

Il significato 'trasversale' e 'potenziale' del principio di attribuzione quale strumento per rafforzare il regime del primato rispetto al regime dell'autonomia procedurale

di Melania D'Angelosante

Title: The 'transversal' and 'potential' meaning of the attribution of powers as a tool for strengthening the primacy with respect to the procedural autonomy

Keywords: Primacy; Procedural autonomy; Attribution of powers.

1. – Questo lavoro intende osservare e discutere il tema del rapporto fra *primato* del diritto unionale e *autonomia procedurale* degli Stati da una prospettiva in parte inedita, che si può scorgere traendo spunto da una recente decisione della Corte di giustizia (d'ora in avanti *Caso Polonia*), resa a definizione di un rinvio pregiudiziale c.d. interpretativo.

La prospettiva offerta dalla Corte è quella del *rafforzamento del regime del primato* dell'Unione rispetto all'autonomia degli Stati.

Tale rafforzamento avviene considerando l'opposto principio dell'*autonomia* procedurale o processuale degli ordinamenti nazionali come recessivo a favore del primato *non solo* quando sia necessario garantire i principi di *effettività* e di *equivalenza* della tutela giurisdizionale, *ma* – in via preliminare, generale e trasversale – tutte le volte in cui gli apparati e le procedure stabiliti nell'esercizio di quell'autonomia possano trovarsi o si trovino – rispettivamente – ad applicare (gli uni) e a essere usate per applicare (le altre) il diritto dell'Unione.

La considerazione dei principi di effettività e di equivalenza viene quindi assorbita, nel modo che più avanti si chiarirà, da quella del principio di *attribuzione*, del quale è non solo evidenziata l'efficacia trasversale, ma altresì quella 'potenziale', assumendo rilievo anche la eventuale necessità, per il giudice nazionale, di applicare in futuro il diritto dell'Unione.

In questo contesto il *diritto a una tutela giurisdizionale effettiva* – fondato sugli artt. 19 TUE, 47 CdUE, 6 e 13 Cedu (rilevando la Cedu per il tramite dell'art. 52 CdUE) –, pur essendo più volte richiamato dalla decisione della Corte, non rappresenta la reale giustificazione addotta per consentire al primato di prevalere sull'autonomia.

La ragione fa invece leva sul fatto che il giudice nazionale potrebbe trovarsi ad applicare il diritto dell'Unione nell'esercizio della propria giurisdizione, dovendo in queste ipotesi garantire il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva come inteso dall'ordinamento unionale, e connotarsi quindi – strutturalmente e funzionalmente – in termini di indipendenza, neutralità e imparzialità secondo tale ordinamento.

Al principio del primato consegue, come noto, che l'autorità nazionale è tenuta a disapplicare l'atto interno in contrasto rispetto al diritto unionale avente effetto diretto.

Nel caso oggetto della controversia l'autorità chiamata a disapplicare (*rectius*: a «considerare inesistente», per usare le parole della Corte rese dalla traduzione) è il giudice. In molte occasioni la Corte ha tuttavia esteso l'obbligo anche all'amministrazione (si v., *ex plurimis*, Corte giust., 22 giugno 1989, n. 103, in www.europa.eu).

Inoltre, l'atto da disapplicare è un *provvedimento giurisdizionale*. Questa rappresenta una ipotesi eccezionale rispetto a quella più ricorrente della disapplicazione degli *atti normativi* (di rango primario o secondario: si v., *ex plurimis*, Corte giust., 9 marzo 1978, n. 106, in www.europa.eu). Allo stesso modo risulta ipotesi meno ricorrente, come si evince dall'esame della giurisprudenza dei giudici dell'Unione, la disapplicazione di *altri atti autoritativi*, quali i provvedimenti dell'amministrazione (si v. Corte giust., 9 marzo 1978, n. 106; Corte giust., III, 14 giugno 2007, n. 422, ambedue in www.europa.eu).

Altrettanto eccezionale è, infine, la circostanza che la Corte abbia affermato, traendo spunto dal caso in esame, che l'eventuale carattere definitivo del provvedimento giurisdizionale da disapplicare, o la sua stabilizzazione attraverso il giudicato, e pertanto la necessità di osservare i principi di *certezza e affidamento*, non sono condizioni ostative rispetto all'esito disapplicativo.

Il lavoro sarà articolato nel modo seguente.

Dapprima si comporrà il quadro della vicenda processuale e delle argomentazioni cui la decisione della Corte si riferisce.

Successivamente si isoleranno le ragioni che giustificano la decisione.

Quindi si aprirà una riflessione su quelli che paiono i principali aspetti meritevoli di approfondimento e discussione.

L'uno è il rapporto fra *primato e autonomia*, in riferimento al quale si cercherà di comprendere quale sia la relazione fra le diverse condizioni individuate nel corso del tempo per giustificare la recessione dell'autonomia rispetto al primato, e quali siano gli effetti che ne scaturiscono. Tali condizioni sono, come si è accennato, la tutela dei principi di *effettività/equivalenza* e l'applicazione del principio di *attribuzione*.

L'altro aspetto riguarda i *limiti della giurisdizione* della Corte di giustizia sul diritto interno nei procedimenti di rinvio pregiudiziale interpretativo.

Infine si cercherà di trarre qualche conclusione di sistema dall'esame della posizione della Corte e dalle conseguenti riflessioni svolte, ordinando la definizione in concreto del rapporto fra primato e autonomia secondo una procedura a due stadi.

Il primo stadio è finalizzato a rintracciare il regime ordinario, del *primato* o dell'*autonomia*, attraverso l'applicazione del principio di *attribuzione*, inteso a sua volta secondo un significato rafforzato ('*trasversale*' e '*potenziale*').

Il secondo stadio è finalizzato a rintracciare condizioni e limiti per l'intervento del *regime derogatorio* in riferimento a ciascuno dei due regimi ordinari, a esempio attraverso l'applicazione dei principi di *certezza* o *affidamento* (per derogare al *primato*), oppure di *equivalenza* e di *effettività* (per derogare all'*autonomia*).

2. – Si può dunque partire dalla composizione del quadro della vicenda processuale e delle argomentazioni cui la decisione della Corte si riferisce.

