.

reputando non responsabili e protetti dalla libertà di stampa i gestori di due portali di informazione per i commenti seguiti alla pubblicazione di un articolo critico nei confronti di un portale immobiliare, poiché a differenza del caso *Delfi*, i commenti non erano palesemente illeciti, ma semplicemente offensivi, volgari e comunque riferiti alla reputazione commerciale di un'impresa. Secondo la Corte, i parametri adottati nel caso *Delfi* possono essere utili a valutare la responsabilità dei grandi portali di informazione in relazione al bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della reputazione, dovendo tenere in considerazione il contesto in cui essi vengono resi, le misure applicate per prevenire o rimuoverne gli effetti, la responsabilità degli autori dei messaggi come alternativa alla responsabilità dei ISP e le ricadute economiche delle decisioni adottate dai giudici nazionali sull'impresa convenuta.

Applicando i medesimi criteri, in *Pihl v. Sweden* (9 marzo 2017), la Corte ha reputato conforme la condotta dell'associazione che gestiva un piccolo blog che ha rimosso un giorno dopo la notifica e nove dopo l'effettiva pubblicazione – accompagnato a delle scuse da parte dei gestori – un commento offensivo ma non incitante all'odio e alla violenza.

Riguardo alle misure adottate dall'associazione responsabile del blog per prevenire o rimuovere i commenti diffamatori, la Corte ha rilevato che il blog presentava una funzione specifica di *notice and take down*, associato alla pubblicazione di un *disclaimer* molto chiaro in cui veniva specificato che i commenti non fossero sottoposti ad alcun controllo prima della pubblicazione. Infine, in *Tamiz v. UK* (12 ottobre 2017), la prima sezione della Corte EDU ha concluso che il Regno Unito non ha omesso di proteggere il diritto alla vita privata e familiare di un individuo che era stato vittima di presunti post diffamatori resi anonimi nella sezione commenti di un blog ospitato dal servizio "Blogger.com" di Google.

La Corte inizia la propria analisi richiamando il principio stabilito nella sua giurisprudenza secondo cui, per essere considerato un'interferenza con i diritti delle persone ai sensi dell'art.8 della CEDU, un attacco alla reputazione personale deve raggiungere «un certo livello di gravità». La Corte ha inoltre riconosciuto che «la realtà è che milioni di utenti Internet postano commenti online ogni giorno e molti di questi utenti si esprimono in modi che potrebbero essere considerati offensivi o addirittura diffamatori. Tuttavia, è probabile che la maggior parte dei commenti abbia un carattere troppo banale e che l'estensione della loro pubblicazione sia verosimilmente limitata, perché causino danni significativi alla reputazione di un'altra persona».

I giudici di Strasburgo hanno così riconosciuto come la maggior parte

dei commenti lamentati dal richiedente fossero poco più che «abusi volgari» e con ciò tollerabili da parte del presunto danneggiato (un personaggio politico). Inoltre, è stato ritenuto che anche con riferimento ai commenti in cui si formulavano delle accuse più specifiche e potenzialmente pregiudizievoli, essi sarebbero stati suscettibili di «*venire interpretati dai lettori come congetture che non dovrebbero essere prese sul serio*».

In definitiva, non sembra avviarsi a compimento il percorso che, in materia, muove dalle corti nazionali, passa per quelle europee, ed approda ad un livello di stabilizzazione credibile del tema; l'incertezza continua a regnare sovrana, ma è probabilmente figlia del balbettio del diritto in tema di *Law and Technology* ed in un simile contesto è difficile azzardare l'esito finale. La sola certezza è che il circuito tra la giurisprudenza nazionale ed europea è indispensabile, anche come unico tracciato in cui si possa ritrovare il filo delle regole giuridiche emanazione di scelte valoriali condivise, oggi smarrito nel caos (non casuale) che il governo economico dei processi ha generato.

Cristina Amato

*The Influence of the CJEU's opinions on the Italian Courts
in the Application of the Unfair Commercial Practices Directive*

SUMMARY: Introduction – 2. A Short Acknowledgement of Directive 2005/29/EC and its Implementation into the Italian Consumer Code – 3. Before the CJEU: When a Commercial Practice (or Omission) can be Classified as “Misleading” according to Italian courts – 4. The Experts’ Advice: the Italian Courts Ignore the CJEU’s Opinion – 5. Beyond the CJEU: the Notion of the Average Consumer in the Italian Courts – 6. Pas de deux with the CJEU: the Professional Diligence as a Theoretical Safety Net – 7. Final Remarks.

1. *Introduction*

The dialogue between the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) and the national courts represents a crucial matter. The goal of harmonisation pursued by European law is usually balanced with the freedom allowed to national variations (even in the case of Directives adopting a maximum harmonization approach), through the wise interventions of the CJEU interpreting the norms and the national Courts applying them¹. This article aims at highlighting the state and quality of the dialogue between the CJEU and the Italian courts in the restricted domain of the interpretation and application of Directive 2005/29/EC, known as Unfair Commercial Practices Directive (“UCPD”) concerning unfair business-to-consumer commercial practices. After briefly illustrating the implementation of the UCPD into the Italian legal system (1.), the paper shall focus on how Italian judges have anticipated the CJEU directions (2.), or ignored them (3.), or how they have, at times, gone beyond the CJEU’s opinions (4.), or acted according to them (5.). Finally, some conclusions are proposed at para. 6.

¹ The CJEU has clearly drawn the landmark between its interpretive role and the application powers vested on national courts (‘top-down approach’): CJEU Case C-92/11, *RWE Vertrieb AG tegen Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, 21 March 2013, ECLI:EU:C:2013:180, para. 48.

2. *A Short Acknowledgement of Directive 2005/29/EC and its Implementation into the Italian Consumer Code*

The UCPD «addresses commercial practices directly related to influencing consumers' transactional decisions in relation to products» (recital 7). Indirectly, it also «protects legitimate businesses from their competitors who do not play by the rules in this Directive and thus guarantees fair competition in fields coordinated by it» (recital 8). To achieve both goals, the UCPD prohibits unfair commercial practices according to a threefold normative structure² consisting of: a general clause describing the unfairness of a practice, set out in article 5(2); two specific sets of provisions set out in articles 6, 7 (misleading practices and omissions) and 8, 9 (aggressive practices); a blacklist of both misleading and aggressive commercial practices, set out in the Annex, whose role is clear in the light of recital 17: escaping from a case-by-case assessment in order to promote legal certainty. The general clause assessing the unfairness of a commercial practice is, in turn, a two-tier test: the first part refers to a normative notion («A commercial practice shall be unfair if: (a) it is contrary to the requirements of professional diligence»). The second seems to seek a link with extra-normative criteria, such as economic behavioural studies, psychology and neuroscience («A commercial practice shall be unfair if: (b) it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers»). In a nutshell, the unfairness of a commercial practice can be assessed only when the two cumulative criteria of diligence and distortion of the consumer's economic behaviour have been infringed by the professional³. Therefore, the standard of diligence, though infringed by a professional, cannot be regarded as unfair if it does not materially alter the self-determination of

² C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*, 14 January 2010, ECLI:EU:C:2010:12, at para. 7; Case C-428/11 *Purely Creative Ltd et al v Office of Fair Trading*, 18 October 2012, ECLI:EU:C:2012:651, at para. 6. Cf. J. STUYCK, E. TERRY, T. VAN DYCK, *Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business to Consumers Commercial Practices in the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2006, 43, p. 124 ff.

³ This is an open-textured definition that borrows insights from the notion of 'influence' on behaviour adopted by psychologists: A. L. SIBONY, *Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive*, in *European Review of Private Law*, 6/2014, p. 922 ff.

the average consumer⁴. This is because the goal of the discipline concerning unfair commercial practices is neither to strangle marketing techniques based on consumers' behaviour, nor to recognize absolute contractual self-determination to consumers. Such a discipline aims at re-establishing a balance between the contractual powers of the two parties, thus avoiding the professionals' abuse of their own contractual strength.

In its essence, the UCPD has adopted a flipped perspective on consumer protection and the enhancement of competition law. In the "vertical" *acquis* the European legislator has so far developed level playing field techniques that address consumers, increasing their responsibility in processing information and internalizing mandated or voluntary disclosures when taking purchase decisions. Other different techniques are filling gaps represented by information asymmetries, or empowering consumers as the weaker party through the right of withdrawal or form prescriptions. On the contrary, the UCPD addresses traders through a policy that promotes fair professional diligence, by prohibiting misleading or aggressive practices that materially distort consumers' economic decisions and behaviour.

The UCPD has been implemented by the Italian legislature through two different statutory instruments (*Legislative Decrees* ["*decreti legislativi* -D.Lgs.-"]), Legislative Decrees 2 August 2007, nos. 145 and 146.

D.Lgs. 2 August 2007, no. 145 has implemented the discipline concerning misleading and comparative advertising, after Art. 14 Directive 2005/29 (which modifies Directive 84/450/EEC on misleading and comparative advertising) and in compliance with Directive 2006/114⁵. D.Lgs. 2 August 2007, no. 146 has implemented the discipline concerning misleading and aggressive commercial practices. In other words, the Italian legislature has formally and substantially separated the discipline of unfair advertising addressing B2B relationships, from that of unfair commercial practices concerning B2C transactions. The latter set of rules has now been incorporated in Articles from 18 through 27-*quater* of the Italian consumer code ("It. Cons. Code", D.Lgs. 06.09.2005, n. 206). Specifically, the title adopted

⁴ Case C-281/12 *Trento Sviluppo s.r.l., Centrale Adriatica Soc. coop. Arl v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 19 December 2013 ECLI:EU:C:2013:859, at paras 30, 32-33. See also: Case C-453/10 *Pereničová and Perenič*, 15 March 2012 ECLI:EU:C:2012:144, at para. 47; Case C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, 19 September 2013, ECLI:EU:C:2013:574, at para. 42.

⁵ On the special discipline of misleading and comparative advertising, see in Italian literature: G. VETTORI, *La disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa d.lgs. 2 August 2007, n. 145*, in Id. (ed.), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, vol. II, CEDAM, Padova, 2013, p. 1845 ff.

by the Italian legislature for the new consumer discipline contained in the UCPD is «*unjust* commercial practices», instead of «*unfair* commercial practices»⁶. The latter expression refers to B2B practices within the multilevel discipline of unfair competition law. Opting for the synonym «unjust» was an Italian linguistic choice, determined by the opportunity to distinguish the two different sets of rules. *Unfair* commercial practices concerning B2B relations are in fact governed by a different set of rules, found both within the Civil Code as a special tort (under Articles 2595–2601 of the civil code - It. Civ. Code); and within the tangled discipline of unfair competition law, as set out in Articles 101 and 102 TFEU and in the Italian Law 10.10.1990, no. 287. On the other hand, the new discipline of ‘unjust’ commercial practices as set out in UCPD and addressing B2C contracts has been coherently introduced into the It. Cons. Code, and it does not overlap with unfair commercial practices in the meaning adopted in the It. Civ. Code and in the TFEU under the discipline of competition law. The complementarity of the two sets of rules is shown by the fact that the same administrative, independent regulatory authority mentioned below is in charge not only of the enforcement of the UCP but also of controlling and sanctioning unfair competition practices and agreements. The powers of the *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (“AGCM”) consist in inhibitory provisions along with powers to conduct inquiries and to impose penalties traders in order to promote their compliance with the regulations on unfair commercial practices, as provided by Articles 27 and 27-*quater* It. Cons. Code. The AGCM’s decisions can be overturned by the administrative courts, that is the tribunal of the region of Lazio⁷, and ultimately by the Consiglio di Stato⁸. The present paper mainly refers to the AGCM’s rulings in the next paragraphs.

To complete the Italian scenario on the implementation of the UCPD, it is important to remember that Articles 57 and 67-*quinquiesdecies* of the It. Cons. Code implement, respectively, Article 9 of the UCPD (inertia selling of goods and non-financial services) and Art. 9 of Directive 2002/65/EC

⁶ Although the Italian legislature uses the two different expression as explained in the text, from now on the English expression «unfair commercial practices» shall be preferred in this paper, because it is the official expression adopted by the European legislation.

⁷ The T.A.R. Lazio competence is due to the fact that the AGCM is located in Rome, in the region of Lazio.

⁸ Other administrative, independent authorities are involved in the proceedings concerning the assessment of the unfairness of commercial practices, like the Italian Communications Regulatory Authority (AGCOM). As concerns the relationship and distribution of competences and powers among them see: C. AMATO, G. COMANDÉ, *Unfair Commercial Practices: The Italian Implementation*, in press.

(inertia selling of financial services), as amended by Art. 15 of the UCPD. As regards the scope, the original implementation of the UCPD has been subsequently modified by two main legislative interventions. The first is a statutory instrument (D.Lgs. 23 October 2007, no. 221), that introduced the right to lawful commercial practices among the fundamental consumer rights listed at It. Cons. Code Art. 2, para. 2, letter *c-bis*. The second is Article 7, para. 1, Decree Law 24 January 2012, no. 1, that has broadened the traditional definition of consumer, as restated in the UCPD at Article 2 (a), that is «*natural person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession*». Article 18 It. Cons. Code, letter *d-bis* has in fact extended to Small and Medium Enterprises (so-called “micro-imprese”, SMEs) the scope of the discipline concerning misleading and aggressive commercial practices. Whereas small enterprises are – according to the above-quoted provision: «any partnership, company or association running an economic activity through whatsoever legal form, as individual or family enterprise, having less than 10 employees and an annual gross turnover (or an annual balance sheet) not exceeding €2,000,000»⁹. On the other hand, according to Article 19, para. 1, It. Cons. Code¹⁰ for any controversy concerning misleading and comparative advertising, SMEs would be exclusively subject to the special discipline as provided in D.Lgs. no. 145/2007.

It is worth underlying that in the Italian implementation of the UCPD the areas covered by the discipline of unfair commercial practices include after-sale services¹¹ (within this category, debt collection conducted through personal visits outside the consumers' premises is also submitted to the AGCM's jurisdiction¹²), unfair practices concerning immovable-related and financial contracts. The areas not covered by the unfair practice discipline include cases where traders would buy products from consumers. Nevertheless, in certain markets sectors it is not uncommon that consumers

⁹ This statutory national definition complies with the Commission Recommendation of 6 May 2003, no. 361, Annex, Article 2 para. 2: S. ORLANDO, *L'estensione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e “microimprese”*, in G. Vettori (ed.), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, vol. I, cit., 2013, p. 181 ff.

¹⁰ As modified by Law 24 March 2012, no. 27.

¹¹ AGCM, PS1268, Judgment no. 20266, 3 September 2009; PS1700 Judgment no. 20349, 1 October 2009. In these cases, mobile phone operators (Tele2, Telecom) were fined because their after-sale systems did not provide consumers with easy measures apt to facilitate the migration from one operator to another.

¹² AGCM, PS9042, Judgment no. 24763, 22 January 2014: a tax agency was fined for the misleading and aggressive threatening of the enforcement of payments of debts.

exchange second-hand products or spare parts of a product with a trader, and purchase from the latter a different good. This is the case especially in the market of motor vehicles, bikes and cars. In such circumstances, the UCPD shall apply¹³.

In compliance with the UCPD (Recitals 7, 9) and the CJEU interpretation, health, safety protection, commercial communication aimed at investors, taste and decency are also excluded¹⁴. This is the same as regards measures protecting exclusively competitors' interests (Recital 6)¹⁵, thus confirming the European policy of drawing a line between unfair commercial practices and unfair competition.

3. Before the CJEU: When a Commercial Practice (or Omission) can be Classified as 'Misleading' according to Italian courts

Article 6(1) UCPD (Misleading Actions, corresponding to Art. 21, para. 1, It. Cons. Code) reads: «A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, *deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct*, in relation to one or more of the following elements, and in either case *causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise*».

The Italian enforcement authorities have ruled on a significant amount of cases on the grounds of misleading practices and misleading omissions¹⁶,

¹³ See Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Commission Staff Working Document, Brussels, 25 May 2016 SWD (2016) 163 final, at 1.1.2., 8.

¹⁴ Case C-559/11, *Pelckmans Turnhout NV*, 4 October 2012, ECLI:EU:C:2014:304; Case C-540/08 *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v "Österreich"-Zeitungsverlag GmbH*, 9 November 2010 ECLI:EU:C:2010:12.

¹⁵ C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft* 14 January 2010 ECLI:EU:C:2010:12: according to the Court, the UCPD must be interpreted as precluding national legislation, such as that at issue in the main proceedings, which provides for a prohibition in principle, without taking account of the specific circumstances of individual cases, of commercial practices under which the participation of consumers in a prize competition or lottery is made conditional on the purchase of goods or the use of services; Case C-343/12, *Euronics*, para. 31, Order of 7 March 2013 (same dictum); Case C-288/10 (*Wamo*), para. 40, Order of 30 June 2011; Case C-126/11 (*Inmo*), Order of 15 December 2011, para. 29.

¹⁶ In particular, during the years 2009-2014 summing up misleading actions and misleading omissions concerning prices (let. c) arts. 6 and 7 UCPD), the total number of Italian cases amounts to 214 cases during the period indicated in text. These numbers are pro-

especially concerning price, as one of the most relevant elements art. 6(1) refers to: see let. d) art. 6(1), let. c), art. 7(1)¹⁷, and the “black list”, Annex I n. 5¹⁸. It is important to underline that such decisions determine the consumer’s transactional distorted economical behaviours, involving pre- and post- purchase choices, and they may neither have a direct impact on consumers’ legal rights, nor involve legal issues. To enter into a shop, to click on a website, to withdraw from a contract or to terminate it, to switch/not to switch to a different service provider: the genesis of such choices – and their proximity to the unfair commercial practice – belongs to the sphere of neuroscience, or behavioural economic studies,¹⁹ or better to experimental social psychology on influencing techniques²⁰. This is why we may define

vided by a UCP Database jointly created and run by the Liderlab, within the “S.S.S.U.P. S. ANNA” (Pisa), and the University of Brescia. It contains the decisions of the Italian (administrative and judiciary) Authorities: these data are freely available, without third party rights infringement. The UCP database stocks 849 cases, corresponding to all the case law available on official databases of the Italian jurisdictions involved (AGCM, T.A.R., Consiglio di Stato), over the years 2009–2014.