La decisione ha definito un *rinvio pregiudiziale interpretativo* proposto dalla Sezione civile della Corte suprema polacca, nel procedimento promosso dal giudice W.Ż. contro una pronuncia del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) comportante un "arresto processuale", ossia – in concreto – un arresto del

procedimento di tutela giurisdizionale attivato per contestare il provvedimento di trasferimento del giudice ricorrente da una Sezione all'altra del medesimo Tribunale.

Il contenzioso trae origine dal provvedimento con il quale il Presidente del *Tribunale regionale* ha trasferito il giudice W.Ż. dalla Sezione di appello alla Sezione di primo grado.

Il destinatario ha impugnato il trasferimento dinanzi al *KRS*, che ha definito il ricorso con una decisione di non luogo a statuire.

Il ricorrente ha quindi impugnato tale decisione dinanzi alla *Corte suprema*, contestualmente proponendo alla *Sezione civile* una istanza di ricusazione di tutti i giudici della *Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche*, competente a pronunciarsi sulla impugnazione proposta.

La ricusazione era in particolare fondata sul lamentato difetto di imparzialità e indipendenza del Collegio, in ragione delle modalità con cui si era svolto il procedimento di nomina dei suoi componenti.

Questo era stato infatti contestato dinanzi alla *Corte suprema amministrativa* dai candidati non proposti dal *KRS* al Presidente della Repubblica per la nomina a giudici della *Sezione di controllo straordinario*.

In applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla facoltà dei giudici nazionali di esercitare il potere cautelare per assicurare effettività al diritto dell'Unione, la *Corte suprema amministrativa* aveva a sua volta sospeso l'efficacia della proposta rivolta dal *KRS* al Presidente della Repubblica, in attesa della definizione, da parte della medesima Corte di giustizia, di un rinvio pregiudiziale interpretativo riguardante la compatibilità fra il diritto unionale e la legge polacca di disciplina del *KRS*. La decisione pregiudiziale avrebbe infatti potuto richiedere alla Corte suprema amministrativa di disapplicare il diritto interno in osservanza del principio del primato, e per l'effetto di annullare l'intera delibera del *KRS* contenente la proposta.

Nonostante la sospensione della efficacia di tale delibera, il Presidente della Repubblica aveva tuttavia provveduto ugualmente alla nomina.

Il ricorso del giudice W.Ż. avverso la decisione di non luogo a procedere del *KRS* era stato quindi respinto dalla *Sezione di controllo straordinario* così nominata, in composizione monocratica.

La *Sezione civile della Corte suprema*, prima di pronunciarsi sulla istanza di ricusazione, ha rilevato che il provvedimento di rigetto adottato dalla *Sezione di controllo straordinario* violava il codice di procedura civile – il quale non consente di definire un giudizio fintanto che è pendente un procedimento di ricusazione dell'organo giudicante –, e violava inoltre il diritto di difesa, fondato in particolare sull'art. 45 Cost., sull'art. 6 c. 1 della Cedu e sull'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

La *Sezione civile* ha quindi deciso di sottoporre alla Corte di giustizia, in via pregiudiziale e interpretativa, un quesito sull'esistenza del provvedimento assunto dalla *Sezione di controllo straordinario* nonché sulla sua idoneità a concludere il giudizio, secondo il diritto unionale, anche alla luce della pregressa sospensione dell'esecuzione della decisione del *KRS*.

Il quesito pregiudiziale riguardava in sostanza la necessità di interpretare gli artt. 2, 6 p. 1 e 3, 19 p. 1 c. 2 TUE nel senso che «*non costituisce giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi del diritto dell'Unione, un organo giurisdizionale in composizione monocratica formato da una persona nominata a ricoprire la funzione di giudice in palese violazione delle norme [...] dello Stato membro riguardanti la nomina dei giudici, violazione consistente, in particolare, nella nomina di tale persona alla funzione di giudice nonostante la previa impugnazione dinanzi al giudice nazionale competente [...] di una delibera di un organo nazionale riguardante la proposta della sua nomina alla funzione di giudice, e nonostante la sospensione di tale*

delibera conformemente alla legge nazionale e la pendenza di un procedimento davanti al giudice competente [...] (Corte suprema amministrativa) al momento della notifica dell'atto di nomina».

Il giudizio rimesso alla Corte di giustizia si riferisce a un *contesto* ove, da un lato, il Governo polacco, il Procuratore generale e la Commissione europea rilevano che nel caso di specie le disposizioni nazionali sulla nomina dei giudici non risultano violate, e pertanto i requisiti di indipendenza e imparzialità del giudice non possono ritenersi compromessi. Dall'altro, invece, il giudice rimettente contesta che alcune di tali disposizioni non siano state osservate e dubita comunque della conformità di una parte di esse rispetto alla Costituzione polacca e al diritto unionale.

Nel rispondere al quesito pregiudiziale la Corte di giustizia precisa *preliminarmente* che esso prospetta uno scenario fondato sulla applicazione del *principio del primato* dell'ordinamento unionale su quello interno.

Evidenzia poi, in particolare, che il Procuratore generale della Polonia ha eccepito, sulla base del *principio della autonomia procedurale* degli Stati, l'assenza di giurisdizione del Giudice unionale a pronunciarsi sulla questione della validità dei procedimenti previsti a livello interno per la nomina dei giudici nazionali, essendo coinvolti aspetti riconducibili all'attribuzione degli Stati in base agli artt. 5 Tue e 3 e 4 Tdue.

Aggiunge che il governo polacco ha eccepito l'incompetenza della Corte di giustizia a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla interpretazione del diritto nazionale, ciò che invece veniva richiesto dal ricorso pendente.

Su tali eccezioni il Giudice unionale ha in primo luogo riscontrato che, pur rientrando l'organizzazione della giustizia nella autonomia degli Stati, per giurisprudenza costante lo svolgimento di tale attività deve tuttavia avvenire osservando il diritto dell'Unione. Ha inoltre riscontrato che, nel caso di specie, essa era stata chiamata non tanto a interpretare il diritto nazionale, quanto piuttosto a fornire al giudice interno – nell'ambito della cooperazione giudiziaria fondata sull'art. 267 Tdue – gli elementi di *interpretazione del diritto unionale* utili a esercitare la sua giurisdizione nell'ordinamento nazionale, mentre l'analisi di tale ordinamento e la valutazione dei fatti alla base del contenzioso pendente dinanzi all'autorità rimettente non rientrano nell'oggetto della competenza pregiudiziale.