¹⁷ Among the elements listed in Art 6(1), information on prices are one of the most relevant: «the price or the manner in which the price is calculated, or the existence of a specific price advantage» (Article 6, letter (d)); «In the case of an invitation to purchase, the following information shall be regarded as material, if not already apparent from the context: c) the price inclusive of taxes, or where the nature of the product means that the price cannot reasonably be calculated in advance, the manner in which the price is calculated, as well as, where appropriate, all additional freight, delivery or postal charges or, where these charges cannot reasonably be calculated in advance, the fact that such additional charges may be payable».

¹⁸ Annex I, no. 5: «Making an invitation to purchase products at a specified price without disclosing the existence of any reasonable grounds the trader may have for believing that he will not be able to offer for supply or to procure another trader to supply, those products or equivalent products at that price for a period that is, and in quantities that are, reasonable having regard to the product, the scale of advertising of the product and the price offered (bait advertising)».

¹⁹ See in particular: D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, 47, 1979, pp. 263–291; C.R. Sunstein (ed.), *Behavioural Law and Economics*, Cambridge, Cambridge University Press 2000 (Cambridge Series on Judgment and Decision Making); R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, London, 2008; R.B. KOROBKIN, T.S. ÜLEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 88, 2008, p. 1051 ff.

²⁰ The connection to economic behaviour refers to the notion of ‘sub-conscious influence’ analysed by specific branches of psychology (J. FREEDMAN, S. FRASER, *Compliance without Pressure: The Foot-in-the-Door Technique*, in *J Pers. Society of Psychology*, 1966, pp. 195–202; R. CIALDINI, *Influence: The Psychology of Persuasion*, New York, 2007) and neuromarketing (P. RENVOISÉ, C. MORIN, *Neuromarketing: Understanding the ‘buy button’ in Your Consumer’s*

as extra-normative the process leading to a transactional decision, described by the legislature with the expression «is likely to». At a first stage, the law requires to detect commercial negligent behaviours, or to encourage virtuous conducts: the normative concept of professional diligence serves this need. At a second stage, the law explores the effects that an unfair practice may have on the average consumers' transactional decisions. The scientific and extra-normative notion of economic behaviour serves the latter need. This is why article 5(2) UCPD requires national enforcement authorities to assess both *in concreto* the facts and circumstances of each single case, and *in abstracto* the impact of certain practices on the transactional decision of the average consumer («a commercial practice shall be unfair if [...] it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour [...] of the average consumer whom it reaches»)²¹. Coherently, article 6(1) UCPD proposes two steps of the decision-making process which both belong to the scientific/psychological aspect of commercial behaviour: the formation of a deceived consent, leading to a distorted transactional decision.

This is the implied reasoning adopted by the AGCM in the cases concerning misleading practice/omissions related to prices. Hence, the Italian enforcement authority has preferred the assessment *in abstracto* of the impact of misleading practices and omissions. Therefore, the judicial syllogism usually adopted in these cases by the AGCM reads as follows: a deceptive practice/omission distorts, or is likely to distort, the commercial behaviour by inducing consumers to take a transactional decision that they would not have taken otherwise; therefore, such a commercial practice is contrary to professional diligence. This reasoning firstly implicitly admits a broad scope of the concept of «transactional decision» for the purposes of Article 2(k) of Directive 2005/29 (that includes consumers' pre- and post-purchase extra-normative choices) and secondly, a cumulative interaction between false information or consumer's deception and the transactional decision that the consumer would not have taken otherwise. This argument was eventually adopted by the AGCM in a famous case²², appealed to the supreme administrative jurisdictional court, Consiglio di Stato, which decided to stay proceedings and to refer to the CJEU for a preliminary

Brain, Thomas Nelson, Nashville, 2007). On the relevance of social psychology on EU law and UDCP over behavioural economics, see A.L. SIBONY, *Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive*, cit., p. 917.

²¹ Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Commission Staff Working Document, Brussels, 25.5.2016 SWD (2016) 163 final at 2.4, 40.

²² AGCM 29.01.2009, PS 1434, *Provvedimento* n. 19447.

ruling²³. The answer provided by the CJEU²⁴ in *Trento Sviluppo s.r.l. Centrale Adriatica Soc. Coop. Arl v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* clearly abides by the interpretation originally adopted by the AGCM in the Italian case (and restated in cases subsequently ruled by the same Authority), also confirmed by the Italian administrative court (T.A.R.) in the case at issue. According to the European judges, «in order to achieve a high level of consumer protection, Directive 2005/29/EC establishes a general prohibition of unfair commercial practices that distort consumers' economic behaviour. Consequently, for a commercial practice to be classified as "misleading" for the purposes of Article 6(1) of Directive 2005/29/EC, the same must *inter alia*, be likely to cause the consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise» (paras. 32, 33). In addition, the reasoning of the CJEU is completed by the meaning of «transactional decision» (as defined by art. 2, let. K Directive

²³ The question referred to the CJEU by the Italian Consiglio di Stato was: «Is Article 6(1) of Directive 2005/29/EC, as regards the part in which the Italian-language version uses the words "*e in ogni caso*", to be understood as meaning that, in order for the existence of a misleading commercial practice to be established, it is sufficient if even only one of the elements referred to in the first part of that paragraph is present, or that, in order for the existence of such a commercial practice to be established, it is also necessary for the additional element to be present, that is to say, the commercial practice must be likely to interfere with a transactional decision adopted by a consumer?».

²⁴ Case C-281/12, 19 December 2013 (cit. fn 4). The case involved a special promotion, launched in March 2008 by *Centrale Adriatica* in a number of COOP Italia brand outlets, as part of which a number of products, among which laptops, were put on offer at attractive prices (the advertising leaflet indicated «Reductions of up to 50% and many other special offers»). A consumer complained to the AGCM that the commercial announcement was in his view inaccurate because, when he went to the supermarket in Trento during the validity period of the promotion, the IT product in question was not available, notwithstanding the ongoing promotion. Following that complaint, the AGCM initiated proceedings against *Trento Sviluppo* and *Centrale Adriatica* for unfair commercial practices within the meaning of Articles 20, 21 and 23 of Legislative Decree No 206 of 6 September 2005 on the Consumer Code. Those proceedings culminated in the adoption, on 22 January 2009, of a decision imposing a fine on both *Centrale Adriatica* and *Trento Sviluppo* on the ground that: «Avuto riguardo agli aspetti essenziali e/o alle informazioni relative ai prodotti offerti dal professionista, il caso in esame appare, pertanto, costituire un'ipotesi di pratica commerciale scorretta[...] nella misura in cui è contraria alla diligenza professionale ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta ...». This ruling implies that the latter condition (diverting the consumer's transactional decision) is *additional* to the two alternative conditions laid down in the first part of the introductory section – that the information presented must be false or must be likely to deceive the consumer. Both companies contested that decision before the Lazio Regional Administrative Court ("T.A.R."), which in turn dismissed both actions.

2005/29), interpreted in a broad sense so as to include «not only the decision whether or not to purchase a product, but also the decision directly related to that decision, in particular the decision to enter the shop». That is, as in the Italian AGCM rulings, an important role is recognised to extra-normative factors, whose meaning and scope must be explored also in the light of social behaviours.

4. *The Experts' Advice: the Italian Courts Ignore the CJEU's Opinion*

As illustrated above, Article 5(2) UCPD requires national enforcement authorities to assess both the facts and circumstances of each single case *in concreto*, and the impact of certain practices/omissions on the transactional decision of the average consumer, *in abstracto*. More in detail: the UCPD provisions concerning the consumer's economic behaviour always refer to both normative definitions («deceives»/«distorts»/«impairs», or «causes»), useful to value facts and circumstances, and extra-normative definitions («is likely to» or «is likely to cause»)²⁵, necessary to weigh extra-normative circumstances, that is behaviours and choices whose *rationale* can be explained by resorting to experimental sciences. In the last instance, the best way to assess these extra-normative circumstances is for a court to relate to the opinion of an expert in social, economic or psychologic behaviours. This is a very modern approach adopted by the European legislator, endorsed by the CJEU in two famous cases. In the first one, *Gut Springheide GmbH v Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*²⁶, the German Federal Administrative

²⁵ Thus: Article 5(2)(b), provides that a practice is unfair if «it materially *distorts or is likely to* materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches»; article 6(1) (echoed by article 7(1) on misleading omissions), provides that «a commercial practice shall be regarded as misleading if it [...] *deceives or is likely to deceive* the average consumer [...], and in either case *causes or is likely to cause* him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise»; Article 8 provides that «a commercial practice shall be regarded as aggressive if, in its *factual context*, taking account of all its features and circumstances, [...] it significantly *impairs or is likely to significantly impair* the average consumer's freedom of choice or conduct with regard to the product and thereby *causes him or is likely to cause him* to take a transactional decision that he would not have taken otherwise».

²⁶ CJEU, C-210/96 *Gut Springheide and Tusky* [1998] ECR I-4657, paras. 31, 35, 36 and 37: the case concerned the description «six-grain — 10 fresh eggs»: the German administrative Court of appeal ruled that the package labels were likely to mislead a significant proportion of consumers in that they implied falsely that the feed given to the hens is made up exclusively of the six cereals indicated, and that the eggs have particular

Court asked the CJEU which is the proper test to apply in order to assess whether statements designed to promote sales are likely to mislead the purchaser: the view of the informed average consumer, or that of the casual consumer. Although the Court confirmed a well-established law²⁷, according to which the Court took into account the presumed expectations of an average consumer who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, it also stated that «[...] However, Community law does not preclude the possibility that, where the national court has particular difficulty in assessing the misleading nature of the statement or description in question, it may have recourse, under the conditions laid down by its own national law, to a consumer research poll or an expert's report as guidance for its judgment».

In the second case, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG v. Lancaster Group GmbH*²⁸, the CJEU again dealt with the notion of the «average consumer», that is: whether in a certain State a consumer ought not to expect a cosmetic cream whose name incorporates the term «lifting» to produce lasting effects. According to the Court: «it is for the national court — *which may consider it necessary to commission an expert opinion or a survey of public opinion in order to clarify whether or not a promotional description or statement is misleading* — to determine, in the light of its own national law, the percentage of consumers misled by that description or statement which would appear to it sufficiently significant to justify prohibiting its use».

As regards the Italian enforcement authorities, I have already suggested that, as a general trend, they prefer the assessment *in abstracto* of the impact of certain practices, insisting on the distortion of the consumer's behaviour and his transactional decisions neither caused by factual circumstances,

characteristics.

²⁷ Case C-362/88 *GB-INNO-BM* [1990] ECR I-667; Case C-238/89 *Pall* [1990] ECR I-4827; Case C-126/91 *Yves Rocher* [1993] ECR I-2361; Case C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb* [1994] ECR I-317; Case C-456/93 *Langguth* [1995] ECR I-1737. In particular, in Case C-470/93 *Mars* [1995] ECR I-1923 and Case C-373/90 *X* [1992] ECR I-131, paras 15 and 16, the Court held, *inter alia*, that it was for the national court to ascertain the circumstances of the particular case.

²⁸ CJEU Case C-220/98: *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co.* ECLI:EU:C:2000:8. This case concerned misleading advertising and the interpretation of articles 1 and 2(2) of Directive 84/450/EEC. In the proceedings against the Lancaster group, Esté Lauder argued that the term «lifting» used as a name of a cosmetic product is misleading «because it gives purchasers the impression that use of the product will obtain results which, above all in terms of their lasting effects, are identical or comparable to surgical lifting, whereas this is not the case so far as the cream in point is concerned». Therefore, according to Esté Lauder, the product could neither be imported nor marketed in France.

nor involving legal issues. Hereinafter I will give evidence of this statement by quoting some data on the AGCM's judgements delivered according to specific provisions of the UCPD between 2009 and 2014, selected by the UCP database (cf fn 16).

A first set of cases (193) concerns transactional decisions involving article 6(1)(d) on misleading actions and article 7(4)(c) on misleading omissions in relation to the price, or the manner in which the price is calculated (corresponding respectively to article 21, para. 1, letter d), and article 22, para. 4, letter c) It. Cons. Code). 177 out of 193 cases were ruled based on extra-normative criteria, (probably) based on social influence²⁹.

A second set of cases refers to Article 6(1)(f) UCPD, (corresponding to Article 21 para. 1, letter f, It. Cons. Code), regarding a misleading commercial practice that contains false information, and is untruthful in relation to «the nature, attributes and rights of the trader or his agent, such as his identity and assets, his qualifications, status, approval, affiliation or connection and ownership of industrial, commercial or intellectual property rights or his awards and distinctions». With reference to the above-mentioned provision, the UCP database has sorted out 30 cases³⁰. Out of these 30 cases, extra-normative criteria only (*is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct; is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise*) are expressly quoted in the judgments. These data confirm that the assessment *in abstracto* has prevailed in the courts' judgments, although no expert's opinion had been sollecited by the Italian regulatory authority.

A third set of cases refers to Art. 7(2) UCPD (corresponding to Art. 22,

²⁹ In particular, the text refers to the six «channels of influence» classified by: R. CIALDINI, *Influence: The Psychology of Persuasion*, Harper Collins, New York 2007. Among them, *commitment* is the most important: it has nothing to do with the legal notion of agreement; it rather describes the link between one first action we decide to take and our natural drive to consistency. This 'channel of influence' explains why once we take an action we tend to prefer subsequent acts coherent with the first action. This tendency can be easily reinforced by marketing experts through simple strategies, like filling a form, or giving consumers the impression of freedom of choice: N. GUÉGUEN, A. PASCUAL, *Evocation of Freedom and Compliance: The "But You Are Free of..." Technique*, in *Current Research in Social Psychology*, 5, 2000, pp. 56–59; ID., *La technique du 'vous êtes libre de ...': induction d'un sentiment de liberté et soumission à une requête ou le paradoxe d'une liberté manipulatrice*, in *Revue Internationale de Psychologie Sociale*, 15, 2002, pp. 51–80; ID., *Improving the Response Rate to a Street Survey: An Evaluation of the "But You Are Free to Accept or to Refuse" Technique*, in *The Psychological Record*, 55, 2005, pp. 297–303.

³⁰ For all of the 30 cases, courts would also include in their argument the infringement of Article 7(1) UCPD (corresponding to Art. 22, para. 1, It. Cons. Code), thus equalizing a (misleading) practice to a (misleading) omission in the cases at stake.

para. 2, It. Cons. Code), a provision concerning of misleading omission referred to the traders' activities: «It shall also be regarded as a misleading omission when, taking account of the matters described in paragraph 1, a trader hides or provides in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely manner such material information as referred to in that paragraph». The UCP database has sorted out 35 cases. Among them, once again the *minority* refer to the normative criteria (9 cases), while the *majority* (26 cases) refer to extra-normative criteria, though the judgement was not submitted to expert's opinion, nor based on experimental studies.

Lastly, the same observations can be made with reference to aggressive commercial practices (Articles 8 and 9 UCPD, corresponding to Articles 24 and 25 It. Cons. Code). The UCP database has selected 70 cases. Out of 70 cases, only 5 of them refer to a normative criterion («*it causes*»), while the remaining 65 are based on an extra-normative criterion («*are likely to cause* the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise»).

None of the above-mentioned judgements were submitted to an expert's opinion or based on experimental studies. In the end, they are based on the following legal syllogism: a deceptive practice is likely to distort the commercial behaviour by inducing consumers into errors, or by preventing them from making a free and efficient choice; therefore, it is contrary to professional diligence. The weakness of this syllogism lies in its major premise: the qualification of a practice as deceptive, without recourse to an expert's report on behavioral economics or neuroscience³¹. My argument is that inferring professional negligence from the qualification of a practice as deceptive may be tautological, or it may eventually frustrate the normative *rationale*, unless judges take into account the non-legal definition of distortion, by referring to consumer's research polls or to the expert's opinion, as the CJEU has tried to foster.

5. Beyond the CJEU: the Notion of the Average Consumer in the Italian Courts

In the UCPD, the standard of diligence is tailored not only to the economic behavioural standard, but also to the “average consumer”.

³¹ On the importance of the expert opinions on behavioral economics and neuroscience, see: J. TRZASKOWSKI, *Behavioral Economics, Neuroscience, and the Unfair Commercial Practices Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, p. 384.

As defined by the European legislature³² and the CJEU³³, the average consumer's definition is not based on a statistic standard but on a qualitative standard that does not take into consideration the weak and vulnerable consumer, but the educated and diligent one (in this sense, see also recital 18 UCPD). Moreover, according to the CJEU, a commercial practice may be misleading in one country but not in another, owing to social, cultural or linguistic factors³⁴. Although in the UCP database 556 judgements (out of 849) explicitly mention the "average consumer", Italian case law does not deal with the definition in the ground of the decisions. This notion has been interpreted by the Italian administrative authority³⁵ as referred to the average (Italian) consumer within a defined commercial context, since the information asymmetry is so deep that it would be impossible for the "average" consumer to bridge it. Therefore, in specific commercial contexts, the consumer cannot be classified as "average", but as "vulnerable"³⁶. Summing up: according to the Italian regulatory and administrative

³² Art. 2 (1)(b) UCPD.

³³ Case C-210/96 cit., para. 31. Case C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koln e.V. v Mars GmbH* [1995] ECR I-01923, para. 24. See previously Case C-220/98, cit., opinion of Advocate General Fennelly, para. 28; Case C-99/01 *Criminal proceedings against Gottfried Linhart and Hans Biffl* [2002] ECR I-09375, para 35.

³⁴ Case C-220/98, para. 29. Consequently: «A prohibition of marketing on account of the misleading nature of the trade mark is not, in principle, precluded by the fact that the same trade mark is not considered to be misleading in other Member States»: Case C-313/94 *Flli Graffione SNC v Ditta Fransa* [1996] ECR I-06039, para. 22. Nevertheless, in a more recent case, the CJEU has recognised for the first time that correct and complete information provided by the list of ingredients on packaging, although it is in accordance with the labelling of foodstuffs directive, may constitute misleading advertising, and it is up to the referring national court to assess whether the consumer has been actually misled: CJEU 4 June 2015, Case C-195/14, *Bundesverband der Verbraucherzentralen e. a. vs. Teekanne GmbH*, ECLI:EU:C:2015:361, para. 40, 41, 43; CJEU 26 October 2016, Case C-611/14, *Canal Digital Danmark*, para. 43, 44, ECLI:EU:C:2016:800.

³⁵ TAR Lazio, Sez. I, 29 March 2010, no. 4931; TAR Lazio 19 May 2010, no. 12364; TAR Lazio, Sez. I, 18 January 2011, no. 449; TAR Lazio, Sez. I, 25 March 2009, no. 3722; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 June 2011, no. 3511; *Consiglio di Stato*, Sez. VI, 20 July 2011, no. 4391; TAR Lazio, Sez. I, 1 February 2011, no. 894; AGCM 11 January, 2006, no. 15104 (PI4927).

³⁶ M. FRIANT-PERROT, *The Vulnerable Consumer in the UCPD and Other Provisions of the EU Law*, in W. Van Boom, A. Garde, O. Akseli (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2014, p. 89 ff.

courts³⁷, the average educated consumer does not exist³⁸. Thus, in one case³⁹ – concerning aggressive commercial practices in the field of insurance contracts – the regulatory authority has clearly ruled that «in determining whether a practice can unduly influence the consumers' will, a decisive role is played by the standard of care, competence and fairness that the average consumer of insurance services legitimately expects from the professional». In other words, the diligence and education of the “average consumer” is embedded into the segment of the market where the commercial practice has taken place. This also means that the average consumer's diligence is – as a matter of fact – weighed against measured onto the professional standard of diligence⁴⁰.

³⁷ B.B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, 2015, p. 135: «In general, the AGCM does not regard the average consumer as particularly informed, observant and circumspect». See also: C. ALVISI, *The Reasonable Consumer under European and Italian Regulations on Unfair Business-to-Consumer Commercial Practices*, in G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (eds), *Reasonableness and the Law*, 86 Springer 2009 (Law and Philosophy Library); R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution*, in 30 *Consumer Policy*, 2007, pp. 21–38.

³⁸ More clearly, TAR Lazio has admitted that the average consumer does not exist: TAR Lazio, Sec. I, 3 March 2004, no. 2020. Everybody – but the CJEU – seems to agree on that. *Ex plurimis*: B.B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, 2015, pp. 236–7: pre-existing knowledge, involvement, culture, play a significant role in consumer behaviour. For a stricter view, see A.L. SIBONY, *Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive*, cit.: «As a standard for consumer protection, the average consumer standard may score less well, as the real average consumer might more aptly be described as reasonably overwhelmed, distracted, and impatient» (p. 904).

³⁹ AGCM, 19 March 2009, PS 317 no. 19655. In the case at stake, following the takeover of an insurance company that provoked several withdrawals from the insurance contracts opted by consumers, the insurance company sent to consumers who exercised the right of withdrawal notices of expiration of the policy, together with payments slips. . According to the AGCM: «The practice into account is aggressive because it is likely to mislead the average consumer of insurance services as regards his/her right of withdrawal or cancellation, or about the temporal extent of his/her commitments. Such an error can lead a consumer to take an economic decision inconsistent with the cancellation of the insurance contract. Therefore, the commercial practice is improper as it infringes the professional diligence, and it is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer. In particular, the improper practice is aggressive insofar as the trader imposes to consumers an onerous non-contractual barrier where a consumer wished to exercise the right to terminate a contract».

⁴⁰ The same conclusion seems to be reached by B.B. DUIVENVOORDE, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, 2015: «The reasoning seems to be [...] that the trader is responsible for providing clear information rather than

6. *Pas de deux with the CJEU: Professional Diligence as a Theoretical Safety Net*

As stated in para. 1, in the UCPD the standard of professional diligence is a general clause whose function is to provide the national authorities in charge of evaluating the professional's behaviour with a standard capable of striking a balance between the opposite interests of professionals and consumers. This is why the general principle of unfairness expressed in the law consists of two *cumulative* criteria: the standard of professional diligence itself, tailored to the commercial area which the professional belongs to; *and* whether the commercial practice *materially* distorts, or is *likely to materially distort*, the economic behaviour of the average consumer⁴¹ (Article 5, para. 2).

In the European debate, the general standard of professional diligence is considered as a fundamental rule, whereas the special rules (misleading and aggressive practices, whether in their general meaning or as codified in the blacklists) are specific applications of the general principle.⁴² Accordingly, the standard of professional diligence represents a residual criterion (a "safety net"), to be applied only where there is no codified practice⁴³.

the consumer being responsible to critically assess the statements, and to ascertain more concerning the products or claim» (p. 137).

⁴¹ See accordingly: "First Report on the application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market", Brussels 14.3.2013 COM(2013) 139 final, at. 3.3.1., 12.

⁴² CJEU Joined Cases C-261/07 and C-299/07 *VTB-VAB and Galatea* [2009], paras 54-55; Case C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, 19 September 2013, para. 40; Case C-388/13, *UPC*, 16 April 2015, paras 61- 63. T.H. WILHELMSSON, *Misleading Practices*, in *European Fair Trading Law*, Ashgate, 2006, p. 124; J. STUYCK, E. TERRY, T. VAN DYCK, *Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business to Consumers Commercial Practices in the Internal Market*, in 43 *Common Market L. Rev.*, 2006, pp. 132-134; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari*, in P. Genovese (ed.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette, Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/Ce*, Padova, 2008, p. 30 ff.; A. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali scorrette e il principio di trasparenza nei rapporti tra professionisti e consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1427 ff.

⁴³ H-W. MICKLITZ, *The General Clause of Unfair Practices*, G. Howells, H.W. Micklitz, T. Wilhelmsson (eds), *European Fair Trading Law*, London & New York, 2016, p. 119 ff.; L. GONZALES VAQUE, *La directive 2005/29/Ce relative aux pratiques commerciales déloyales: entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche d'une harmonisation complète*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2005, p. 796. See also First Report on the application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market', Brussels 14.3.2013 COM (2013) 139 final, at. 3.3.1., 13. Confirmed by the Guidance on the Implementation/

It is true, though, that a misleading or aggressive practice, which materially distorts, or is likely to materially distort, the transactional decision of the average consumer is unfair *per se*: this means that consumers do not need to provide evidence of the infringement of the professional diligence. Thus, according to the CJEU in the case *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*⁴⁴: «In the light of all the foregoing considerations, the answer to the question referred is that the Unfair Commercial Practices Directive must be interpreted as meaning that, if a commercial practice satisfies all the criteria set out in Article 6(1) of that directive for being categorised as a misleading practice in relation to the consumer, it is not necessary to determine whether such a practice is also contrary to the requirements of professional diligence as referred to in Article 5(2)(a) of the directive in order for it legitimately to be regarded as unfair and, therefore, prohibited in accordance with Article 5(1) of the directive». The *rationale* underlying this argument is clearly explained further on in the judgement: «The interpretation above is the only one capable of preserving the effectiveness of the specific rules laid down in Articles 6 to 9 of the Unfair Commercial Practices Directive. Indeed, if the conditions for the application of those articles were identical to those set out in Article 5(2) of the directive, those provisions would have no practical significance, even though they are intended to protect the consumer from the most common unfair commercial practices».

This interpretation leads national courts to assess, in the first place, the misleading or aggressive character of a practice, starting from the black list; where this control does not disclose any misleading or aggressive practice, then the national judge can verify whether the requirement of professional diligence has been complied with⁴⁵. This is meant to be an approach favour-

Application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Commission Staff Working Document, Brussels, 25.5.2016 SWD (2016) 163 final, at p. 3, p. 54 ff.

⁴⁴ Case C-435/11, 19 September 2013, at paras 33-44, 45, 46-48. In its English-language sales brochure for the 2012 winter season, Team4 Travel, the defendant before the referring court, had described certain accommodation establishments as “exclusive”, that is they could not, on the specified dates, be offered by another tour operator. Although when the contracts were concluded, the director of Team4 Travel had checked with those establishments that no pre-bookings had been made by other tour operators, the hotels in question were in breach of their contractual obligations to Team4 Travel. Therefore, the information rendered in the English-language brochure was false. Summarising, this is sufficient to consider the commercial practice of Team4 Travel as unfair and, therefore, prohibited in accordance with Article 5(1) of the UCPD. The ruling has been restated in Case C-388/13, *UPC*, 16 April 2015, paras 61-63. See also Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Commission Staff Working Document, Brussels, 25.5.2016 SWD (2016) 163 final, at 3.2, 54-55.

⁴⁵ Thus, the Advocate General Wals in his opinion in CJEU 19 Sep. 2013, C-435/11, *CHS*

ing more specific rules (contained in the blacklist) and then progressing towards more general rules (like misleading practices and omissions, aggressive practices) and eventually applying the general clause of diligence (the “safety net”). Such an approach would avoid judgements based on generic normative definitions, in favour of decisions connected to experimental social studies, and it corresponds to the Italian courts’ view on the application of the standard of diligence to Italian cases. Commercial practices are, indeed, judged as unfair either because they are misleading or because they are aggressive, and in both instances these practices are implicitly regarded as contrary to the standard of diligence, within the limits of the law (that is: provided that they materially distort, or they are likely to materially distort, consumers’ economic behaviour). The UCP database confirms that, out of 849 cases dealt with between 2009–2014, there are no judicial arguments based on the ‘safety net’ of diligence alone. On the contrary, misleading or aggressive practices, also as classified in the blacklists, are implicitly or expressly defined as «contrary to the required diligence of the case».

Hereunder I propose four samples of judgements, covering the 2009–2012 period: the first two cases are taken from misleading practices; the last two sets are taken from aggressive commercial practices.

- i) In one of the cases a consumer reported a goods retailing company, whose commercial practice consisted in promoting some products within the commercial premises (“Carrefour”) during a limited period (November 22–24) without making such products available to customers. According to the AGCM: «Such practices are misleading – and therefore contrary to the standard of professional diligence – because they are likely to materially distort the economic choices of consumers. In fact, they refer to aspects of essential information on the products offered by inducing consumers into error in their choices or by preventing the adoption of a

Tour, para. 29: «Yet the fact that the Directive does not grant the freedom to make the application of Article 6 subject to additional criteria does not mean that there is no room left for manoeuvre. As the Swedish Government points out, the Directive does not preclude a national court from determining, on a case-by-case basis, first, whether a contested commercial practice falls to be characterised as “misleading” or “aggressive” under Articles 6 to 9 of the Directive, failing which; second, whether the general conditions under Article 5(2) are met. Indeed, the Directive would appear to favour a ‘top-down approach’, that is to say, an assessment which begins with the blacklist, followed by the provisions on misleading or aggressive practices, and ending with the general clause. If one of the first steps indicates the existence of an unfair commercial practice, there will be no need to proceed to the next step, as the contested practice would in any event have to be regarded as unfair». See, accordingly: CJEU 3 April 2014, Case C-515/12, *4Finance*, para. 32. G. HOWELLS, G. STRAETMANS, *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, issue 2, 2017, E-195.

conscious business decision».⁴⁶

- ii) Three years later, a case brought by the Italian public Broadcasting service (RAI, "Radiotelevisione Italiana") against another professional was settled according to the same reasoning. In such case, a message promoting a singing event was published on the website of an advertising company, allegedly aiming at the selection of young talents who were expected to take part in a final "Grand Gala" event. The abovementioned website reported the brand "RAI" on each page, and it stated that the "Grand Gala" event would have been broadcasted on the TV channel RAI2. According to the plaintiff (RAI), such advertising message conveyed misleading information concerning the main characteristic of the sponsored event. In particular: «The advertisement in question is likely to materially mislead consumers and to jeopardize their economic behaviour because, contrary to the truth, it promises a cooperation with RAI in the setting of the final 'Grand Gala' event. *Therefore, the spreading of this message infringes the requirement of professional diligence*»⁴⁷.
- iii) In a case concerning aggressive commercial practices⁴⁸, the issue was raised following the takeover of an insurance company that determined several withdrawals from the insurance contracts entered into by consumers. In particular, the commercial practice carried out by the insurance company against consumers who exercised their right of withdrawal consisted in sending - to the insured person's address - notices of expiration of the policy, together with payment slips. According to the AGCM: «The practice at issue is aggressive because it is likely to mislead the average consumer of insurance services as regards his/her right of withdrawal or cancellation, or about the temporal extent of his/her commitments. Such an error can lead a consumer to take an economic decision which is other than the cancellation of the insurance contract. *Therefore, the commercial practice is improper as it infringes the professional diligence*, and it is likely to materially distort the economic behaviour of the average consumer. In particular, the improper practice is aggressive insofar as the trader imposes on consumers an onerous non-contractual barrier where a consumer wishes to exercise the right to terminate a contract»⁴⁹.
- iv) Three years later, a similar case was ruled on by the AGCM. The

⁴⁶ AGCM 8 January 2009, no. 19394.

⁴⁷ AGCM, 4 May 2011, no. 22738.

⁴⁸ *Consiglio di Stato*, Adunanza Plenaria, 11 May 2012, no. 14; PS8215, decision no. 24117 of 12 December 2012.

⁴⁹ AGCM, 19 March 2009, no. 19655.

professional was active in the area of telephone services and internet access: the commercial practice consisted in hindering the consumers' right of withdrawal and in omitting to provide consumers with clear, accurate and detailed information on how the same should be exercised. Moreover, the professional continued charging consumers with changed rates and sent them invoices even months after they had exercised their right of withdrawal. The AGCM ruled: «As regards the assessment of manifest impropriety of the professional's commercial practices, it is sufficient to say that, according to article 26, letter f, It. Cons. Code, among the aggressive practices listed in the blacklist there are commercial conducts consisting in imposing on consumers immediate or deferred payments for services not solicited by the consumers. *Moreover, the behaviour of the professional infringes the standard of diligence* because the professional should have adopted all the measures and initiatives appropriate to ensure a sufficiently accurate management of the consumers' requests for withdrawal»⁵⁰.

As regards the meaning of the standard of diligence, it is worth underlying that it partially matches the definition provided by the Italian Civil Code with respect to contractual liability⁵¹. In the UCPD (Article 2(h)), as well as in the Italian implementation (article 18, para. 1 letter h), it refers to «the standard of special skill and care ... commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the trader's field of activity». In its essence, the standard of diligence refers to the professional expertise, whose main contents are "competence" and "care", as referred to a special business sector. Consequently, the more a business sector is regulated, the higher the standard of diligence that consumers can reasonably expect from professionals. This is true in particular for insurance contracts, contracts of carriage, digital services contracts. Besides, it is unlikely that this standard of diligence will have a

⁵⁰ AGCM, 14 February 2012, no. 23304.

⁵¹ According to the most relevant opinion in the Italian literature, the standard of diligence (strictly related to the theory of completion of contractual obligations) differs from fair dealing and good faith because the former is tailored to the very content and quality of the obligation assumed by debtor within the contract; whereas the latter, may also take into account interests and values not related to the content and quality of the promised obligation: U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1992, p. 460.

uniform implementation⁵², even within the CJEU's case law.⁵³

7. Final Remarks

The short overview of the dialogue between the CJEU and the Italian courts with reference to the UCPD allows some comments.

- a. *The CJEU confirms its role in interpreting European law, thus providing a crucial support to the harmonisation process. This is so even in the case of the UCPD, responding to a maximum harmonisation approach but characterised by the existence of several open norms ("average consumer", "professional diligence", "transactional decisions") that leave freedom to national courts and hence foster the interaction with the CJEU.*
- b. *The dialogue between the CJEU and the Italian regulatory and administrative authorities is not always consistent, as highlighted in paras. 3-4. Nevertheless, this inconsistency cannot be deemed to be a negative result, as it simply derives from the different roles played by the national courts and the European Court: the former are responsible for applying the general concepts in a given geographical and cultural context; the latter is responsible for interpreting them. Hence, in the case of how to classify a commercial practice (or omission) as "misleading", the Italian regulatory authority has anticipated a European interpretation which was soon after provided by the CJEU. The AGCM has opted for a cumulative interaction between false information, or consumer's deception, and the transactional decision that the consumer would not have taken otherwise, thus both courts confirm the application of the UCPD in the sense of avoiding the abuse of contractual power on the side of the trader. A fruitful dialogue is also evident as concerns the open norm re-*

⁵² B. KEIRSBILCK, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition law*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 275: «Nobody really knows what this concept means. In any event, it must be interpreted autonomously. There is a clear and urgent need for an autonomous Union interpretation. Meanwhile, national Courts and regulatory Authorities shall continue to interpret the professional diligence standard in compliance with their previous case law: renationalization»; H. COLLINS, *Harmonization by Example: European Laws Against Unfair Commercial Practices*, in 73 *Modern Law Review*, 2010, p. 98 ff.

⁵³ A. GARDE, *Can the UCP Directive Really Be a Vector of Legal Certainty*, W. Van Boom, A. Garde, O. Akseli (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, 2014, p. 112: according to the A., the CJEU has refused to give precise guidance, with the risk of "renationalizing" the notion. See Case C- 540/08 *Mediaprint*; Case C-206/11 *Kock*; Case C-122/10 *Ving*.

ferred to the average consumer: in this instance, the application of the notion by national courts beyond the definition of educated and diligent consumer⁵⁴ has led the CJEU to broaden its interpretation, by recognising a possible mismatch between complete information and a misleading practice (see fn 34). Lastly, it would certainly be desirable that the Italian courts follow the CJEU's opinion concerning the importance of the experts' report or consumer research polls in assessing the genesis of the consumers' transactional decisions and if any the deceptive nature of the information influencing consumers' choices. It is time to import science into the law, either through submission by the parties of the experts' reports into trials, or by training judges accordingly⁵⁵.

- c. The top-down approach enhanced by the CJEU favours specific rules contained in the blacklist, progressing towards more general rules such as misleading practices/omissions, aggressive practices/omissions, up to the controversial safety net of the professional diligence. Such a perspective enables to a case-by-case method that empowers national courts and limits the recourse to the general clause of professional diligence that would slow down the harmonisation process.

⁵⁴ G. HOWELLS, G. STRAETMANS, *The Interpretive Function of the CJEU and the Interrelationship with EU and National Levels of Consumer Protection*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, issue 2, 2017, E-205-207.

⁵⁵ In this sense, see A.L. SIBONY, *Can EU Consumer Law Benefit from Behavioural Insights? An Analysis of the Unfair Practices Directive*, cit., p. 939.

Diana Wallis

*Outside the Picture Frame?
The Case of the United Kingdom*

There is much about the relationship between the UK and the EU that makes the UK appear like the odd man out. However as with many things the reality is much more nuanced. UK lawyers and judges have perhaps for centuries acted like curious yet discerning jackdaws; selecting enticing and appropriate bits of law from many international sources and weaving them into their own work and the national legal heritage.

To strike an optimistic note it is therefore perhaps unlikely that Brexit, if and when it eventually happens will in any way curtail this internationalist judicial mind-set, indeed perhaps rather to the contrary it might be extended over wider international horizons. So if Brexit proceeds one might arguable say that the UK will be outside of the constraints of the EU picture frame but that will not mean at all that she will not be dipping in more than occasionally.