Nel *merito* la Corte evidenzia che dall'art. 19 p. 1 c. 2 Tue si ricava la competenza degli Stati a prevedere strumenti tali da garantire ai singoli una *tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*.

Precisa che il principio cui l'art. 19 si riferisce riguarda tutti gli organi giurisdizionali interni che possano trovarsi a dover applicare il diritto unionale, ha portata generale - derivando in particolare dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri -, ed è contemplato anche dagli artt. 6 e 13 Cedu, nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

Precisa inoltre che l'art. 47 stabilisce a sua volta la *funzionalità* (dell'accesso alla giustizia e) dell'*indipendenza dei giudici* rispetto al diritto a una *tutela giurisdizionale effettiva* nonché al diritto fondamentale a un *equo processo*. E che quest'ultimo funge da architrave dell'intero sistema di tutela delle situazioni fondate sull'ordinamento unionale, oltre che da presidio per la salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri cui si riferisce l'art. 2 Tue, primo fra tutti quello dello *Stato di diritto*. E infine che il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva riflette un principio generale dell'Unione, ricavabile dagli artt. 19 Tue e 47 CdfUe, e implica a sua volta il diritto di ogni persona alla trattazione della controversia che la riguarda da parte di un *giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge*, in modo tale da assicurare *equità, pubblicità e ragionevole durata del giudizio*. Evidenzia che in questo contesto l'art. 52 della CdfUe garantisce anche la coerenza della stessa Carta rispetto alla Cedu, laddove le due fonti convergono

sugli stessi principi/diritti, come nel caso del rapporto fra l'art. 47 c. 2 CdfUe e l'art. 6 p. 1 Cedu: aggiunge che da ciò consegue la necessità, per il Giudice unionale, di assicurare una interpretazione del diritto dell'Unione non contrastante rispetto alla Cedu e agli orientamenti della Corte EdU. Apre quindi una parentesi sugli orientamenti specifici della Corte EdU, secondo i quali le singole garanzie funzionali al *giusto processo* e contemplate dall'art. 6 p. 1 Cedu sono accomunate dalla tensione verso i principi fondamentali dello *Stato di diritto* e della *separazione dei poteri*, nonché verso l'obiettivo della tutela dell'*indipendenza* del potere giurisdizionale dagli altri poteri e del conseguente *affidamento* dei singoli nei confronti di questo. Precisa che tale *indipendenza* è a sua volta influenzata dalle modalità di costituzione dell'organo giurisdizionale, le quali costituiscono elemento essenziale della nozione di «*tribunale costituito per legge*» (corsivo aggiunto), la quale è a sua volta *incompatibile* rispetto alla organizzazione dell'ordinamento giudiziario attraverso *decisioni discrezionali del potere esecutivo*.

Aggiunge che, per costante giurisprudenza unionale, in aggiunta alle garanzie di *indipendenza*, anche quelle di *imparzialità* e *prestituzione per legge* degli organi giurisdizionali – le quali sono tutte pietra angolare del diritto all'*equo processo* – derivano dalla disciplina relativa alla composizione e al funzionamento di tali organi, oltre che dal modo in cui tale disciplina è materialmente applicata. In questo contesto, secondo la Corte, si deve in sostanza assicurare – e quindi concretamente verificare – che le decisioni giudiziali siano assunte senza essere influenzate, in via diretta o indiretta, da elementi estranei all'esercizio della funzione, in *posizione neutrale* rispetto agli interessi contrapposti e in modo tale che l'assenza di condizionamento sia percepibile all'esterno, per assicurare la *fiducia* della comunità nei confronti della giustizia, quale condizione necessaria in un ordinamento democratico e requisito di tutela della *separazione dei poteri*.

Fra le garanzie strumentali ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali la Corte colloca l'*inamovibilità* dei loro membri, l'*eccezione* alla quale è in concreto ammessa solo per una *legittima giustificazione*, in base a una valutazione di *proporzionalità* e fatte salve comunque l'indipendenza e l'imparzialità dell'organo. Precisa che in questo contesto la *revoca* dei componenti degli organi giurisdizionali è a esempio consentita, nel rispetto di specifiche *procedure*, quando essi non possano più garantire, per incapacità o grave inadempimento, lo svolgimento delle loro funzioni. E che tali procedure devono in particolare evitare l'esercizio del potere di revoca, o in senso lato del potere disciplinare, quale strumento indiretto di controllo politico delle decisioni giurisdizionali. L'attività funzionale al raggiungimento di tale obiettivo, e della indipendenza del potere giudiziario, è individuata nella puntuale *predeterminazione* dell'*illecito*, delle relative *sanzioni*, e della procedura per la sua contestazione, la quale deve a sua volta garantire le situazioni soggettive contemplate dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue – in particolare il *diritto di difesa* – e prevedere che la decisione sulla sanzione sia affidata a un *organo disciplinare indipendente* e possa essere contestata in sede giurisdizionale.

La Corte di giustizia evidenzia in particolare che i provvedimenti di *trasferimento* dei giudici senza il loro *consenso* possono sostanzialmente corrispondere a una sanzione disciplinare e rientrare fra quelli idonei a determinare il pregiudizio della indipendenza degli stessi giudici e pertanto a determinare anche forme di *controllo politico* sulle loro decisioni. Precisa che questa è la ragione alla luce della quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito la necessità di assumere tali decisioni di trasferimento solo all'esito di specifiche procedure, idonee a garantire i diritti dell'interessato e a consentire la tutela giurisdizionale avverso la decisione. Per la Corte di giustizia il regime applicabile al trasferimento dei giudici senza il loro consenso deve quindi essere assistito dalle stesse garanzie riferite all'esercizio del potere disciplinare e finalizzate a tutelare

l'indipendenza dell'autorità giudicante: legittima *giustificazione* (*in primis* riconducibile alla necessità di ottimizzare il rapporto fra la ripartizione delle risorse e la buona amministrazione della giustizia) e *possibilità di contestare la decisione in sede giurisdizionale* secondo una procedura che assicuri l'esercizio dei diritti contemplati dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, specialmente quello di *difesa*.