The starting point of this paper is to look back at a report produced by the author in the European Parliament in June 2008, now just over a decade ago, «On the Role of the National Judge in the European Judicial Order»¹. The report was produced, by the Legal Affairs Committee of the European Parliament, as a so-called “own initiative” report. The background to the Committee’s desire to investigate this area flowed from its annual task to produce the official Parliament report on the Monitoring of Community Law. Each year there was a growing sense that European law was not being employed at a national level as much as it should, sometimes doubtless due to lack of knowledge. There was a general sense that having put our national judges on the front line of European law as the ‘first judge’ we should make sure they were adequately supported in this task. To identify the necessary support it was of course first necessary to look at the experience of judges in the national context.

The report was quite a unique venture for the Parliament in that it

¹ European Parliament, *Report on the Role of the National Judge in the European Judicial System*, June 4 2008, accessed July 19, 2019, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2008-0224&language=EN>.

included an attempt to gather first hand data from national judges.

To this end a detailed survey was sent to all Member States during the second half of 2007 in order to hear from as many national judges as possible. More than 2300 judges responded to the survey and the results were published as an annex to the Parliament's report. The original questionnaire and some analysis of the results are attached to the report and warrant closer study. For simplicity it is perhaps worth setting out here the main findings highlighted at the beginning of the report which arose from the answers to the survey:

«—significant disparities in national judges' knowledge of Community law² across the European Union, with awareness of it being sometimes very limited,

— the urgent need to enhance the overall foreign language skills of national judges,

— the difficulties experienced by national judges in accessing specific and up-to-date information on Community law,

— the need to improve and intensify the initial and life-long training of national judges in Community law,

— the judges' relative lack of familiarity with the preliminary ruling procedure, and the need to reinforce the dialogue between national judges and the Court of Justice,

— the fact that Community law is perceived by many judges as excessively complex and opaque,

— the need to ensure that Community law lends itself better to application by national judges»³.

In the main the report was much used to argue for greater judicial training and co-operation across the Union and there can be little doubt that these aspects have improved during the intervening years. However to give a flavour of the sentiment of national judges which perhaps may not have evolved so much it is perhaps instructive to repeat the synopsis of the judges view on the role in respect of EU law.

«Thus, if we were to present a profile of a typical first instance judge, based on the answers to this question, it could be summarised in this way:

² For the purposes of this resolution, references to Community law should be understood as also including Union law.

³ Ibid.

“I see myself primarily as a national judge. I take Community law seriously, although it is a big responsibility to deal with such a complex body of law. Also, I rarely come across it in my daily work because the parties hardly ever raise it”»⁴.

As we are dealing here specifically with UK attitudes it might also be appropriate to relate one response received from that jurisdiction almost certainly from London, bearing in mind that London falls within the specific jurisdiction of England and Wales. Written in neat fountain pen the respondent sought to address the question concerning his role as the «first judge of European law» answering carefully that he sadly «did not understand the question»...

Of course the UK and specifically the jurisdiction of England and Wales has a very special way of dealing with what it terms “foreign” law. Whilst the UK remains a Member State EU law itself would never have this status but rather should be seen as an integral part of national law, but where judges are used to parties having to plead a foreign law there is always the chance that anything that appears extraneous will be overlooked and the court will revert to English law⁵.

Indeed this had always been a worry in respect of the Rome I⁶ and Rome II⁷ Regulations that despite the need to respect these EU instruments without parties specifically pleading a “foreign” law as applicable to their case the intention of the Regulations might be undermined. In a sense Brexit has potentially brought more clarity to this issue. As the European Union (Withdrawal) Act 2018, also dubbed by those supporting Brexit, the ‘Great Repeal Act’ rather conversely has the effect, not of repealing EU law but directly writing it into UK law thus giving the two above Regulations (which are included) and much else besides a potentially more sound footing before the UK courts and judiciary⁸.

Whilst English procedural law might as stated above appear to adopt a rather churlish attitude to ‘foreign’ law, this has never stopped our judges

⁴ Ibid.

⁵ Iranian Offshore Engineering and Construction Company v Dean Investment Holdings SA [2018] EWHC 2759.

⁶ Regulation (EC) no. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

⁷ Regulation (EC) no. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

⁸ European Union (Withdrawal) Act 2018; 3, 2, (a) Incorporation of direct EU legislation, specifically any EU Regulation. Accessed 19 July 2019, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>.

from looking further afield for solutions and adopting what can only be termed an internationalist approach. The first and most historically eminent of these being Lord Mansfield⁹.

Thereafter and in more recent times the English judiciary and legal professions have received several waves of incoming diversity which have helped in the further “Europeanisation” of English law and practice. The first and most excellently documented in relation to some key figures (but not all) being the influx of German Jewish emigres during the World War II¹⁰. There can be little doubt that the civilian training and comparativist outlook of this generation fed into the stream of legal and judicial thinking both contemporaneously and by way of a subtle on-going influence. This was further added to by an influx of South African lawyers during the apartheid era, likewise contributing to further diversity of thought and influence.

There then comes what could be termed the “European” and “Erasmus” generations, the full effect of the latter and free movement of lawyers perhaps has yet to be captured. This started with the UK joining the EEC in 1973 and has continued to develop in different and deeper ways ever since. The mere passing of an Act of Parliament, nor the carrying through of a political decision cannot and will not overnight destroy decades of legal practice and judicial thinking let alone so many personal and professional legal connections across the continent. The influence will remain despite any legislative black letter change.

In line with this sentiment it is perhaps instructive to look at the thoughts expressed by a member of the judiciary from one of the UK’s other jurisdictions; Scotland. Perhaps more in tune with civil law and European, but nonetheless important in representing the full outlook of the UK. Ian Forrester QC, UK Judge at the General Court of the CJEU, drew an intriguing parallel between the effects of Brexit and that of the Reformation in Scotland bringing an end to papal jurisdiction over many aspects of life and law via the Papal Jurisdiction Act of 1560¹¹. Coming to the endearing but reasoned conclusion that despite the apparent huge legislative change perhaps in typically “British” fashion everyone “muddled through” as perhaps we shall with Brexit itself. Based on the parallel he draws some very pertinent conclusions which perhaps echo those hinted at above as follows:

⁹ J. OLDHAM, *English Common Law in the Age of Mansfield*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 2004, p. 367.

¹⁰ J. BEATSON, R. ZIMMERMANN, *Jurists Uprooted*, Oxford, 2004.

¹¹ *MacFadyen Lecture*, Edinburgh March 8, 2018, Royal Society of Edinburgh, I. FORRESTER QC, LLD1. Accessed July 19 2019; http://www.advocates.org.uk/media/2724/forrester_macfadyen_lecture.pdf.

«-For as long as provisions of EU law are to be applied in the UK, for so long will it be necessary to think through how EU law problems will be litigated.

-It is not by “nationalising” EU regulations that the country will free itself of EU law. Nor will disputes as to the interpretation of doubtful texts disappear.

-The current criteria for examining the legality of European law, post Brexit, appear extremely complex.

-Political leaders will need to address the necessity of giving guidance to the judiciary about what priorities will apply in interpretation.

-The UK judge should not be blamed for a lack of patriotism if he or she chooses to follow a “European” interpretation of the text”¹².

If we then pass to the comments of the current Chancellor, Sir Geoffrey Vos speaking as the UK’s most senior commercial judge on the future of dispute resolution post Brexit we see a very similar train of thought. He echoes the internationalist and pragmatic approach which makes the English courts so attractive. The «EU law tapestry» is seen as remaining part of «the backdrop to the business environment in which the common law operates to resolve disputes governed by it»¹³.

The UK judiciary and legal professions will need such a pragmatic approach to survive Brexit as their independence remains open to challenge in such a highly charged political context. The headlines which greeted the outcome of the Miller case on the triggering of Article 50 where evidence of this if any were needed. With judges being labelled as “enemies of the people” the rule of law begins to look shaky and the likelihood is there will still be further political / legal challenges before Brexit is done.

Of course many will feel faced with such a highly charged atmosphere that recourse to an ‘outside’ arbiter in the sense of the CJEU would be useful but of course where some would read “outside” others would read “partial”. This is perhaps why at this point it is useful to view things from the other side, from the European side. To consider how this co-operation between courts should ideally function, in that sense it is useful to consider the thoughts of the president of the CJEU Koen Lenaerts: «In multilayered systems of governance, the notion of “comity” – understood as a means guaranteeing a constructive judicial dialogue among different

¹² Ibid.

¹³ Presentation to a Legal Business Seminar in Frankfurt, *The Future for the UK’s jurisdiction and English law after Brexit*, 28th November 2017, Sir G. Vos, Chancellor of the High Court, Accessed July 19 2019; <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/11/chc-frankfurt-presentation-nov2017.pdf>.

courts – becomes of paramount importance to determine whether a given court enjoys legitimacy»¹⁴. This would seem to be an equally nuanced representation of both soft yet constructive co-operation, indeed this form of approach is surely echoed in the dispute resolution system included in the to date ill fated Withdrawal Agreement between the EU and UK. Yet even the light background presence of the CJEU is too much for some.

Perhaps the fear is or indeed the hope amongst some that European law viewed against current political discourse becomes seen as the interloper, the intruder that has to be expunged. It is too easy to fall into the trap of such language when that may not be the result that was intended. Take for example Lord Dyson, former Master of the Rolls, maybe making a statement of fact but it can be imagined how this might be seen by some: «EU law now regulates large swathes of our national life. A development most of our judges from the first half of twentieth century would have found seriously objectionable»¹⁵.

It is to be hoped that by majority the UK judicial and legal professions continue to feel that EU law has a continuing contribution to make to the legal life and disputes resolutions systems within the different jurisdiction of the British Isles. Also likewise that those same professionals continue, in these uncertain times to nurture their links and connections across the continent. Perhaps in these times there is merit in some continuing consistency.

«Uncertainty is the only certainty there is, and knowing how to live with insecurity is the only security there is».

John Allen Paulos

¹⁴ K. LENAERTS, *The Court's Outer and Inner Selves: Exploring the External and Internal Legitimacy of the European Court of Justice* in Adams et al (eds.), *Judging Europe's Judges*, Hart Publishing, 2013.

¹⁵ Lord Dyson, *Justice Continuity and Change*, Hart Publishing, 2018.

Gabriella Autorino

Cross-judicial fertilization: *il ruolo delle Corti supreme*

SOMMARIO: 1. *Cross judicial fertilization* e comparazione giuridica. Le dimensioni del fenomeno – 2. Profili personalistico e patrimonialistico: le possibili ambiguità. *Law and development* e *legal transplants*. Approccio matematico, teoria delle *Legal Origins* e sistemi chiusi: critica. La garanzia dei diritti fondamentali. Il dialogo tra le corti supreme di *civil* e *common law*. Il modello americano e le esperienze canadese e sudafricana – 3. La dignità umana come fattore essenziale del dialogo tra Carte e Corti supreme. L'ampiezza dei riferimenti e il conseguente dibattito. Le differenti visioni tra *civil* e *common law*. Le finalità e i modi di richiamo alla dignità nella risoluzione delle controversie – 4. Il fenomeno nello spazio giuridico europeo. Il dialogo tra le corti dei Paesi dell'Unione. La protezione "multilevel" dei diritti fondamentali. La pluralità delle fonti e delle Corti. L'eventuale conflitto tra diritti fondamentali e i criteri per la soluzione. La primazia costituzionale del diritto comunitario. La regola della maggior tutela. Oltre il dialogo: l'azione comune in uno spazio comune.

1. Cross judicial fertilization e comparazione giuridica. Le dimensioni del fenomeno

Cross-judicial influence, cross constitutional influence, cross-constitutional fertilization, judicial transplant, trans-judicial communication o *judicial dialogue, trans-judicial borrowing* o *precedent borrowing*, tutte espressioni utilizzate per definire un fenomeno che da qualche anno affascina, denso di prospettive sistematiche, studiosi di quasi ogni settore del diritto, dal pubblicistico al privatistico, dal comunitario al comparatistico¹.

Proprio l'ultima definizione di quelle dianzi richiamate – cioè *trans-*

¹ Cfr., ad esempio, A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it nonché ivi A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali e il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*. Sulla diversità di espressioni utilizzate per descrivere da differenti prospettive il fenomeno in indagine cfr. A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemicici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 1, 2007 e ivi ampia bibliografia.

judicial borrowing o *precedent borrowing* – sembrerebbe maggiormente aderente all'indagine comparatistica sulla questione, perché richiama e riconduce, dunque, il fenomeno alla logica del precedente vincolante peculiare delle esperienze di *common law*. Tanto da poterne derivare la convinzione che il prestito di precedenti tra giudici costituzionali, supreme corti o anche giudici comuni – poiché il fenomeno è più vasto in particolare nei paesi appartenenti all'Unione Europea – sarebbe figlio o comunque assai prossimo alla circolazione su scala transnazionale di un formante tipico dei sistemi di *common law*. E si richiamano a tal proposito, sotto il profilo storico, le strade usuali ai giudici dei Paesi dell'area dell'ex *Commonwealth* britannico che, a partire dal XIX secolo, utilizzavano largamente i precedenti di giudici di altri ordinamenti, in particolare inglesi. Il *Privy Council*, infatti, in epoca vittoriana, poteva essere adito come ultima istanza per i ricorsi provenienti dai paesi coloniali, svolgendo in pratica una funzione nomofilattica – all'interno dell'area del *common law* – che ha profondamente influito sull'evoluzione di ordinamenti quali quelli del Canada, dell'Australia, della Nuova Zelanda dell'India, del Sud Africa e altri ancora². Il che potrebbe illustrare le ragioni per cui il fenomeno in questione sembra assai intenso in esperienze quali quelle del Canada e del Sud Africa, in aggiunta alla circostanza che in entrambi i Paesi si è avuta l'emanazione di una Carta dei diritti fondamentali – in Canada nel 1982 – e di una Costituzione – in Sud Africa nel 1996 – che ha molto mutato i presupposti fondamentali degli ordinamenti di quei Paesi. Quest'ultima circostanza caratterizza l'evoluzione altresì dei paesi appartenenti all'ex area d'influenza sovietica, per tornare al panorama europeo, i quali paesi dopo la caduta dei regimi socialisti si sono dati nuove leggi fondamentali che li ha ricondotti quasi tutti all'alveo delle più antiche democrazie e da queste prendendo ispirazione³.

Particolarmente significativa poi è la circostanza che alcune di queste Costituzioni di fresca data prevedano esplicitamente che le sentenze della Corte suprema o Corte costituzionale, che dir si voglia, possano richiamare ai fini della decisione e non soltanto con forza argomentativa, ma come elemento di deliberazione, sentenze emanate dalle Corti supreme di altri ordinamenti. Ad esempio, l'art. 39, Sect. 1 della Costituzione sudafricana dispone che nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali le corti «devono tener conto dei principi del diritto internazionale» e «possono prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere». Numerose decisioni della Corte suprema sudafricana, infatti, fanno ampio

² Cfr. in proposito P. K. TRIPATHI, *Foreign Precedents and Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, 1957, 57, p. 319 ss.

³ Sul tema ampiamente A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 3 ss.

uso di tale facoltà e non soltanto, come si potrebbe pensare, con riferimento alla giurisprudenza degli Stati Uniti di America, bensì facendo esplicito richiamo a un *common core* di valori condivisi dalla “civilized international community”⁴.

Diverso è il discorso e differente la prospettiva d’analisi secondo che si guardi a quanto accade in Europa, tra gli ordinamenti accomunati dall’appartenenza all’Unione; in Europa, ancora, tra i paesi di più antica e consolidata tradizione costituzionalistica – quelli che, per intendersi, condividono l’idea che vi è Costituzione quando vi è un giudice che possa farla valere –, e i paesi che dopo la fine della vicenda socialista devono legittimare i testi del nuovo patto sociale all’interno di un contesto privo di costanti tradizioni culturali e politiche riferibili ai canoni della democrazia.

Ancora altra storia è quella che vede circolare modelli e formanti che provengono soprattutto dall’ordinamento statunitense in quei paesi che una volta si definivano in via di sviluppo e da questi man mano venire rimodulati. Di converso, osservare come ordinamenti tradizionalmente chiusi, come quello inglese e statunitense si aprano alla comparazione e al recepimento di influenze esterne, in un significativo scambio di ruoli di chi dà e chi riceve tra la vecchia Europa e il nuovo Impero.

Tutto ciò, dunque, è materia variegata e magmatica, che corrisponde a differenti impostazioni e diversificate funzioni, accomunate tuttavia da due profili: da un lato, la necessità di affrontarne l’analisi con gli strumenti propri della comparazione giuridica; dall’altro l’esigenza di prescindere dagli schemi rigidi delle fonti formali di produzione giuridica. Il nuovo scenario del diritto che si spinge ben al di là dei confini europei per proiettarsi in una dimensione aperta, in cui non è sempre necessario che la regola scaturisca da un organo legislativo legittimato dal principio rappresentativo di un popolo appartenente ad uno Stato, trasforma la nozione di sistema in quella di esperienza giuridica e legittima, in questo spazio privo di legislatore, l’espansione dell’attività e dell’autorevolezza degli ordini giudicanti, che si tratti di Corti supreme, di giudici comuni o, come di frequente accade in talune materie, non sempre a valenza economica, di giudici convenzionalmente investiti dalle parti del potere di risolvere una controversia. Nelle mani di costoro, la regola da applicare scaturisce spesso dal confronto e dalla comparazione dei diritti.

⁴ Sulle interrelazioni tra l’esperienza canadese e quella sudafricana v. tra gli altri H. WEBB, *The Constitutional Court of South Africa: Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law*, in *U. Penn. J. Const. L.*, 1998, p. 205 ss. nonché C. L’HEUREAUX-DUBE, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of Rehnquist Court*, *Tulsa L. J.*, 1998, 34, p. 15 ss.

2. *Profili personalistico e patrimonialistico: le possibili ambiguità. Law and development e legal transplants. Approccio matematico, teoria delle Legal Origins e sistemi chiusi: critica. La garanzia dei diritti fondamentali. Il dialogo tra le corti supreme di civil e common law. Il modello americano e le esperienze canadese e sudafricana.*

Un punto d'avvio per affrontare almeno alcune delle infinite questioni che si pongono all'interprete può essere il tentativo di sgombrare il campo dalle ambiguità scaturenti dall'intreccio del profilo personalistico con quello di natura economica.

La grande illusione del *law and development*, che prende avvio dagli anni successivi al secondo conflitto mondiale per trascinarsi sotto diverse spoglie fino ai nostri giorni continua a pretendere nuovi spazi alla normazione uniforme su scala globale. È noto – tanto da non dover insistere oltre – il ruolo fondamentale svolto da organizzazioni istituzionalizzate quali *Bretton Woods*, Fondo monetario e Banca mondiale, le cui azioni si poggiano sul medesimo assunto: l'esportazione là dove serve al mercato e allo sviluppo economico di un *best model* identificato in particolare nel *common law* statunitense. Di questo si esalta la superiorità strutturale, poiché caratterizzato dall'assenza della logica statalista, dalla spontaneità della costruzione giurisprudenziale nonché dal mito della "regolamentazione decentrata del mercato"⁵. Per di più si trae da tali elementi la convinzione non soltanto dell'efficienza ma anche della pretesa neutralità, rendendolo idoneo alla circolazione senza confini.

In tal modo, scelte eminentemente politiche si nascondono dietro il vantato ricorso al tecnicismo in favore dell'esportazione – e non soltanto nei paesi c.d. in via di sviluppo, ma tentando di forzare i confini europei – di modelli e normative di esasperato liberismo.

I 'pacificatori' che trasportano democrazia e mercato si muovono gravati da un peccato originale che consiste nell'assenza di procedure decisionali trasparenti e di efficienti meccanismi di controllo dei risultati raggiunti, generando così un'insanabile contraddizione. La democrazia imposta si poggia su basi, strumenti e procedure che fanno a meno degli attributi tipici della democrazia⁶.

Il movimento del *law and development* assume contorni ben precisi

⁵ Ampiamente sul tema F. VIGLIONE, *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale*, in www.comparazonediritto-civile.it e ivi diffuse indicazioni bibliografiche.

⁶ Sul tema è d'obbligo il riferimento a G. DIJKSTRA, *Supranational Governance and the Challenge of Democracy: the IMF and the World Bank*, in AA.VV., *Governance and the Democratic Deficit*, V. Bekkers. ed, Aldershot, 2007, p. 269 ss.

quando sono prese in seria considerazione le difficoltà di esportare in contesti diversissimi i classici modelli di regolamentazione del mercato di ispirazione weberiana. Questi confluiscono, com'è noto, nei pilastri del *Washington Consensus*: privatizzazioni, deregolamentazione del mercato, rifiuto dei paradigmi statuali nella gestione dell'economia, protezione dei *property rights*, tendenza a imporre regole omogenee nei settori della proprietà intellettuale, dei mercati finanziari e del diritto societario. Tutto ciò viene esaltato, nei tempi più recenti, dalla apparizione del diritto di internet.

La svolta avviene quando a quello economico si aggiunge il profilo culturale. Si prende atto, cioè, che la diffusione di regole omogenee è possibile soltanto se si interviene preliminarmente sugli archetipi culturali delle zone di diffusione, alla cui trasformazione è legata la mutazione a livello giuridico.

Questo profilo si accompagna, nella prospettiva comparatistica, a una profonda riflessione sui c.d. *legal transplants*, che nell'elaborazione dottrinale conduce alla convinzione – ormai consolidata – secondo cui regole simili in diversi contesti conducono quasi inevitabilmente a differenti risultati.

Sul piano pratico, all'omologazione culturale si rivolgono i numerosi progetti di *legal aid assistance*, finanziati da organizzazioni internazionali spesso private, che si propongono di incidere sulla formazione dei giuristi dei paesi che allo scarso sviluppo economico uniscono un marcato ritardo nel profilo dell'istruzione. Ciò conduce in prospettiva alla incidenza sulle modifiche da apportare ai sistemi giudiziari, di produzione di norme e in generale ai principi fondamentali cui si ispirano i singoli ordinamenti giuridici.

Questi progetti s'indirizzano ai più differenti paesi: da quelli dell'America Latina a quelli dell'area ex-comunista; dall'Africa sub-sahariana ad alcuni paesi islamici, per non parlare dei casi in qualche modo diversi dell'India e soprattutto della Cina.

Un vero e proprio disegno globale di esportazione della *Western Legal Tradition*, che a molti appare viziato non soltanto da un certo imperialismo culturale di marca occidentale, ma dalla preferenza altrettanto spiccata verso il *best-model* nordamericano.

A partire dagli anni '80, proprio questo aspetto, che spinge all'eliminazione degli elementi del sistema che impediscono lo sviluppo del modello più efficiente, producono nella dottrina comparatistica il vivace dibattito da un lato sui movimenti di analisi economica del diritto, dall'altro sull'orientamento noto come *Legal Origins*⁷. Comporta altresì, come

⁷ Per un'efficace ricostruzione del movimento del Law and Development cfr. F. VIGLIONE,

effetto positivo, il superamento della tradizionale ripartizione in sistemi o famiglie giuridiche degli ordinamenti, verso una concezione aperta di questi ultimi che si traduce spesso nel termine di esperienza giuridica. Un'ulteriore conseguenza, anch'essa positiva, consiste nel generale abbandono nelle tradizioni che ne facevano ampio riferimento della distinzione rigida tra diritto pubblico e privato. Infine, e come maggiore apporto di quei movimenti, anche come contrasto all'approccio matematico e materialistico alla società e al diritto, la rinnovata più intensa attenzione alla garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo.

La terza fase del movimento del *law and development* è caratterizzata dalla convinzione della complessità derivante dallo stretto intreccio tra sistema giuridico, cultura e tradizione – e larga parte in questo ha la circolazione dei modelli di tradizione europea.

L'evoluzione è favorita dalla crisi economica esplosa, anch'essa su scala mondiale, nel 2008, che ha condotto a sua volta alla crisi dell'idea della capacità di autoregolamentazione del mercato. Conseguentemente, si mette in forte discussione che quello anglo-americano sia il modello ideale di evoluzione giuridica ed economica.

Probabilmente, allora, è il momento di chiedersi se vi sia un'inversione di tendenza, anch'essa su scala globale, rispetto alla recezione a senso unico di elementi propri del modello statunitense, portato sulle ali del mercato e degli affari, in favore dei valori della vecchia Europa, che invece si avvolgono di eccellenza e iniziano ad erodere le barriere dell'isolamento americano.

Da tempo si sottolinea come il *Bill of Rights* statunitense e la giurisprudenza della sua Corte suprema in tema di *privacy*, *equal protection*, giusto processo e libertà di manifestazione del pensiero, abbiano ispirato spesso le corti costituzionali tanto di paesi di *civil law* quanto di *common law*. Attualmente, tuttavia, mentre una volta si discorreva di recezione di tali indirizzi, si preferisce discorrere dell'esistenza di un 'dialogo' tra le Corti supreme, soprattutto in materia di diritti fondamentali: e nel dialogo, si sa, si dà e si riceve.

Il dialogo si è fatto così intenso da intravedere da più parti l'esistenza di un '*common core*' ovvero 'di una generale condivisione di valori e principi

op. cit., con ampi riferimenti dottrinali. Per una visione critica del movimento di *Legal Origins* v. R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 *AmJCompL*. 765 (2009). Più in generale sull'uso strumentale della categoria delle famiglie giuridiche, A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach to Comparative Law*, II ed., University of Georgia Press, 2000. Cfr. altresì P. STANZIONE, *Plaidoyer per il diritto comparato*, in www.comparazionedirittocivile.it e in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, p. 3059 ss.

fondamentali'. Intriga l'affermazione di un ex Presidente della Corte suprema norvegese secondo cui la collaborazione e lo scambio tra le corti costituisce «un obbligo naturale»; un «dovere delle corti nazionali di grado più elevato» per contribuire «all'introduzione di nuovi principi giuridici dal mondo esterno nelle decisioni dei giudici nazionali»⁸.

Il fenomeno sembrerebbe assai più ampio se si tenesse conto delle numerose decisioni delle corti più elevate in grado in materia di diritto civile e commerciale, ma qui il ricorso alla comparazione e ai precedenti stranieri sembra essere più il frutto del fatto che le relazioni commerciali s'intrecciano ormai in spazi globali.

Al contrario, è assai più rilevante intravedere come la circolazione delle argomentazioni, delle interpretazioni e dei cataloghi dei diritti umani, cui si accompagna spesso il rinvenimento del contenuto normativo di una regola applicabile ai rapporti interprivati, non muova più a senso unico dagli Stati uniti agli altri ordinamenti, ma rappresenti un fenomeno globale che coinvolge necessariamente la conoscenza e il confronto tra gli ordinamenti.

L'uscita dal suo orgoglioso isolamento della Corte suprema degli Stati Uniti – non senza proteste e critiche da parte dei settori più conservatori della dottrina, della giurisprudenza e della politica statunitensi – forse può essere collegata ad una data emblematica: quella del 2003, anno di emanazione della decisione sul caso *Lawrence v. Texas*.

Il *case* famosissimo concerne la costituzionalità della “sodomy law” del Texas (nella versione contenuta nel codice penale del 1973), che puniva penalmente i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche quando si svolgessero nell'intimità domestica. Il precedente cui la Corte poteva richiamarsi si rinviene nel *case Bowers* del 1986, riguardante la legittimità della *sodomy law* della Georgia, che fondava la decisione sul principio di eguaglianza tra coppie etero e omosessuali⁹. Al contrario nel caso *Lawrence* la Corte compie un *overruling* di portata storica, riconoscendo per le persone omosessuali il diritto al rispetto della vita privata, che va tenuta al riparo da indebite aggressioni dei pubblici poteri e lo fa richiamando esplicitamente non soltanto le leggi via via apparse in Europa a partire dagli anni settanta, di ben diverso tenore da quelle che si emanano da tutti gli stati americani dalla fine dell'Ottocento agli anni sessanta, altresì riferendosi a mo' di precedente a una sentenza della Corte EDU del 1981 ed ai principi in tema di intimità della vita privata in essa richiamati – è il caso *Dungeon v. United Kingdom*¹⁰.

⁸ Citato da A. SPERTI, *Il dialogo tra le corti costituzionali*, cit.

⁹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186(1986).

¹⁰ *Dungeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H.R. (1981).

Sostiene la Corte che quei principi sono espressione dei valori che gli Stati Uniti condividono con le altre nazioni. Aggiunge che «il diritto avanzato dai ricorrenti è stato riconosciuto come aspetto della libertà personale in molti Paesi» e che «non vi siano argomenti per ritenere che – negli Stati Uniti – vi siano interessi statuali legittimi o cogenti che giustifichino una maggiore limitazione della libertà personale»¹¹.

Nel caso *Lawrence* per la prima volta negli Stati Uniti la Corte suprema si appella a un precedente straniero per interpretare e definire il contenuto di una norma costituzionale. Nel caso in questione poi, per operare un *overruling* di una sua decisione, superando il principio dello *stare decisis*.

Non che la cosa sia passata indenne da critiche da parte di chi da un lato è convinto assertore della superiorità del proprio diritto; dall'altro di chi teme un *vulnus* al principio rappresentativo, cardine di quel sistema che induce ogni sospetto su un giudice che, rivolgendosi al diritto di altri paesi, si fa legislatore.

Tuttavia l'attenzione ad altre esperienze e ad altre tradizioni si mostra anche, di là dalla consueta considerazione delle soluzioni normative che riguardano materie di diritto civile e commerciale, nella apparizione di studi e addirittura manuali di diritto costituzionale comparato¹² e la tendenza trova conferma in un'altra decisione, il case *Roper v. Simmons* del 2005. La questione concerne la costituzionalità delle leggi che prevedano la pena di morte nei confronti di minori di età, decisa in base all'argomentazione, tra le altre, che in tutto il mondo soltanto nove paesi, spesso compresi tra i paesi canaglia, la ammettono. Anche qui il dibattito che ne scaturisce imputa alla comparazione quale strumento d'interpretazione della Costituzione americana di provocare la inammissibile trasformazione del giudice, per di più supremo, in legislatore.

Queste remore non si rinvergono in altre esperienze, soprattutto quando queste hanno vissuto la trasformazione o addirittura la vicenda della introduzione di leggi fondamentali. Così avviene ad esempio in Canada,

¹¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003): cfr. sul tema V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005, spec. p. 159 ss.

¹² Ad esempio, tra le opere meno recenti, N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ, S. BAER, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, St. Paul, 2003 nonché V. JACKSON, M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 1999. Critica la comune convinzione della chiusura della dottrina e della giurisprudenza statunitensi nei confronti di influenze esterne B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in 83 *Va. L. Rev.*, 771 (1997), spec. p. 773. Cfr. altresì F.F. SEGADO, *La faillite de la bipolarité modèle américain-modèle européen en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2004, p. 471 ss.

dopo la promulgazione del *Canadian Charter of Right and Freedoms*, nel 1982, o nel Sud Africa, dopo la Costituzione del 1993.

In Sud Africa la tendenza si poggia saldamente sull'espressa previsione – già ricordata – contenuta nella Costituzione secondo cui nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali «le Corti devono tener conto dei principi del diritto internazionale» e «possono prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere» (art. 39, sect. 1, S.A. Const.). E' evidente che la disposizione s'inquadra nella necessità di rafforzare il radicamento del nuovo patto sociale in un contesto di recenti tradizioni democratiche e di tormentato passato. Quello che interessa qui sottolineare, invece, è che la Corte suprema sudafricana non subisce la sudditanza del modello nordamericano, che anzi in alcuni casi dichiara «insoddisfacente». Così avviene, ad esempio, nel *case Makwanyane* del 1995, dove si dichiara la incostituzionalità della pena capitale in relazione all'art. 8 (eguaglianza di fronte alla legge); all'art. 9 (diritto alla vita) e all'art. 10 (protezione della dignità umana) della costituzione sudafricana. Interlocutori principali della Corte diventano le Corti e gli ordinamenti tedesco e canadese, nonché il rinvio all'art. 54, comma 1, della costituzione ungherese in base alla quale la corte costituzionale del Paese ha dichiarato, in nome della dignità umana, l'incostituzionalità della pena di morte¹³.

Infatti, l'art. 54, comma 1, cost. ungherese dispone che il diritto alla vita ed alla dignità umana costituiscono un nucleo imprescindibile dei diritti fondamentali, sicché nessuno può esserne *arbitrariamente* privato. La pena capitale, interpreta la corte ungherese, ampiamente citata da quella sudafricana, comporta una limitazione così grave alla diade diritto alla vita-dignità da cancellarne la portata. E poiché essa è fonte e fondamento dell'intero sistema dei diritti fondamentali, questo dalla sua violazione sarebbe travolto. Anzi, la Corte sudafricana, probabilmente per quell'avverbio «arbitrariamente» contenuto nella norma ungherese, su cui non si sofferma, ritiene che la propria costituzione tuteli la vita in maniera ancor più forte di quella ungherese¹⁴.

¹³ Sul quale ampiamente A. LOLLINI, *op. cit.*, spec. p. 12 ss.

¹⁴ Sul punto A. LOLLINI, *op. loc. cit.*

3. *La dignità umana come fattore essenziale del dialogo tra Carte e Corti supreme. L'ampiezza dei riferimenti e il conseguente dibattito. Le differenti visioni tra civil e common law. Le finalità e i modi di richiamo alla dignità nella risoluzione delle controversie.*

È utile a tal punto prendere spunto dal richiamo alla dignità per percorrere le strade che ne hanno fatto un fattore essenziale nell'evoluzione del dialogo tra carte e corti fondamentali.

Quella che è stata efficacemente chiamata "l'esplosione dei diritti" è un portato del processo di universalizzazione dei diritti fondamentali avviatosi dopo la seconda guerra mondiale a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e del cittadino lungo le strade dell'adozione di nuove Costituzioni, nuove carte dei diritti e della progressiva diffusione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

Nell'attuale stagione dei diritti, espressione di bobbiana memoria, campeggia il ricorso alla dignità umana in numerose pronunzie delle corti costituzionali o supreme dei diversi paesi e con tanta frequenza e con tanta ampiezza da dar vita a un approfondito dibattito sulle modalità che il concetto assume e le funzioni che svolge il suo impiego.

Vero è che il riferimento alle sentenze o alle esperienze europee spesso nelle pronunzie delle corti non ha valore di precedente ma è utilizzato come argomento rafforzativo del ragionamento della corte, spesso senza approfondimenti o specifici riferimenti al caso concreto. Quando accade il contrario invece, il discorso è di accertare quali caratteri assume il richiamo alla dignità. Se esso è ad esempio utilizzato come limite all'esercizio di diritti costituzionalmente fondati, come di frequente fa la nostra Corte, e si parla allora di *rights-supporting* o *right-constrainig*. Oppure come autonomo diritto da bilanciare con altri diritti altrettanto garantiti. O talora assunto come diritto fondativo supremo, per così dire 'supercostituzionale', che lega a sé tutti gli altri diritti e talvolta li rafforza talvolta li condiziona.

In tema di dignità, modello eccellente che ispira anche la Carta dei diritti dell'Unione Europea è il concetto scaturente dall'art.1 Abs.1, GG, frutto di visioni che danno della stessa la dimensione di nozione assoluta e oggettiva, principio supremo dell'ordinamento o al contrario una lettura incentrata sul concreto processo di sviluppo dell'identità e della personalità, in una concezione dinamica e soggettiva della dignità, riferita all'*"homme situé"* all'interno di una comunità. Nozioni che peraltro non necessariamente si contraddicono, derivando dalla prospettiva statica o dinamica da cui si guarda alla protezione della persona e della personalità.

Tale modello si diversifica, notoriamente, da quello di marca statunitense, dove la dignità si compenetra nella libertà di scelta individuale.

In ogni caso, il collegamento della dignità alla libertà e all'autodeterminazione, propria della concezione di *common law* ma accolta assai spesso in altri ordinamenti, anche sovranazionali, conduce poi all'uso della medesima per fondare decisioni su temi complessi come il fine vita o i diritti delle coppie omosessuali, come avviene spesso nella giurisprudenza della Corte EDU, ma anche su quelli altrettanto rilevanti della tutela delle minoranze, in quanto essenza del riconoscimento sociale e del rispetto reciproco.

Si comprende dunque come la dignità sia divenuta un *topos* argomentativo nelle pronunzie delle Corti supreme di numerosi paesi spesso assai differenti tra loro per tradizioni giuridiche e culturali, talora in assenza di una specifica norma che esplicitamente ne assicuri la garanzia a livello costituzionale¹⁵.