Da questa architettura delle argomentazioni la Corte fa derivare che la violazione di tali norme e principi nel procedimento di costituzione di un organo giurisdizionale, soprattutto quando ne consegua il rischio di compromissione della *separazione* del potere giudiziario da quello esecutivo, comporta una violazione del requisito della *precostituzione per legge del giudice*, suscitando dubbi sulla sua indipendenza e sulla sua imparzialità.

Evidenza che nel caso di specie la violazione di tali norme e principi è in particolare riconducibile al fatto che la decisione lesiva sia stata assunta da un giudice nominato dal Presidente della Repubblica nonostante la sospensione della delibera contenente la proposta di nomina. Sospensione che a sua volta era stata disposta dalla Corte suprema amministrativa in attesa della decisione della Corte di giustizia su un rinvio pregiudiziale interpretativo riguardante la compatibilità fra il diritto unionale e la legge polacca di disciplina dello stesso KRS. Il rinvio pregiudiziale si era a sua volta definito con una decisione che aveva interpretato il diritto unionale nel senso di far emergere tale incompatibilità e quindi di richiedere la disapplicazione delle disposizioni nazionali.

Alla luce di questo svolgimento, la nomina del giudice nonostante la sospensione della delibera contenente la proposta ha quindi concretamente pregiudicato, secondo la Corte di giustizia, il sistema di cooperazione giudiziaria fondato sull'art. 267 Tfu.

Sugli ulteriori aspetti sottoposti dal Giudice rimettente, la Corte di giustizia precisa che la nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica non è di per sé idonea a minare l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali così composti, dovendo tali requisiti essere garantiti piuttosto dal modo in cui il successivo svolgimento della funzione è disciplinato e svolto. Aggiunge che la verifica positiva di compatibilità si può estendere al potere di proposta del KSR, a condizione della sua adeguata indipendenza dai poteri legislativo ed esecutivo, nonché dal Presidente della Repubblica. Nel caso di specie, tuttavia, la circostanza che le recenti modifiche normative avessero determinato la cessazione anticipata del KRS nella precedente composizione e la nomina parlamentare o governativa della quasi totalità dei suoi nuovi membri, era idonea, secondo la Corte, a generare dubbi sull'indipendenza dell'organo. A conclusioni simili poteva giungersi con riferimento alla circostanza che il giudice autore della decisione di rigetto del ricorso avverso la pronuncia di non luogo a procedere emanata dal KRS fosse componente di un organismo i cui membri risultavano tutti investiti da una istanza di ricasazione pendente: la Corte di giustizia ritiene in sostanza che – fatte salve le competenze del giudice rimettente – tale nomina abbia palesemente violato l'ordinamento nazionale, derivandone che il giudice del rinvio può affermarne l'idoneità a pregiudicare i requisiti di indipendenza, imparzialità e neutralità degli organismi giurisdizionali e la conseguente fiducia della comunità nei confronti della funzione giurisdizionale. Precisa che, ove il giudice rimettente dovesse esprimersi in tal senso sul diritto interno, allora dovrebbe giungere alla conclusione che la nomina è avvenuta anche in violazione dell'art. 19 p. 1 c. 2 Tue, il quale va inteso nel senso che il giudice nazionale competente a pronunciarsi sul trasferimento di altro giudice senza il suo consenso debba rispondere ai requisiti di indipendenza e imparzialità riconducibili all'art. 19, che sono incondizionati, e rilevanti in quanto il giudice trasferito può essere tenuto ad applicare il diritto dell'Ue.

L'ulteriore conseguenza, secondo la Corte di giustizia, sarebbe quella di «*considerare inesistente*» (corsivo aggiunto) l'ordinanza di rigetto del ricorso avverso il provvedimento di non luogo a procedere reso a definizione dell'impugnazione del trasferimento: ciò alla luce del primato del diritto unionale su quello interno, il quale è funzionale a evitare che il secondo ostacoli l'effettiva applicazione del primo, anche se il contrasto fosse espresso da disposizioni costituzionali. L'ordinamento dell'Ue comporta quindi che «ogni giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi nell'ambito delle proprie competenze, ha, in quanto organo di uno Stato membro, [...] *l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale* contraria a una disposizione del diritto dell'Unione che abbia effetto diretto nella controversia di cui è investito», anche quando trattasi di «*ordinanza con la quale un organo [...] si pronuncia in ultimo grado e come giudice unico*», se ciò è «*indispensabile alla luce della situazione procedurale [...] per garantire il primato*», non potendo essere utilmente invocata «*nessuna considerazione fondata sul principio della certezza del diritto o connessa a una presunta autorità di cosa giudicata*» (corsivi aggiunti).

3. – Da questa ricostruzione si coglie che *la sequenza logica delle ragioni fondanti la soluzione individuata dalla Corte* è la seguente.

Il rapporto fra ordinamento unionale e ordinamenti degli Stati membri si fonda sul primato dell'uno rispetto agli altri. Ciò comporta la necessità di disapplicare gli atti degli Stati che, violando il diritto unionale, rappresentino un ostacolo alla sua effettiva attuazione, senza che possano opporvisi eventuali disposizioni interne, anche di rango costituzionale.

La definizione del rinvio pregiudiziale conduce, nel caso esaminato, a indicare come, secondo l'ordinamento unionale, debba essere interpretato il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, a sua volta correlato ai requisiti di indipendenza, neutralità e imparzialità del giudice.

Chiarita questa interpretazione, la Corte afferma che, qualora, nel caso sottoposto al suo esame, il giudice nazionale del rinvio dovesse ritenere realizzato il pregiudizio di tale diritto e di tali requisiti, allora egli dovrà considerare "inesistente" il provvedimento giurisdizionale lesivo di quel diritto e di quei requisiti, non ostandovi neppure ipotetiche ragioni di tutela dei principi di *certezza e affidamento*.

La natura di provvedimento giurisdizionale dell'atto controverso conduce inoltre la Corte a precisare che la sua eventuale stabilizzazione nel giudicato, o il fatto che trattasi di decisione pronunciata in ultimo grado, non rilevano, in via di principio, ai fini dell'esito - ipotizzato - di considerarla inesistente.

La regola del primato è derogata dal principio della *autonomia degli Stati* nei settori riservati alla loro attribuzione in base agli artt. 5 Tue e 3 e 4 Tdue.

Tuttavia anche l'autonomia, così intesa, torna a contrarsi a favore del primato laddove gli organi e le procedure stabiliti dagli Stati possano trovarsi o si trovino ad *applicare il diritto dell'Unione*.

È questo il punto che consente alla Corte di superare le eccezioni relative al difetto di giurisdizione sulla base della circostanza che la vicenda controversa sarebbe riconducibile alla sovranità dello Stato.

Il superamento dell'eccezione viene completato precisando che l'intervento ex art. 267 Tdue si giustifica in una prospettiva di *cooperazione giudiziaria*, la quale consente al Giudice unionale di indicare a quello interno l'interpretazione del diritto Ue utile all'esercizio della giurisdizione in ambito nazionale.

Nel merito la Corte precisa che dagli artt. 19 Tue e 47 CdfUe - in collegamento anche agli artt. 6 p. 1 e 13 Cedu, per il rilievo che alla Convenzione attribuisce l'art. 52 CdfUe - si ricava la competenza degli Stati a prevedere, per tutti gli organi giurisdizionali interni che possano trovarsi a dover applicare il

diritto dell'Unione, strumenti tali da garantire ai singoli una *tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati da tale diritto*. Ciò determina anche il diritto di ogni persona alla trattazione della controversia che la riguarda da parte di un *giudice indipendente, imparziale, neutrale e preconstituito per legge*. Tali condizioni si realizzano pure attraverso la disciplina di formazione / funzionamento degli organi giurisdizionali e il modo in cui essi materialmente operano (da conformare alla separazione dei poteri), nonché attraverso l'inamovibilità dei giudici in assenza di consenso (che deve operare come regola, fatte salve alcune eccezioni, praticabili ove esistano presupposti di scopo e procedurali stringenti).

Il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, sebbene richiamato, non rappresenta tuttavia la reale giustificazione addotta per consentire al primato di prevalere sull'autonomia.

La ragione fa invece leva sul fatto che l'organo giurisdizionale interno potrebbe trovarsi ad applicare il diritto unionale nell'esercizio della propria giurisdizione, conseguendone che in tali ipotesi dovrà garantire una tutela giurisdizionale effettiva come intesa dall'ordinamento dell'Unione, e connotarsi quindi - strutturalmente e funzionalmente - in termini di indipendenza e imparzialità.

Da questa interpretazione del diritto dell'Ue la Corte ricava che la risposta al quesito pregiudiziale formulato dal giudice rimettente sia nel senso della insussistenza, in capo al giudice nazionale che ha assunto la decisione controversa, dei requisiti di indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge richiesti dall'ordinamento dell'Ue.

Ne ricava però l'ulteriore conseguenza che, rientrando l'interpretazione del diritto interno nella competenza del giudice nazionale, questi sarà tenuto a determinare gli esiti che derivano dalla attuazione del principio del primato - nel caso di specie l'obbligo di considerare inesistente l'atto giurisdizionale a prescindere dal suo grado di stabilità - solo ove ritenga che, alla luce della interpretazione del diritto sovranazionale fornita dalla Corte, il giudice interno che ha assunto la decisione controversa non possedesse i riferiti requisiti di indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge.

4. - Si può ora aprire la riflessione suggerita dalla decisione della Corte, partendo dal rapporto fra *primato e autonomia*, e soprattutto dalla relazione fra le condizioni individuate nel corso del tempo per giustificare la recessione dell'autonomia rispetto al primato, nonché dai relativi effetti.

È noto che il tema del rapporto fra *sovranità* degli Stati e *primato* dell'Unione scaturisce da quello della integrazione fra ordinamenti (interno e sovranazionale).

Per garantire la primazia - mitigata dai *'controlimiti'* teorizzati dai giudici costituzionali (limitatamente a quello italiano, si v., *ex plurimis*, Corte cost., 2 dicembre 1973, n. 183; Id., 8 giugno 1984, n. 170; Id., 21 aprile 1989, n. 232, tutte in www.giurcost.org), e oggi in qualche modo evocati anche dall'art. 4 c. 2 Tue - si ricorre a un insieme di strumenti.

Uno di essi riguarda la risoluzione dei *contrast*i fra l'ordinamento sovranazionale e quello nazionale. La giurisprudenza della Corte lo ha indicato nell'obbligo di *disapplicazione* di alcuni atti dell'ordinamento interno a carico di alcuni soggetti dello stesso ordinamento: l'obbligo si concretizza tuttavia solo all'esito della verifica dell'impossibilità di interpretare l'atto nazionale in modo conforme all'ordinamento dell'Ue.

Nel *Caso Polonia*, il frequente richiamo della *disapplicazione* [dell'atto] si accompagna tuttavia a indicare formalmente la condotta che il giudice nazionale potrebbe assumere anche con l'espressione *«considerare inesistente»* [l'atto].

Qui subentra un problema semantico, di collegamento del *significato* al

significante, esasperato dalla confluenza di più ordinamenti e di diverse lingue che richiedono di essere reciprocamente tradotte.

Secondo le categorie dell'ordinamento giuridico italiano la *disapplicazione* si riferisce a esempio alla semplice devitalizzazione degli effetti dell'atto in un caso concreto per contrasto di questo rispetto a una norma giuridica (in base al modello fondato sugli artt. 4 e 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, n. 2248 del 1865, all. E, nonché sulla giurisprudenza successiva). L'*inesistenza* indica invece la più grave condizione di invalidità che un atto può manifestare, ed è tale da impedire *ab origine* la produzione di effetti giuridici, come conseguenza della impossibilità di considerarlo esistente quale atto della categoria generale cui lo si dovrebbe ricondurre.

Qui si prenderà pertanto in considerazione soltanto il denominatore comune ai due significanti e significati, vale a dire *l'effetto di escludere l'applicazione dell'atto nel caso concreto*, continuando però a usare convenzionalmente il termine «*disapplicazione*», il quale è quello più comunemente impiegato per indicare la condotta riferita ad alcune autorità nazionali per il trattamento della maggior parte degli atti autoritativi dell'ordinamento interno, se contrastanti rispetto al diritto dell'Unione.