Ad essa si richiama la Corte USA in tema di aborto, ad esempio, dove la lesione della dignità si rinviene nella violazione della libertà della donna di autodeterminarsi nelle scelte fondamentali, rientrando in tal modo nella concezione americana della *privacy*. Emblematici i *cases Parenthood of Se. Pa. v. Casey* del 1992 e *Gonzales v. Carhart*, del 2007¹⁶.

Negli ordinamenti latinoamericani si segue la medesima strada coniugando il principio di autonomia con quello di riservatezza, in modo da trasformarlo nel principale strumento di garanzia e riconoscimento di "nuovi diritti"¹⁷.

Il richiamo alla dignità è frequente anche nelle decisioni delle corti di ordinamenti che non si avvalgono di una Costituzione in senso formale, come l'Inghilterra o Israele.

Gli echi della visione di Dworkin nell'accezione di libertà negativa – come spazio dell'agire umano libero dalle interferenze dello Stato – e di libertà positiva – di autonoma risoluzione nelle decisioni fondamentali dell'esistenza – risuonano non soltanto nelle sentenze della Corte statunitense, ma si ripetono anche in quelle della Corte EDU o delle Corti costituzionali

¹⁵ Sul tema la letteratura è sconfinata, ma assai efficace è la sintesi che ne fa A. SPERTI, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in www.costituzionalismo.it, 2013. Si veda altresì tra i tanti P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il "principio di libertà" nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010. Il tema è caro anche a S. RODOTÀ, di cui si cita qui *La rivoluzione della dignità*, edito nel 2013 dalla Scuola di Pitagora editrice.

¹⁶ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992) e *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 24 (2007).

¹⁷ In tema A. DI STASI, *The inter-american Court of Human Right and the European Court of Human Rights: towards a "Cross Fertilization"?*, in AA.VV., *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 97 ss.

europee. Veramente in questo campo i flussi di *cross-fertilization* sono reciproci e alternati.

In particolare in Europa il riferimento normativo comune è alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione che si riferisce alla dignità come a «un diritto inviolabile a fondamento stesso dell'Unione insieme ai valori e ai principi correlati della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà»: a questa nozione fa riferimento la Corte di giustizia nel caso Omega del 2004¹⁸ e la traduce in un concreto criterio di risoluzione di controversie quando da essa fa derivare la compressione della libera prestazione di servizi nel rispetto di un principio generale dell'ordinamento comunitario. Riecheggiano nelle decisioni della Corte del Lussemburgo come in quella di Strasburgo le espressioni utilizzate dal BVerfG in una sentenza sul carcere a vita del 1977¹⁹, quando sancisce che «il libero individuo e la sua dignità rappresentano i valori più alti dell'ordine costituzionale» che lo Stato è tenuto in ogni sede a rispettare e difendere, poiché «la persona umana è essere spirituale e morale dotato di libertà di autodeterminarsi e svilupparsi». Nella giurisprudenza della Corte tedesca la dignità si fa misura del contenuto e dell'ambito di applicazione degli altri diritti fondamentali: del libero sviluppo della personalità *ex art. 2, comma 1, GG* che trova limiti soltanto nel rispetto dei diritti altrui e del fondamentale ordine sociale – anch'esso disegnato nei suoi confini dalla Costituzione – poiché l'individuo si fa persona nella comunità e nelle relazioni con gli altri: è quanto si legge nel caso *Elfes* deciso dal BVerfG già nel 1957. Un'altra sentenza del 1993, sul diritto alla vita bilanciato con la tutela dell'*Intimsphäre* – in tema di aborto – produce grande influenza sulle decisioni della Corte costituzionale ungherese.

Sia in Francia che in Germania, tuttavia, si tiene a precisare che la dignità nel suo aspetto statico di diritto assoluto e inviolabile è limite all'autodeterminazione individuale e dunque è garantita dallo Stato anche in presenza del consenso del titolare alla sua violazione: così delibera il *Conseil d'Etat* francese in due sentenze del 1995, divenute celebri come il caso del 'lancio del nano'²⁰, nonché il Tribunale federale amministrativo tedesco (BVerwG 64 del 1981, sui c.d. *peep show*), visione che tuttavia non trova concorde apprezzamento in dottrina²¹.

Il dissidio tra la concezione oggettiva e quella soggettiva della dignità

¹⁸ *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung- GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, sentenza 14 ottobre 2004.

¹⁹ 45BVerfGE, 187 del 1977, C.H.1.

²⁰ In due pronunzie del Conseil d'Etat del 27 ottobre 1995, *Assemblée Commune de Morsang sur Orge e Ville d'Aix en Provence*, n. 143578.

²¹ BVerwG 64, 274 (1981).

è evidente, ad esempio, nel caso *Indiana v. Edwards* deciso dalla Corte suprema statunitense nel 2008 in cui la maggioranza dei giudici ritenne che non si potesse concedere all'imputato disabile di mente di difendersi da solo proprio in considerazione della sua dignità, mentre al contrario l'opinione dissenziente identificava la medesima con la libertà di scelta²².

Fuoriescono da questa analisi, ovviamente, tutte quelle decisioni che tutelano la libertà – e l'onore – proiettandolo sulla istituzione di cui il soggetto fa parte e di cui salvaguardano il prestigio, che è tutt'altro argomento.

Al contrario, assai interessante è l'utilizzo del concetto di dignità in collegamento questa volta con il principio di eguaglianza e con quello di non discriminazione. Il che assume importanza non soltanto in una dimensione per così dire collettiva, in quanto esigenza di riconoscimento della propria identità culturale e sociale da parte di gruppi sociali e minoranze etniche, con particolare rilievo nei Paesi caratterizzati proprio da una spiccata diversità culturale, religiosa o etnica: qui ritroviamo ancora una volta decisioni del Sud Africa, come anche della Corte costituzionale canadese e delle Corti dei paesi latinoamericani, rispetto ai quali è da ricordare la deliberazione della Corte Interamericana dei diritti umani, secondo cui «la nozione di eguaglianza deriva direttamente dall'unicità del genere umano ed è connessa alla dignità essenziale dell'individuo». La stessa Corte si premura altresì di precisare che «il principio non può mai essere inteso come diritto a un trattamento privilegiato in ragione della sua percepita superiorità»²³.

In altro senso, la dignità coniugata con il divieto di discriminazione è invocata a rafforzare gli argomenti a difesa della personalità e della identità degli omosessuali, come recita la Corte suprema del Sud Africa, sancendo nel 1998 l'incostituzionalità di una *sodomy law* (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, Case CCT 11/98), come anche invocando la dignità la Corte costituzionale della Colombia sancisce la parità dei diritti successorî tra coppie etero e omosessuali (7 febbraio 2007 e 28 gennaio 2008).

Nel tentativo di tirare le fila del discorso frammentario e disordinato fin qui svolto, ma la materia è magmatica e assai vasta, è possibile avanzare alcune considerazioni per così dire intermedie, prima di affrontare la peculiare situazione in cui versano i Paesi afferenti all'Unione Europea.

In primo luogo, il fenomeno del dialogo tra le Corti supreme, favorito e reso assai più diffuso dalla circostanza che nuove Carte fondamentali sono apparse, come si diceva, nel panorama delle recenti o ritrovate democrazie,

²² *Indiana v. Edwards*, 554 U. S. 164 (2008).

²³ Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84.

è da ascrivere al fatto che la tematica dei diritti fondamentali, della loro garanzia e della loro inscindibile connessione con i diritti di libertà è divenuta, per la serie di ragioni dianzi individuate, materia transnazionale in cui, di là dalla considerazione che vi sia oppur no nelle singole Costituzioni l'espressa menzione di questa o quella tutela, è il formante giurisprudenziale che opera con una sorprendente circolazione di modelli omogenei.

D'altra parte, le nuove Costituzioni sono spesso ispirate a quelle dei Paesi di più antica o ininterrotta democrazia, i cui valori a loro volta hanno informato le Convenzioni internazionali che, da quella 'madre' di New York, man mano dettagliano i più svariati aspetti della protezione dell'uomo.

Talvolta, queste nuove Costituzioni si collocano in un contesto storico-politico-culturale in cui svolgono un' incisiva funzione promozionale degli aspetti più retrivi della società.

I giudici supremi, in questo quadro, aiutati dalla tecnologia informatica, che rende estremamente agevole la reciproca conoscenza delle decisioni da ciascuna emanate, forti di una strategia di incontri e scambi a livello nazionale, europeo ed internazionale, muniti di un'elevata sensibilità verso gli studi comparatistici in ogni settore della loro competenza, svolgono con autorevolezza e consapevolezza un'azione politica di supplenza nei confronti di un legislatore o impreparato o condizionato da resistenze più o meno ostinate di un tessuto sociale conflittuale, secondo le caratteristiche proprie di ciascun ordinamento.

Quasi che di fronte alla forza espansiva di certi valori e di certi diritti il potere giudiziario ai massimi livelli, in uno spazio apprezzato come transnazionale, tenda a configurarsi, com'è stato ben detto, «quale organo di una società civile ormai cosmopolita»²⁴, parte di un ordine giuridico che travalica non soltanto i confini materiali, ma altresì le tradizioni e le culture.

4. Il fenomeno nello spazio giuridico europeo. Il dialogo tra le corti dei Paesi dell'Unione. La protezione 'multilevel' dei diritti fondamentali. La pluralità delle fonti e delle Corti. L'eventuale conflitto tra diritti fondamentali e i criteri per la soluzione. La primazia costituzionale del diritto comunitario. La regola della maggior tutela. Oltre il dialogo: l'azione comune in uno spazio comune

Diverso è l'approccio da operare quando si tratta dei Paesi aderenti all'Unione Europea, spazio giuridico in cui si muovono non soltanto le corti

²⁴ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*.

supreme nazionali, ma anche quelle di Lussemburgo e di Strasburgo.

La questione assume una dimensione e una complessità tutte particolari perché s'intreccia con quella della primazia costituzionale del diritto dell'Unione sia sulle norme ordinarie che su quelle costituzionali dei singoli paesi componenti.

La protezione 'multilevel' dei diritti fondamentali nell'ottica del giurista europeo deve risolvere preliminarmente il non agevole problema di quale sia il catalogo di diritti fondamentali che viene in conto, individuarne il contenuto, procedere alla determinazione dei criteri di bilanciamento, questioni che a loro volta rimandano alla individuazione delle Carte sovranazionali che impongono agli Stati sottoscrittori, che a loro volta fanno parte dell'Unione, l'applicazione delle norme convenzionali, nonché ai rapporti tra le diverse Carte sovranazionali, tra queste e le Costituzioni nazionali. Residua, in aggiunta, se non basta ancora, la determinazione delle competenze delle Corti costituzionali sovranazionali, dei loro rapporti reciproci e con le Corti nazionali e via via giù ai rapporti tra tutte queste istituzioni e i giudici ordinari.

In Europa si contendono il campo della protezione dei diritti fondamentali – nell'ambito delle fonti – la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, la Carta di Nizza e le Costituzioni nazionali. A queste si aggiungono il Trattato di Lisbona, che da un lato apre alla adesione dell'Unione alla CEDU, dall'altro accoglie in sé e qualifica giuridicamente come vincolante la Carta di Nizza e la normativa che questa detta in materia di rapporti tra organi giurisdizionali.

Qui si fronteggiano la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione e le Corti nazionali, costituzionali o ordinarie, di merito e di legittimità.

In questo bailamme²⁵, se mi si consente l'espressione, l'elemento più delicato da affrontare è quello della possibile diversità dei criteri per risolvere i possibili conflitti tra diritti fondamentali proclamati e difesi nel diritto interno oppure in ambito sovranazionale, se è vero, come è vero – ricordando gli insegnamenti di un grande maestro – che nelle situazioni concrete della vita dell'uomo spesso «accade ..che due diritti altrettanto fondamentali si fronteggiano e non si può proteggere incondizionatamente

²⁵ Per alcuni riferimenti bibliografici nella vasta letteratura in argomento cfr. A. GAMBINO, *La protezione "multilevel" dei diritti fondamentali (fra Costituzioni, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2007, p. 1007 ss.; nonché i contributi contenuti in AA.VV., *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011. Si veda altresì in argomento L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, I ed., 2001.

l'uno senza rendere inoperante l'altro»²⁶.

Domina il campo la questione della primazia costituzionale della normativa di derivazione comunitaria. In verità, quella ordinaria non pone particolari problemi in nessuno degli Stati dell'Unione, mentre quella costituzionale trova spesso resistenze e differenti soluzioni. Essa non è codificata nei trattati, ma scaturisce dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Momento chiave è la pronuncia *Costa v. Enel* dalla quale in poi è espressa costantemente la convinzione secondo cui, a meno di non mettere a rischio lo stesso fondamento giuridico della Comunità, nessun atto nazionale, nemmeno di rango costituzionale, può contraddire il diritto comunitario (art. 189 – ora 249 – del Trattato). A conferma si succedono un'altra notissima decisione del 1970 – caso *Internationale Handelsgesellschaft* – e nel 2000 il caso *Kreil*²⁷.

Alcuni Paesi dell'Unione continuano costantemente a negare la possibilità di disapplicazione di norme costituzionali contrastanti – ove ve ne fossero – con il diritto dell'Unione, ad esempio la Danimarca con una decisione della Corte suprema del 1998 e la Lituania (nel 2006)²⁸. Ma non è questo il punto.

Assai interessanti sono invece le posizioni assunte dal *Bundesverfassungsgericht* e dalla nostra Corte costituzionale.

La Corte di Karlsruhe, e quelle che ne seguono le indicazioni, dopo alcuni tentennamenti si è attestata sul fronte della inammissibilità di questioni di “costituzionalità” sollevate contro norme dell'Unione, se non previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il momento della chiarezza si rinviene nella sentenza *Honeywell* del 2010²⁹.

Francia, Spagna, Polonia, Ungheria, Romania, Slovenia e forse altri Stati ancora ritengono necessaria, invece, in caso di conflitto, la “costituzionalizzazione” delle norme di diritto europeo, attraverso un procedimento di revisione costituzionale.

Altri Stati seguono invece il modello italiano che, elaborando la teoria dei “controlimiti”, individua un nucleo intangibile di principi: Grecia, Svezia, Finlandia e Portogallo introducono in costituzione una specie di

²⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, spec. p. 6 ss.

²⁷ CGUE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Flaminio Costa c. Enel*; CGUE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* e CGUE, 11 gennaio 2000, C-224/01, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*.

²⁸ In tema T. GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”*, in www.europeanrights.eu/public/comments/02Groppi_it.doc.

²⁹ BverfG, 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06.

“clausola europea” in cui si pongono esplicitamente i limiti “materiali” alla primazia costituzionale. Limiti che in Italia sono essenzialmente di creazione giurisprudenziale.

L'opinione che sembra convincere maggiormente è quella che vede nello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia la promozione del dialogo tra le corti nazionali e la corte di Lussemburgo. Giustamente si sottolinea come nel parlare di dialogo si accoglie il metodo discorsivo, attraverso cui, ricordando Habermas, le corti «gettano passerelle che collegano ordini nazionali e sopranazionali»: espressione felice dovuta alla penna di Sabino Cassese³⁰.

Anche in ragione di questa assuefazione al dialogo, sempre più di frequente è dato rinvenire argomentazioni che, a rafforzare o a legittimare la propria decisione, rinviando all'opinione di giudici di altri Stati dell'Unione: si pensi ad esempio al *rationale* di Lord Justice Matthew Thorpe a fondamento della decisione del caso *Radmacher v. Granatino* (2010), che fonda la validità di un *premarital agreement in contemplation of divorce* sulla considerazione che un giudice francese o tedesco lo avrebbe ritenuto tale³¹.

In Italia probabilmente le chiavi del problema si ritrovano negli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella formulazione ricevuta dalla riforma del 2001. Nella concezione della nostra Corte costituzionale, in base alle norme richiamate i due ordinamenti – europeo e nazionale – rimangono autonomi e separati, seppur coordinati: numerose sentenze lo ripetono, sicché per il primo vale pur sempre «il limite dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e della maggior tutela dei diritti inalienabili della persona» (una per tutte: Corte cost. 24 giugno 2010, n. 227). La Corte in tal modo rivendica a sé il sindacato sulla legge di esecuzione dei Trattati in riferimento ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona umana (la Corte dal 1973 al 1989), ma attraverso questa via, in particolare con una sentenza del 2008, ammette la proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sebbene soltanto per i giudizi di costituzionalità in via principale.

Rimane tuttavia per il giudice ordinario l'obbligo di porre rimedio al contrasto tra diritto interno e diritto dell'Unione attraverso un'interpretazione conforme ai principi di quest'ultimo, né secondo le regole del trattato, può offrire una lettura della disposizione sovranazionale che entri in conflitto con i diritti fondamentali o con i principi generali del diritto comunitario

³⁰ S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, spec. p. 3 ss.

³¹ Citato da G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, Milano, 2010, p. 204. Cfr. altresì in argomento i contributi in AA.VV., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Milano, 2006.

(così la Corte cost. nel 2004, 2005, 2007, 2009 e 2010).

E qui si è di fronte ad un'ulteriore chiave di risoluzione delle questioni poste, poiché il riferimento ai principi generali dell'Unione si collega con naturalezza alla regola della maggior tutela.

Dunque, e riassumendo i principi via via enunciati dalla Corte costituzionale, sul presupposto che una norma ordinaria interna contrastante con il diritto comunitario va disapplicata – qualora la regola comunitaria abbia effetto diretto o sia sufficientemente determinata – in caso di contrasto con un principio o regola non dotata di tale effetto esso va risolto dalla Corte costituzionale soltanto quando la norma interna non sia suscettibile d'interpretazione conforme ai principi dell'ordinamento europeo.

In questo quadro, nel quale volutamente si trascura la questione della doppia pregiudizialità, quando si pongono contemporaneamente una questione interna di legittimità costituzionale ed una esterna di compatibilità comunitaria³² si pone l'ulteriore dirimente questione dei rapporti tra l'ordinamento italiano e la CEDU – e le deliberazioni della Corte EDU.

Dopo un periodo d'incertezza e di contrasto tra dottrina e giurisprudenza, attenuato dalle numerose pronunzie della Consulta che affermano la sostanziale identità dei valori enunciati nella Convenzione e nella Costituzione (nel 1981, nel 2002 ecc.), un passaggio importante s'individua nella sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite, nota come sentenza legge Pinto, in cui la Cassazione afferma il dovere del giudice ordinario «di applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione» nonché «di interpretare – la legge interna – in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea». Tre successive sentenze della Cassazione penale nel 2005 e nel 2006 ribadiscono l'obbligo del giudice italiano di conformarsi alle pronunzie della Corte EDU.

Ma anche il giudice delle leggi è sottoposto a tale obbligo? Trascurando le questioni tecniche poste dall'art. 117 Cost., il cuore del problema si rispecchia in una sentenza della Consulta del 2009 (4 dicembre 2009, n. 317), secondo cui «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie CEDU nell'ordinamento dev'essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela», riservando a se medesima il bilanciamento tra diritti di pari valore.

In altri ordinamenti, al contrario, si riconosce l'efficacia diretta delle norme

³² In tema M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 222 ss. nonché G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_TESAURO.pdf

pattizie ai rapporti interpretativi, deducendone un “*contrôle de conventionnalité*” affidato alle corti ordinarie con efficacia *inter partes* (Francia)³³ o l’amparo diretto al *Tribunal constitutionnal* a tutela di un diritto fondamentale, con l’obbligo di adeguarsi ai precedenti della Corte EDU (Spagna)³⁴.

Anche in Italia, probabilmente, l’obbligo d’interpretazione conforme implica necessariamente che il contenuto della norma convenzionale sia individuato con il ricorso alla lettura che ne dà la Corte di Strasburgo (così ritengono tanto la Corte costituzionale quanto la Cassazione nel 2009), purché si abbia riguardo delle oscillazioni di giurisprudenza, delle opinioni dissenzienti e della provenienza dalla Camera o dalla Grande Camera; occorre tener conto altresì se la decisione della Corte Edu si rivolge oppure direttamente allo Stato italiano.

Tuttavia, l’obbligo di interpretazione conforme, così come delineato dalle stesse regole CEDU (art. 32, part. 1), dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalle nostre Corti supreme, sancisce l’inviolabilità dei diritti della persona statuiti nella Convenzione ed impone ai giudici nazionali di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, con il limite, posto dalla nostra Consulta, del rispetto della “maggior tutela”. Vero è che come si è detto che la Consulta si riserva anche il controllo di come la regola scaturente dalla CEDU, nell’interpretazione di Strasburgo, si inserisca nell’ordinamento italiano. Ma è altrettanto vero che sia nell’ambito del diritto penale che in quello dei rapporti civilistici è sempre più evidente l’opera di adeguamento posta in essere dai nostri giudici di ogni ordine e grado dai principi generali e di tutela della persona umana come scaturiscono dall’intreccio della Convenzione con la nostra Costituzione, secondo la regola della maggior tutela.

E qui gli esempi si moltiplicano, ad esempio quando la Consulta dichiara, nel 2011, la illegittimità dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revisione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte Edu che accerta l’assenza di equità del processo *ex art.* 6 CEDU. O quando, pur dissentendo parzialmente, nel 2011 si occupa del principio di retroattività delle leggi penali migliorative. O nelle sentenze della Cassazione nei casi *Welby* ed *Englaro*. O quando la stessa Corte suprema discute sul cognome familiare. Oppure quando la Corte costituzionale smantella la nostra legge sulla fecondazione assistita.

Non siamo più in questi casi di fronte ad un dialogo, ma ad un’azione comune in uno spazio comune europeo in cui, se vari attori si confrontano, i

³³ Cfr. del *Conseil d’Etat* il c.d. *arrêt Nicolo* del 20 ottobre 1989. Sul punto, successivamente *Cass.*, 20 giugno 2000, (*Crédit Lyonnais/Lecarpentier*), in *Rev. fr. dr. adm.*, 2000, 6, p. 123.

³⁴ Il rinvio è al caso *Barberà, Messeguier y Jabardo*, Trib. const. 16 dicembre 1991, n. 245.

giudici assumono un'incidenza di intensità peculiare destinata ad accrescersi se e quando si concluderà il processo di adesione della Unione alla CEDU. Il che comporterebbe la definizione delle norme convenzionali come "diritto comunitario". Con l'adesione della UE alla CEDU si supererebbe quel limite che condiziona la Carta di Nizza, di prescrivere diritti e libertà rilevanti soltanto nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, rientrando anch'essa nel dialogo delle Carte supreme mediante il principio della miglior tutela.

Giustamente si sottolinea come³⁵, «il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura... non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto quelli che aspirano a divenirne membri... onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze».

Con buona pace della logica della separazione degli ordinamenti tra unione e singoli Stati.

³⁵ F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 148.

Anna Maria Mancaleoni, Elise Poillot

Summary report

SUMMARY: 1. Cases and questions at issue – 2. To refer, or not to refer? This is the problem – 3. The framework of the preliminary reference: painting and interpreting the picture – 4. The art of implementing the decisions of the Court of justice – 5. The post-Brexit common law-civil law dialogue – 6. Dialogue or monologues? – 7. Conclusive observations*

1. *Cases and questions at issue*

The contributions touch upon various profiles of the relationship between the Court of Justice of the European Union and national judges and tell of matters that are highly heterogeneous from the point of view of the facts of the main dispute, of the questions raised and of the interests at stake. Some of the contributions are focused on a specific case, some on a series of cases related to the same subject matter, while still others deals with a singular main theme following a more systematic, general and abstract approach. All of them epitomize the problems of ‘communication’ between the CJEU and national judges which were the subject of the Conference.

Professor Amato illustrates the case law of the CJEU and of the *Italian Autorità garante della concorrenza e del mercato* concerning directive 2005/29 on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market. This directive is based on general evaluation criteria and it also refers to extra legal notions that belong to the social and economic sciences: as the directive leaves broad discretion to national judges, the related case law provides a privileged context in order to ‘measure’ the alignment, or the misalignment, between the CJEU and national judges as far as the interpretation and application of the concepts on which it is based is concerned.

In her comprehensive essay, Professor Autorino presents numerous examples, taken from different phases of the history and from different

* Professor Elise Poillot wrote paragraph 7; Professor Anna Maria Mancaleoni wrote the other paragraphs.

geographical contexts, of *cross-judicial fertilization* (and of *legal transplants* in general) to illustrate the major contribution that national and supranational courts have given to the protection of fundamental rights, with more specific regard to dignity and in particular within the European context (CJEU and ECtHR), and in the light of the more recent enshrinement of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Professor Biagioni deals with the specific and crucial problems arising from the Charter of Fundamental Rights of the European Union: its ambit of application and its effectiveness in the national legal systems. The CFREU, although having the same legal value as the EU treaties, is not comparable to the latter and its repercussions for the national legal systems are still to be defined. It is not even clear when the Charter may be relevant, i.e. when the case falls under the scope of EU law, according to Article 51 of the Charter (the Charter only applies to European Union Institutions and bodies and to the Member States «only when they are implementing Union law»).

Professor Calzolaio analyses the case law on the consequences arising from the avoidance of the preliminary reference to the CJEU as far as the liability of the State and of the judges is concerned.

The contribution of Professor Dotevall illustrates some peculiarities of the Swedish constitutional order, which are relevant also to the approach vis-à-vis European law (ECHR and EU law). Then he turns to describe the evolution of the national case law under the influence of the ECtHR with regard to the application of the *ne bis in idem* principle within the scope of tax law. It is thanks to the ECtHR that the Swedish superior courts finally changed their approach.

Professor Hartkamp focuses on the *Achmea* case, a real breakthrough in the sensitive area of bilateral investment treaties and their compatibility with EU law. The long-awaited judgement of the CJEU established that EU law precludes a provision in an international agreement concluded between Member States, under which an investor from one of those may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal. In particular, such a clause does not comply with Article 267 TFEU (and with the principle “autonomy of the EU law”), as the arbitral procedure and the review of the arbitral award are not sufficient to ensure compliance with EU law. With this judgement the CJEU took a clear stance but at the same time caused uncertainty and opened new questions (which called for subsequent clarification from the EU and national institutions).

Judge Lipari dwelled on the rich and complex Italian and CJEU case law on public procurement review procedures, in particular with specific regard to when the main claimant challenges the award of tender and the winner of the tender, in his turn, challenges the admission of the main claimant to the public procurement procedure (the so called cross-claim “*incidentale escludente*”, as it aims at “excluding” the other party). In simplified terms, in such cases it is unclear in which order the two claims should be examined by the national judge and, in particular, whether the cross-claim takes precedence; and if this is upheld, then the judge has to dismiss the main claim for lack of legal standing (as the main claimant’s “legitimate interest” would fail). The Judge illustrates that this is about reconciling the need for the protection of economic operators with the conflicting need for the timely achievement of the objectives of public interest, which could be impaired by “excessive” litigation. Italian judges have expressed different opinions in this respect and they also have called upon the CJEU to pronounce (see in particular the decisions in *Fastweb* and *Puligienica*), but the answers have not been conclusive, also due to the variety of factual circumstances in which the question arises each time.

Professor Poillot introduces and comments on the speech given at the conference by Judge Rigal; furthermore, as an expert of consumer law, she illustrates the legal framework underlying the matter. Judge Rigal tells us about his experience, from a professional and human point of view, as the judge who made the preliminary reference to the CJEU in the *Cofidis* case. The case raised the question as to whether the directive on unfair terms in consumer contracts requires the national judge to disapply the national provision which does not allow the same judge to raise the unfairness of contractual clauses of his own motion if the legal proceedings were initiated more than two years after the conclusion of the contract (*délais de forclusion*). As Professor Poillot highlights in her contribution, on this occasion the CJEU has further developed the doctrine of the ‘active role of the judge’ in consumer litigation, thus determining a significant change in the French legal framework, in addition to general repercussions for other Member States. This is the second judgement of a series in which the CJEU replaced the EU legislator in order to remedy the ineffectiveness of consumer protection, thus opening the door to dozens of further preliminary ruling referrals leading the CJEU to circumscribe the scope of the doctrine of the active role of the judge.

Judge Riccardi’s contribution critically assesses the *Taricco* saga, in which the Italian Constitutional Court and the CJEU were confronted

with the sensible question of the limits within which EU law prevails over national law (the so called doctrine of the “controlimiti”). In the first of the judgements on *Taricco*, the Grand Chamber of the CJEU had established that Italian judges have to disapply the relevant provisions on limitation periods in the context of criminal proceedings on VAT fraud, so as not to declare time-barred crimes of fraud affecting the financial interests of the EU, when the application of these provisions, in particular, «prevents the imposition of effective and dissuasive penalties in a significant number of cases of serious fraud affecting the financial interests of the European Union», which it is for the national court to verify. In the national follow-up to the CJEU judgment, some national courts questioned the compatibility of the CJEU solution with fundamental rights and the Italian Constitution. Then the Italian Constitutional Court reopened the question before the CJEU in order to clarify any doubts as to the scope of the previous judgement. According to the Constitutional Court, the application of the *Taricco* rule by national judges might be contrary to the fundamental principles of the domestic legal order (such as, in particular, the principle of legality, in its corollaries), which are part of the national “constitutional identity”; consequently the national judge might not be obliged to disapply the national provisions under consideration, as this would go beyond the limits of the primacy of EU law over national law. The CJEU, in answering the question, circumscribed the scope of the first *Taricco* judgement by establishing that the obligation to disapply the national provisions on limitation periods fails when it «entails a breach of the principle that offences and penalties must be defined by law because of the lack of precision of the applicable law or because of the retroactive application of legislation imposing conditions of criminal liability stricter than those in force at the time the infringement was committed».

The contribution of Raffele Sabato, judge at the *Corte di cassazione* (civil matters) at the time of the Conference and now (at the moment of the publication of this Volume) the Italian judge at the European Court of Human Rights, focuses on another case involving the relationship between the Italian Constitutional Court and the CJEU, EU and national law. It deals with the so called “doppia pregiudizialità”: namely, the situation of the national judge who faces doubts as to the compatibility of the relevant domestic provisions with directly applicable EU law and, at the same time, with the Constitution. According to the well-settled national case law, in such cases the court to be first seised is the Court of Justice, but this rule has been questioned by a decision of the Constitutional Court (n. 269/2017):

even if in *obiter*, this decision seems to state that, when the doubts of the judge are related to rights protected at once by the national Constitution and by the EU Charter of fundamental rights and the latter is applicable, the question of constitutionality (and therefore the Constitutional Court) comes first (without prejudice to the possible referral to the CJEU for a preliminary ruling on questions of validity and of interpretation of EU law).

Professor Sica provides a critical analysis of the case law on the liability of internet providers. The exceptions to the general principle of ‘no liability’ allowed by the EU legislation, which was introduced to catch up with US regulation, are not clearly defined and there are different interpretive approaches. Furthermore the fact that also the case law of the European Court of Human Rights follows a different approach is not of help for the harmonisation of the regulation of provider liability.

Professor Wallis – former President of the European law Institute and former member of the EU Parliament – discusses the future relationship between the UK courts and the EU – and the civil law courts – in the light of Brexit.

The contributions, even if they vary considerably, as outlined above, can be also considered transversely, with regard the various steps of the preliminary ruling procedure in which the communication between the national courts and the CJEU is articulated: the decision on whether or not to refer the case to the CJEU; the correct definition, at the national and EU level, of the legal context in which the question is placed, which is relevant for both the national judges and the CJEU; the final moment, when the national judge has to implement the ruling of the CJEU in the national legal system (without prejudice to further appeals and referrals to the CJEU and to possible legislative intervention which could be necessary to remedy non-compliance with EU law).

2. To refer, or not to refer? This is the problem

For obvious reasons, the generally speaking most well known cases among national jurists are often those which originate from higher or constitutional national court referrals, and, above all, those which concern fundamental questions inherent to the relations between domestic and EU law. This is so for those cases dealt with by Giuseppe Riccardi and Raffaele Sabato that take their cue from current events in Italy in which the Constitutional Court

dealt with the question of “controlimiti”/“constitutional identity” (*Taricco*) and the relationship between the referral to the Constitutional Court and to the Court of Justice in the case of “doppia pregiudizialità”. In *Taricco*, in particular, the Constitutional Court sought to clarify the limits beyond which not even the Court of Justice and the primacy of EU law can go.

The case presented by Judge Rigal, however, underlined how lower judges can play a role no less incisive than that played by the Supreme Courts. Preliminary referrals to the CJEU are the purview of judges of every state and level (unlike what is provided for in some legal systems – see France and Austria, in particular – in cases where the preliminary ruling concerns the constitutionality of laws). Furthermore, many CJEU rulings that have had enormous impact on given internal legal systems find their origin in preliminary rulings by the judges in question, who, through the EU Court, bypassed their respective higher courts and determined a change of course in their own legal system, as demonstrated by the *Cofidis* case. The impacts of the case law of the Court of Justice in matters of consumer protection, even though these are not in themselves of great economic importance (beyond, possibly, to the position of the individual consumer party to the dispute) have enormous implications at a ‘system’ level. This is particularly evident in the case law on unfair terms and consumer credit, which, since it concerns financing in the broad sense, has a profound effect on the market behaviour of banks.

Rolf Dotevall’s report also shows how national higher courts’ resistance to change can sometimes be overcome with the intervention of European supranational courts. The example is, in this case, taken from the case law of the European Court of Human Rights, which pushed internal systems in the direction already taken (in vain) by the lower judges (who due to, among other things, age, are at present ‘closer’ to European law than their and older colleagues in the higher courts).

Etienne Rigal’s contribution, moreover, is characterized by its originality: it even describes the human aspect of the case: the inner ‘torment’ of the judge, faced with the difficulties and risks inherent to referral, particularly in the case *de quo*, in which the referral is an attack on the position taken by the *Cour de cassation*. The sensitivity of the judge, his empathy with the position of the weak debtor with respect to the powerful banks, the struggle for justice and the consequent wait and search for a ‘good’ case as well as the link, so crystal clear, between law and values, are all striking. As Elise Poillot points out, the case, above all, shows the law of the European Union, often accused of laissez-faire liberalism, in this instance close to the

needs of the citizens and functional to what is, according to Judge Rigal, the primary purpose of law: to grant the weak the possibility to petition the State for the redress of their rights. In this case, the consumer has had the fortune of ‘encountering’ a pool of jurists at once competent and ‘sensitive’ (and thus capable of making up for the lawyer’s ignorance of EU law): Judge Rigal, was able to avail himself of the support of a university professor expert in EU law profiles, who directed the strategy, of two colleagues that envisioned the recourse and of a Spanish colleague who proved at once industrious and ‘sensitive’. Rarely, however, do such circumstances come about contemporaneously. Knowledge of EU law among judges, and especially among those of the lower courts (while higher court judges are trained to deal with the most controversial cases and are, on the whole, more equipped) was, at least until a decade ago, limited: on this point, see what emerges from the report to which Diana Wallis refers to in her contribution on the perception of European Union law among national judges.

Limited, moreover, as Ermanno Calzolaio’s account illustrates, is the liability that a judge bears in cases of a negative decision on whether to refer or not, seeing as the State is liable vis-à-vis individuals for damages resulting from omission of referral for a preliminary ruling only if it is a judge of last resort, if the omitted referral adds up to a “serious and manifest” violation of the obligation of referral and if there is a causal nexus between the omitted referral and the damage suffered. These are, evidently, highly restrictive requirements, and all the more so in respect to those that pertain to the general liability of the State as derived from violations committed by a judicial organ (of which I am aware of only one case for which a State was found liable). Even more remote, furthermore, is the possibility that the judge be called to compensate for the damage (directly or as a result of recourse of the State which had to make good the damage caused to individuals) due to measures of internal law on the civil liability of judges, as national regulations tend to limit such liability.

3. The framework of the preliminary reference: illustrating and interpreting the picture

The exact definition of the legal framework in which a preliminary referral is placed is relevant both from the point of view of the national judge that proceeds to referral and from that of the CJEU, which is called

upon to decide on the basis of the illustration of internal law carried out by the national judge.

The choice on whether to refer becomes even more complex when dealing with subject matters in which the legal framework is indeterminate, as clarity is even lacking within both the European legislation and in the case law of the Court of Justice. Particularly illustrative on this last hypothesis is the account of Professor Biagioni, centred on the problems linked to the interpretation and application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: on this, the guidance that the CJEU provides on the scope and effectiveness of the Charter on which national judges can rely is limited; the approach is case-based. To establish if the CFREU is applicable, the CJEU analyses on a case-by-case basis the specific circumstances of the case at hand, rendering it difficult for national judges to find concrete guidelines. Referral, consequently, can be discouraged. In the case of the CFREU – a particular case for the peculiarity of this source of EU law – ‘too many referrals’: as a consequence, as Professor Biagioni explains, the CJEU tends to close such cases declaring them as inadmissible for lack of sufficient connection to EU law. The CJEU can in this way select its cases, refusing to hear those that are more sensitive from a political point of view or that present limited interest from the perspective of the EU. In such a way, the CJEU can also evade conflict with national constitutional courts, avoiding thus accusations of judicial activism and mitigating anxieties pertaining to the notion of it replacing national legal systems in the determination of the standard of protection of fundamental rights. Still – Giacomo Biagioni also observes – in the long term such a case-by-case approach may lead to a decrease in referrals, especially from lower court judges, who have no such obligation (considering the uncertainty as regards the applicability of the Charter), and a certain incoherence of interpretation and application.