In questo scenario il diverso ambito della *interpretazione conforme*, rispetto alla disapplicazione, tende a evitare il contrasto e riguarda un contesto più ampio, essendo riferibile anche ai precetti unionali privi di efficacia diretta (*ex plurimis*, Corte giust., 5 ottobre 2004, nn. 397-403, in www.wuropa.eu).

La *disapplicazione*, invece, risolve il conflitto, sebbene in modo piuttosto instabile e/o non definitivo, non essendo infatti rimedio strutturale né generale, e riguardando il singolo caso cui si rivolge. Inoltre la disapplicabilità è condizione riferibile solo agli atti nazionali contrastanti rispetto a precetti unionali dotati di efficacia diretta.

Il *primato* e la *disapplicazione* rappresentano la *regola* (*derogabile* eventualmente solo quando fosse necessario attivare i *controlimiti*) per la soluzione dei contrasti fra 'fonti' (*infra*) dell'Unione direttamente efficaci e 'atti autoritativi' nazionali, nella misura in cui non sia possibile interpretare i secondi in modo conforme alle prime.

Deve tuttavia riconoscersi che preconditione dell'applicazione di tale regime è l'esistenza di una *attribuzione* dell'Unione. Questo presupposto è stato reso più evidente, e per certi versi anche esasperato, dalla decisione con cui la Corte ha definito il *Caso Polonia*. In precedenza tendeva invece a restare implicito.

La disapplicazione può a sua volta interessare diverse categorie di *oggetti*: le fonti primarie; le fonti secondarie; gli altri atti amministrativi diversi dalle fonti formali; le decisioni giurisdizionali.

Nella giurisprudenza della Corte la prima categoria rappresenta l'oggetto più ricorrente, e la seconda è assimilata al trattamento della prima, in ragione della natura di 'fonte' comune agli atti di ambedue gli insiemi (si v., *ex plurimis*, Corte giust., 9 marzo 1978, n. 106, cit.).

La terza categoria non è accomunata alle prime due dalla natura di 'fonte' dei propri atti, ma è accomunata alla seconda dalla loro natura di 'atti dell'amministrazione': per questa categoria la disapplicabilità è affermata con qualche difficoltà e le limitazioni all'esito disapplicativo, ove individuate, vengono correlate all'autonomia procedurale degli Stati (si v. Corte giust., 17 giugno 2004, n. 30; Id., II, 23 aprile 2020, n. 13; Id., 29 aprile 1999, n. 224; Id., grande sez., 19 settembre 2006, n. 422, tutte in www.europa.eu).

L'ultimo oggetto è quello in relazione al quale la disapplicabilità è più raramente ammessa, perché la natura di atto giurisdizionale implica un rilievo maggiore del principio di autonomia processuale, che si aggiunge alla necessità di tutelare i principi di certezza del diritto e di affidamento, soprattutto nella misura

in cui si faccia riferimento a una decisione giurisdizionale definitiva e/o stabilizzata nel giudicato.

La *disapplicazione dei provvedimenti giurisdizionali*, pur se stabilizzati dal giudicato, è stata però indicata, come tecnica di risoluzione del conflitto, in alcuni casi di loro difformità dalle decisioni della Commissione europea disponenti il recupero di aiuti di Stato contrari al diritto dell'Unione, e praticata anche quale conseguenza della disapplicazione della norma nazionale recante la disciplina della stabilizzazione (si v. *ex plurimis*, Corte giust., grande sez., 18 luglio 2007, n. 119; Id., II, 11 novembre 2015, n. 505; Trib. I gr. Ue, II, 11 luglio 2018, n. 185, sempre in www.europa.eu).

In *molti altri casi*, invece, la disapplicabilità del giudicato nazionale è esclusa *a priori*, pure in ragione della circostanza che i principi di legalità, certezza e affidamento sarebbero propri dello stesso ordinamento unionale (si v., *ex plurimis*, Corte giust., I, 4 marzo 2020, n. 34, in www.europa.eu), oltre che di quello degli Stati.

Si rintracciano comunque frequenti *oscillazioni* fra le soluzioni a sostegno della disapplicabilità in deroga alla autonomia (per un richiamo alla giurisprudenza di riferimento si v. Corte giust., X, 6 novembre 2014, n. 42, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2015, 1006) e le soluzioni che la negano, circoscrivendo a esempio il potere di disapplicazione della decisione stabilizzata dal giudicato alla sola esistenza di norme nazionali tali da legittimarlo - a es. per ragioni di ordine pubblico - o qualificandolo come semplice potere-facoltà (Corte giust., I, 26 gennaio 2017, n. 421, in *Foro amm.*, n. 1, 2017, 1; Corte giust., grande sez., 24 ottobre 2018, n. 234, in *Foro amm.*, n. 10, 2018, n. 1643).

Se si osserva il fenomeno in una prospettiva comparata, e in particolare da quella del *giudice nazionale italiano*, si può verificare che, in via generale, la violazione del diritto dell'Unione da parte degli atti espressione di *autonomia procedurale o processuale* non richiede né legittima la loro disapplicazione (si v. Cass., sez. trib., 27 gennaio 2017, n. 2046, in *Giust. civ. mass.*, 2017; Id., 13 luglio 2018, n. 18642, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Id., 28 novembre 2019, n. 31084, in *Giust. civ. mass.*, 2020; Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in www.giurcost.org).