At times a decision of the Court of Justice is perceived to be missing the proper domestic legal framework. Such was concretely verified in the *Taricco* affair, in which the CJEU did not comprehend the values presided over by the Italian criminal law system, only to then “take a step back”, as highlighted in Judge Riccardi’s account (and the initial position of the CJEU was verisimilarly spoilt – he suggests – by prejudice as regards the Italian statute of limitations). This also true with regards to the case law on review procedures: Judge Lipari notes that, apart from some reservations that can be expressed on the legitimacy of para-normative power exercised by the Court of Justice, the case-by-case approach «brings with it a defect derived from limited preliminary investigation and the lack of evaluation of

the problem as a whole, beyond the concrete case it underlies».

4. *The art of implementing the decisions of the Court of justice*

Almost all of the contributions highlight the difficulty of understanding the scope of the judgments of the Court of Justice and especially those of Carla Sieburgh, Marco Lipari and Arthur Hartkamp: here the case-by-case approach is particularly pronounced, and more than ever poorly inclined to understanding if the principle enunciated by the CJEU is separable from the specific circumstances of the concrete case or if it can be extended to a more ample generality of cases. This is the issue widely explored in the context of common law systems, which now sees itself proposed again in a more 'grave' manner in the multilevel system of the European Union, which does not present the same cultural homogeneity and commonality of language of the common law systems.

The *Achmea* ruling – of crucial content under the economic and market profile, which is that of foreign investments, which requires a strengthened level of certainty – has not clarified if the incompatibility of the EU legal system of the European Union subsists only by the Bilateral Investment Treaty being considered (or in those which contemplate arbitration clauses with analogous formulation) and if analogous solution counts with reference to all BIT's and also to the Charter of energy. The motivation, all else aside, appeared less than convincing. One can hypothesise that there was not unanimity of opinion within the CJEU, since prior another Advocate General, even if in relation to a only partially similar case, had expressed, much like the Advocate General for *Achmea*, a sense of compatibility of the BIT with European Union Law. Doubts, emphatically raised in the commentary on the ruling, were in part overcome by successive interventions on the part of the Member States and of the institutions of the European Union, which from the ruling of *Achmea* received the unavoidable spur to change the framework.

Also in *Abercrombie* we can see a divergence of opinion between the Advocate General and the CJEU: the former attributed to a national judge the task of establishing if the legitimate ends pursued by the national discipline were necessary and appropriate, while the latter directly carried out the evaluation itself; this, as – Judge and Professor Carla Sieburgh notes – omits, however, to justify the conclusion reached, limiting itself to

refer to the discretion that the Member States enjoy and without clarifying the doubts raised by the judge who ordered the referral. The ruling leaves room for doubt on how to treat cases that may be slightly different (for example when the employee is not in his or her first work experience); according to Sieburgh, it constitutes an example of unidirectional top-down communication; and an analogous approach was followed by the Court of Justice in a subsequent case, concerning a similar matter. In the following internal review the *Corte di cassazione*, in upholding the appeal of the employer, was able to limit itself to recalling the ruling of the CJEU to affirm that the principal objective of the contested law was that of granting young people a *first* chance to access the labour market, to guarantee a first experience that could then put them in a position of competitive advantage in said job market, excluding that a similar protection be provided for workers beyond their first work experience.

Equally indicative of the difficulty of establishing if the ruling of the CJEU is also valid as a precedent for similar, albeit not identical, cases is also the contribution of Judge Lipari, as related to public procurement review procedures which are particularly complex for the variety of situations that can concretely emerge (with consequent difficulties in finding a general solution that satisfies all the needs that may arise in the event of a “ricorso incidentale escludente” regardless of how the specific case is configured). Both the reports of Judges Riccardi and Lipari highlight the difficulties of transposing into internal law the specific solutions found by the CJEU due to the repercussions that arise in the domestic system of the sources of law. The problem, as outlined above, arises in particular in criminal law, but, with reference to the practice of public procurement review procedures, Judge Lipari also dwells on the relationship between written law and case law, as this involves legal certainty. In the area of public procurement, EU legislation is centred on elastic concepts and principles, while the CJEU case law, which is the prevalent source, is specific and detailed. According to the Judge, this is because at the time of adoption of the review procedures directive there was reluctance to intervene on the procedural aspects; today, however, it is very much time for the introduction of more specific written provisions, also of procedural nature. This would be preferable to relying on the principle of autonomy of the Member States, which, in its uncertainty, does not lend itself to efficient application, particularly in matters that, like this one, demand certainty.

5. *The post-Brexit common law-civil law dialogue*

Diana Wallis' account takes on the topic of dialogue between the British and European courts in the scenario created by Brexit, characterised first of all, by uncertainty. Citing the outcome of the 2008 Report *on the Role of the National Judge in the European Judicial System*, based on the more than 2,300 responses to a questionnaire given by national judges, Diana Wallis, at that time Vice President of the EU Parliament, let it be known that – at least up to a decade ago – the law of the European Union was not known, or at least applied, when required at the national level, also due to lack of expertise. Judges were somewhat aware of Union law as something of gravity to be approached with a sense of responsibility, but, at the same time, of extreme complexity and with which they would unlikely be faced; and this was the case especially for English judges, that treat foreign law as a question that must be raised in judgment by the parties and which, if these do not raise it, the judge applies English law. Diana Wallis notes that the English approach, however, was always 'internationalist' since Lord Mansfield and also due to the influence, albeit not immediately obvious, of various migratory flows.

One can here recall, incidentally, that with the entry of the United Kingdom into the European Union the idea of "gradual convergence" of common law and civil law had gained ground (a classic topic of comparison): the membership of the United Kingdom to the European Union, as involving the sharing of Community legislation and case law (the "incoming tide" of EU law, in the words of Lord Denning¹), would have led

¹ *HP Bulmer Ltd & Anor v. J. Bollinger SA & Ors* [1974] EWCA Civ 14: «It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back, Parliament has decreed that the Treaty is henceforward to be part of our law. It is equal in force to any statute»; «What a task is thus set before us! The Treaty is quite unlike any of the enactments to which we have become accustomed. The draftsmen of our statutes have striven to express themselves with the utmost exactness. They have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them. They have sacrificed style and simplicity. They have foregone brevity. They have come long and involved. In consequence, the Judges have followed suit. They interpret a statute as applying only to the circumstances covered by the very words. They give them a literal interpretation. If the words of the statute do not cover a new situation - which was not foreseen - the Judges hold that they have no power to fill the gap. To do so would be a "naked usurpation of the legislative power" (...). The gap must remain open until Parliament finds time to fill it. How different is this Treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look

to a deeper approximation. According to the antagonising thesis, instead, EU law would have acted as a «legal irritant», putting into gear a transformative process of the internal law with the outcome not being necessarily convergence². Still, according to a wide breadth of study dedicated to the analysis of the ‘dialogue’ between the courts³, the English judges would tend to in any case, for various reasons⁴, ‘converse’ with the other courts of common law instead of the national courts of civil law tradition; European influence would only be felt in those areas object of European Union law, while areas in which reference to foreign law is purely optional the privileged interlocutors would be colleagues of Commonwealth jurisdictions⁵.

With Brexit, the British courts, once the relationship of ‘subordination’ to EU law ceases, can legitimately disregard the judgments of the Court of Justice, if they believe that they do not provide the preferable interpretation of what will have become purely internal law. However, according to Diana Wallis, the efforts to improve training and European collaboration surely brought about certain effects and with successive generations, and certainly with those of the Erasmus era, European influence has penetrated, albeit in an immeasurable fashion; thus the fact is that formally receding from the European Community Act is not enough to undo decades of custom.

6. *Dialogue or monologues*

The contributions manifest both optimism and pessimism, as well as moderation, about the effectiveness of communication between the courts and, therefore, about the prospects of European integration specifically through case law. Such a profile can be framed within the context of widespread euroscepticism (even aside from Brexit), which Judge Riccardi and Professor Sica in particular refer to in their account.

in vain. There is none. All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the Judges, or by Regulations or Directives. It is the European way».

² G. TEUBNER, *Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergencies*, in *Modern LR*, (61) 1998, p. 11 ff.

³ M. BOBEK, *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013.

⁴ Just think, first of all, of the commonality of language and consequently of the accessibility to legal materials; then of the greater prestige attached to the other common law courts and of the greater inclination to undergo their influence, also due to the common cultural heritage: v. P. GILIKER, *The influence of EU law and European human rights on English private law*, in *Int. & Comp. Law Quarterly*, 2015, p. 249 ff.

⁵ BOBEK, p. 75 ff.

The most marked critical tones are those of Judge Riccardi, who speaks of “monologues”, rather than “dialogues” in reference to the relationship between the courts (and further, the very same category of “dialogue”, as that of “multilevel protection of rights”, would be pure myth). The balance of rights, notes the judge, cannot lie beyond a political dimension, which is not at the moment found in the European context; in the last analysis the Court of Justice disregards links to the domestic system of the sources of law and the division of powers itself, on which western constitutionalism is based.

Greater optimism emerges from the accounts of Judge Rigal and from Professor Dotevall, which recount events in which ‘fair’ outcomes on the merits resulted from the ruling of the Court of Justice and the internal legal systems were induced to change their orientation. In both cases, the ‘dialogue’ between the trial judges and the Court of Justice was effective, as the trial judges found in the Court of Justice an interlocutor capable of overcoming resistance to desirable change opposed to trial judges by their respective higher courts.

Also Professor Amato’s account is positive: even if comparison does not always result in coherent application, one can note a gradual convergence, most of all well prone to improvement; in this context, the fact that the CJEU embraces a case-law approach, leaving ample discretionary powers to national judges, is positive, as it in this way avoids jeopardising the process of harmonisation through argumentation founded on the application of the general clauses.

Professor Autorino, although highlighting the uncertainty of framework, looking worldwide and both to the past and to the future, sees favourably the protection of fundamental rights given by the dialogue among the national and supranational courts (also beyond their respective fields of competence).

On the crucial matter of public procurement review procedures, the contribution of Judge Lipari, although underlining the lack of determination of the rules and of the overall framework, notes a basic convergence of the internal and European Union systems, on consolidated values, and invites us have faith in the work of the Court of Justice. According to the Judge, in the area under consideration the dialogue is «fruitful» and «especially lively and complex»; even highlighting the uncertainty of the framework, he retains that this outcome is not inevitable: he notes how the CJEU does not always bring uncertainty, but, on the contrary, certainty (as Rigal’s account demonstrates); in any case, in the matter of in the field of public procurement review procedures juridical insecurity and «risks of overly unbalanced law on the ‘creative’ intervention of jurisprudence» are not without remedy, but can

be corrected via legislative intervention that updates the discipline.

Lipari's contribution addresses, among other things, the problem of the communication deficit also in terms of concrete procedural methods. EU institutions should involve themselves more in procedural aspects (and to this end institute, for example, some permanent centres of dialogue with the national legal systems). Additionally, it would be auspicious to mitigate the rigidity of the procedure before the CJEU, especially if the subject of the referral is a matter of utmost importance on which the national supreme courts have already ruled; if the question is of utmost importance, an exception should also be made with respect to the rules on the conciseness of the order for reference and on the untranslatability of the acts of the main proceedings.

In (pro) positive terms is also the report by Carla Sieburgh, who, while acknowledging the difficulties of communication between the courts, invites us to not interrupt the chain of dialogue and to not hesitate to go to the Court of Justice again if doubts remain; and the report by Professor Autorino, which shows how achievements in the protection of fundamental rights have been derived from legal transplants through the case law.

Negative but at the same time open is the position of Professor Sica, who, while considering a common value system to be lacking, regards dialogue inescapable (since, above all, the solutions must necessarily converge since it is a matter of network discipline): there is « too much Europe » and « too little Europe », « Uncertainty continues to reign supreme, but the exchange between European and national case law is indispensable, even as the only path in which the thread of the legal norms enacted can be found of shared value choices, is today lost in the (not accidental) chaos that the economic governance of processes has generated ».

7. Conclusive observations

The fundamental role of the dialogue established between the CJUE and national courts cannot be ignored. In the labyrinth of questions and cases that are referred to the Luxembourg Court, there is a red thread. Sometimes the creative process of the law can feel like walking a maze and getting lost along the way. But the CJUE knows how to unroll that thread and guide national judges out of the labyrinth. And this thread is precisely the dialogue that the Court succeeded to establish with national judges. This dialogue is the essence of what could be defined today as the European

Union legal tradition. To find the way out of the labyrinth is not easy and it takes some time, as it took some time for the Court to reconsider its first judgement in the *Taricco* case. In its second judgement, criticisms addressed to the unfortunate consequences of the first approach of the Luxembourg judges were undoubtedly taken into consideration.

Somehow, the dialogue between national judges and the CJUE resembles the Platonist interpretation of dialectic as the dialogue assumes a crucial role in the development of both national and EU law and the way they interact. It becomes the process whereby the intellect passes from sensible to intelligible – one cannot here but think of the contribution of Etienne Rigal – rising from idea to idea until it finally grasps the supreme interpretation, that of the CJUE. The dialogue between national and European judges is a process of enquiry that does away with hypotheses up to the First Principle of EU law⁶, that of primacy – whose existence was, by the way, if not established at least proclaimed by the CJUE on the ground of a judgement rendered to answer a preliminary question referred to the Court of Justice. The dialogue between national judges and the CJUE slowly embraces the multiplicity of interpretation in unity of interpretations in the Union. Of course, one needs to be realistic. The judgements of the Court are not always as intelligible as one would wish, as illustrated by the contribution of Professor Hartkamp regarding the *Achmea* case, and national judges may find them difficult to implement in their national jurisdictions. But they continue to refer more and more cases to the Court, confirming their need for dialogue and the trust they put in the Luxembourg jurisdiction⁷. After all, the legal framework of the preliminary ruling is broad enough to be perceived as extremely flexible when it comes to appreciate whether or not a preliminary question should be referred to the CJUE. National judges could choose not to do it.

There are several reasons to refer a case to the Luxembourg Court. It may be a political move as it was in the case in the *Costa v ENEL* case⁸ and in many others. It may be a social vision of the law of a community of judges, as demonstrated by the judiciary saga of the active role of courts with regard

⁶ PLATO, *Republic*, VII, 533 c-d.

⁷ The yearly review of the CJUE 2019 reports 641 preliminary rulings proceedings. Available at https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/ra_pan_2019_interieur_en_final.pdf.

⁸ On the political background that led to the *Costa v ENEL* judgement, see A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 2019, pp. 1017-1037, more specifically p. 1034.

to consumer protection, or it may more simply be the pragmatic need for a clarification of EU legislation. Whatever the reasons, the Court of Justice and the national judges, through the narrative of the cases referred to the Luxembourg Court by the latter, be the Court's rulings clear or unclear, wrote and will still be writing part of the story of Europe, illustrating the theory of Rudolf Jhering on the "Kampf ums Recht" at the judicial level. Both national and European judges struggle to assert the rights of EU citizens through judicial proceedings contributing to the progress of national and EU legal orders as a whole⁹.

As has been observed, without the counterfactual scenario of *Costa v. ENEL* where a judgement of the Italian Constitutional Court of 24 February 1964 gave precedence to a subsequent Italian statute inconsistent with the EEC Treaty «which [...] posed an existential threat to the EEC and a direct challenge to the ECJ's preliminary jurisdiction», it is very doubtful that the CJEU would have entrusted national courts with the mandate to disapply national statutes incompatible with Community law as early as in 1964. National judges make EU law and in return the CJUE makes national law. The dialogue comes full circle, like the twelve stars on the European flag.

⁹ R. VON JHERING, *The Struggle for Law*, translated by John J. Lalor (1915 [1872]), at 73–74: «E]ach of us, in his own place, is called upon to defend the law, to guard and enforce it in his own sphere. ... In defending his legal rights he asserts and defends the whole body of law, within the narrow space which his own legal rights occupy».

Biographical notes of the editors

ANNA MARIA MANCALEONI is associate professor of Comparative Private Law at the University of Cagliari, Law Department. She has been teaching comparative and EU private law, comparative contract law and consumer law. Also her research has focused on EU private law, in general and more specifically on the impact of EU law on consumer and contract law. She has written many essays on these topics, especially on EU consumer contract law, and, more recently, a monograph on the influence of EU law and the ECHR on English tort law.

ELISE POILLOT is full professor of Droit Civil in the Faculty of Law, Economy and Finance of the University of Luxembourg. Her main fields of research and teaching have been, in a national comparative and EU perspective, consumer law and general contract law. In the last four years she has been deeply involved in setting up and directing the Consumer Law legal clinic in the University of Luxembourg. On all these topics she has extensively written (in French, English and Italian) both monographs and articles published in important law reviews and books edited by leading European scholars. She regularly presents the development of EU jurisprudence in the field of consumer law in the *Recueil Dalloz* and in the *Journal de Droit Européen*.

The impact of EU law on the Member States depends decisively on the application by national judges of principles and rules elaborated by the EU Court of Justice in response to the preliminary ruling references made by the national judges themselves. Therefore the good functioning of the complex system resulting from the interaction between the EU legal order and the Member States implies a constructive relationship between the Court of Justice and the national judges. With this premise, the volume aims to face the difficulties experienced in the ‘dialogue’ between all national courts (on the merits, supreme, constitutional) and the EU Court of Justice. To this purpose the national judges themselves are called to express their opinions: they were requested to illustrate, from their experience, the drawbacks encountered in the communication with the CJEU. The voice of professors specialised in European and comparative law is then heard.

Contributions of: Cristina Amato, Gabriella Autorino, Giacomo Biagioni, Ermanno Calzolaio, Rolf Dotevall, Arthur Hartkamp, Marco Lipari, Anna Maria Mancaleoni, Elise Poillot, Giuseppe Riccardi, Etienne Rigal, Salvatore Sica, Carla Sieburgh, Diana Wallis.