Sono tuttavia esclusi i casi in cui l'*interesse* protetto dall'ordinamento *sovranaZIONALE* è ritenuto *particolarmente qualificato*, come quando sia necessario evitare discriminazioni tra situazioni di diritto unionale e situazioni di diritto interno, o scongiurare la eccessiva difficoltà di esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione (si v. Cass., sez. trib., 27 gennaio 2017, n. 2046, in *Giust. civ. mass.*, 2017), o tutelare l'affidamento leso dall'atto stabilizzato (si v. Cons. Stato, IV, 25 luglio 2005, n. 3955, in *Foro amm. CDS*, n. 7-8, 2005, 2152), o sanare un contrasto rispetto a una decisione definitiva della Commissione europea antecedente rispetto alla formazione del giudicato nell'ordinamento interno (si v. Tar Lombardia, Milano, III, 18 luglio 2007, n. 5429, in *Foro amm. TAR*, n. 7-8, 2007, I, 2280). L'oggetto si riferisce a esempio agli atti normativi contenenti la disciplina dei termini di esercizio dei diritti o di impugnazione dei provvedimenti amministrativi (si v. Cass., sez. IV pen., 20 marzo 2018, n. 17401, in *Guida al dir.*, n. 24, 2018, 86), o tendenti a limitare l'operatività dell'obbligo di disapplicazione attraverso un sistema processuale di preclusioni (si v. Cass., sez. VI civ., 24 luglio 2018, n. 19661, in *Giust. civ. mass.*, 2018), o relativi alla acquisizione della stabilità del giudicato (si v. Cass., sez. trib., 27 gennaio 2017, n. 2046, in *Giust. civ. mass.*, 2017, che però si limita a richiamare le condizioni della disapplicabilità).

In assenza delle condizioni di giustificazione di una deroga per contenuto, gli *'atti-fonte'*, inclusi quelli dell'amministrazione, sono trattati invece secondo il regime della *disapplicazione*, a prescindere dalla eventuale condizione di inoppugnabilità conseguita (si v. Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657; Id., VI, 17 ottobre 2005, n. 5826, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; Tar

Toscana, Firenze, I, 7 maggio 2015, n. 725, in *Foro amm.*, n. 5, 2015, 1532).

Per gli *altri atti amministrativi di carattere generale* si rilevano viceversa alcune oscillazioni fra le soluzioni che negano la disapplicabilità quando l'atto immediatamente lesivo non sia stato impugnato (si v. Cons. Stato, V, 10 gennaio 2003, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it), e quelle che invece la affermano, in termini di potere-dovere (Tar Campania, Salerno, I, 8 novembre 2002, n. 2000, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3738) o di potere-facoltà (si v. Cons. Stato, IV, 25 luglio 2005, n. 3955, in *Foro amm. CDS*, n. 7-8, 2005, 2152), riferendola, in ciascuno degli ultimi due casi, oltre che al giudice, anche all'amministrazione (Tar Puglia, Bari, II, 10 maggio 1996, n. 253, in *Giur. mer.*, 1996, 998; Tar Campania, Salerno, I, 8 novembre 2002, n. 2000, in www.giustizia-amministrativa.it).

Se si considera poi la *natura dell'autorità* chiamata a reagire alla 'anticomunitarietà', in abbinamento alla *natura giuridica dell'atto* del cui trattamento si discute, emergono ulteriori distinzioni di esito.

Il *giudice unionale* tende infatti a individuare, per la *sede giudiziale*, un obbligo di disapplicazione degli atti amministrativi, a prescindere dal tipo, e a valorizzare invece più intensamente il principio dell'autonomia procedurale per la *sede amministrativa*, fatti salvi i casi di riesame doveroso, ove ne ricorrano i presupposti (si v. Corte giust., 13 gennaio 2004, n. 453, in www.europa.eu; per un approfondimento si v. Macchia M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffrè, 2012, 163 ss.). Ma, pure in sede giurisdizionale, l'autonomia assume rilievo se l'atto amministrativo della cui disapplicazione si tratta abbia acquisito particolari condizioni di *stabilità* (come l'inoppugnabilità) secondo l'ordinamento interno (si v. Corte giust., I, 26 gennaio 2017, n. 421, in *Foro amm.*, n. 1, 2017, 1).

Il *giudice italiano* oscilla invece fra la qualificazione del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo in termini di doverosità (si v., *ex plurimis*, Tar Campania, Salerno, I, 8 novembre 2002, n. 2000, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3738) e la sua qualificazione in termini di facoltà (si v., *ex plurimis*, Tar Toscana, Firenze, I, 7 maggio 2015, n. 725, in *Foro amm.*, n. 5, 2015, 1532), in sede sia giurisdizionale sia amministrativa.

Il primo esito (qualificazione in termini di potere-dovere) ricorre soprattutto per gli atti normativi (si v. Tar Sardegna, Cagliari, I, 26 gennaio 2010, n. 8, in *Foro amm. TAR*, n. 1, 2010, 313; Cons. Stato, Ad. plen., 25 giugno 2018, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it), mentre per gli atti generali si rilevano oscillazioni che tengono conto anche della loro eventuale lesività immediata, la quale tende a far prevalere la inoppugnabilità sulla disapplicabilità (si v. Cons. Stato, V, 10 gennaio 2003, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. Cons. Stato, IV, 25 luglio 2005, n. 3955, in *Foro amm. CDS*, n. 7-8, 2005, 2152).

Il secondo esito (qualificazione in termini di potere-facoltà) è invece riferito soprattutto alla disapplicabilità degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione (Tar Toscana, Firenze, I, 7 maggio 2015, n. 725, cit.).

Questo schema va però posto a sistema con la distinzione, riconducibile sempre alla giurisprudenza italiana, fra l'anticomunitarietà diretta e quella indiretta dell'atto amministrativo. La prima si verifica quando l'atto amministrativo viola direttamente il diritto dell'Unione: i rimedi individuati sono in questo caso di tipo strutturale, e consistono nell'annullamento o nella declaratoria di nullità (si v. Cons. Stato, V, 10 gennaio 2003, n. 35, cit.; Id., 8 settembre 2008, n. 4263, in *Foro amm. CDS*, n. 9, 2008, 241). La seconda si verifica quando la violazione del diritto unionale è riferibile alle norme disciplinanti il regime giuridico e/o i contenuti dell'atto amministrativo, che questo si è limitato ad applicare: i rimedi riferiti a tale atto includono, in questo caso, oltre all'annullamento e alla declaratoria di nullità, anche una eventuale disapplicazione, pur se le soluzioni convergono verso la prima opzione (si v. Tar Veneto, I, 24

febbraio 1997, n. 487, in *App. urb. ed.*, 1998, 25; Cons. Stato, VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18, ambedue in www.giustizia-amministrativa.it).

Si tratta peraltro di scenari che, quando – come diffusamente accade – vengono rappresentati dal giudice amministrativo, risultano in genere determinati dall'esigenza di sciogliere le frizioni dovute al rapporto fra la disapplicazione degli atti dell'amministrazione, da una parte, e alcune caratteristiche del processo, dall'altra: la giurisdizione di annullamento e la sua soggezione a termine di decadenza.

Dall'esame del contesto unionale si ricava che il principio dell'*autonomia procedurale* o processuale degli Stati è utilizzato quale argine di contenimento alla primazia e alla disapplicazione (si v. Corte giust., grande Sez., 5 dicembre 2017, n. 42; Corte giust., II, 23 aprile 2020, n. 13; Corte giust., 19 settembre 2006, n. 392, tutte in www.europa.eu; Corte giust., grande sez., 24 ottobre 2018, n. 234, in *Foro amm.*, n. 10, 2018, n. 1643; Corte giust., I, 26 gennaio 2017, n. 421, in *Foro amm.*, n. 1, 2017, 1). Ciò accade soprattutto in relazione ad alcuni atti, vale a dire gli *atti amministrativi* differenti da quelli normativi, in special modo quando divenuti "definitivi", nonché le *decisioni giurisdizionali*, in specie quando stabilizzate dal giudicato.

Le stesse conclusioni si possono trarre dall'esame del contesto nazionale italiano (*supra*).

In queste fattispecie il regime della primazia e della disapplicazione si riespande solo quando sia necessario garantire i principi di *equivalenza* e di *effettività* della tutela (si v., *ex plurimis*, Corte giust., II, 29 aprile 1999, n. 224; Id., 19 settembre 2006, n. 392, ambedue in www.europa.eu). Qui il modello del primato è in sostanza presentato come eccezionale (e in particolare attivabile solo per la garanzia dei principi di equivalenza e di effettività della tutela) rispetto a quello ordinario dell'autonomia.

L'ambito di operatività del primato è in molti casi contratto dalla necessità di osservare il principio di *certezza del diritto*, il quale è tuttavia riconducibile sia agli ordinamenti degli Stati sia a quello dell'Unione (si v. Corte giust., I, 4 marzo 2020, n. 34, in www.europa.eu; Galetta D.U., *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in Chiti M.P. - a cura di -, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 91 ss.). Lo stesso ragionamento svolto per il principio di certezza del diritto si può estendere al principio del *legittimo affidamento*.

Si pone quindi, oltre alla questione del bilanciamento fra *autonomia* ed *effettività/equivalenza*, anche quella del *bilanciamento fra primato e certezza*.

Della difficoltà del *bilanciamento fra primato e certezza* si rinviene in particolare traccia in alcune decisioni della *Corte*, dal cui esame si ricava che, talvolta, la garanzia del primato si ritiene giustificativa della disapplicazione anche a prezzo di sacrificare i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento (si v. Corte giust., grande sez., 19 aprile 2016, n. 441, in *Foro it.*, n. 6, 2016, IV, 305). In altri casi, al contrario, la tutela della certezza e della continuità dei rapporti giuridici, assieme alla necessità di salvaguardare interessi particolarmente sensibili, come quelli ambientali, giustificano la recessività del meccanismo della disapplicazione, pur se in via di *extrema ratio* e temporanea (si v. Corte giust., 28 febbraio 2012, n. 41; Id., 28 luglio 2016, n. 379, ambedue in www.europa.eu).

Preliminare a tutte le riferite attività di bilanciamento dovrebbe peraltro essere quella di individuare quali siano, nelle diverse circostanze, il regime ordinario e quello derogatorio, al fine di poter poi valutare se sussistano le condizioni per applicare in concreto il primo o il secondo.

I due regimi sono quelli del primato e dell'autonomia, mentre i principi della certezza e dell'affidamento, nonché dell'effettività e dell'equivalenza della

tutela possono assumere un ruolo diverso nei due diversi contesti ove (a) il primato rappresenta la regola e l'autonomia la deroga, oppure – viceversa – (b) l'autonomia rappresenta la regola e il primato la deroga.

Effettività ed equivalenza sono infatti strumenti per l'eventuale recupero del primato ove questo dovrebbe teoricamente recedere.

Dall'altra parte, certezza e affidamento possono operare quali strumenti per l'eventuale recupero dell'autonomia ove questa rischi di soccombere in concreto. Tuttavia, quanto al principio di certezza, si è visto che esso, essendo comune agli Stati e all'Unione, può rivelarsi funzionale, nei vari casi concreti, anche a sostenere le 'ragioni' dell'ordinamento sovranazionale, se orientate alla tutela della stabilità e dell'affidamento.

Sull'aspetto preliminare del rapporto fra i due regimi, in passato la Corte ha a esempio ritenuto che il *primato* prevalga in concreto sull'*autonomia* rispetto a norme processuali nazionali che limitino la rilevabilità d'ufficio del conflitto fra un atto interno e un atto dell'ordinamento dell'Unione, oppure limitino la proponibilità di un rinvio pregiudiziale (Corte giust., 14 dicembre 1995, n. 312, in www.europa.eu). Ne ha fatto conseguire l'affermazione dell'esistenza di un obbligo di disapplicazione della fonte interna incompatibile. In casi come questo sono tuttavia piuttosto i principi di effettività e di equivalenza a garantire in via derogatoria il recupero del primato, poiché, secondo il regime ordinario, la disciplina del processo in ambito nazionale sarebbe invece riconducibile all'autonomia.

La limitazione dell'autonomia si traduce, quanto al principio di *equivalenza*, nella necessità di garantire la equiparabilità della protezione accordata alle situazioni fondate sul diritto unionale a quella accordata alle situazioni fondate sul diritto interno.

Si traduce invece, quanto al principio di *effettività*, scongiurando, per le situazioni fondate sul diritto unionale, un vuoto o una carenza di tutela, oppure la fruibilità di questa secondo modalità eccessivamente onerose.

Nel primo caso (principio di equivalenza), la verifica richiede di comparare due sistemi, vale a dire quello per la protezione delle situazioni fondate sul diritto interno e quello per la protezione delle situazioni fondate sul diritto dell'Unione.

Nel secondo caso (principio di effettività), la verifica richiede invece di valutare l'adeguatezza del sistema di tutela nazionale per le situazioni fondate sul diritto dell'Unione.

La decisione assunta dalla Corte a definizione del *Caso Polonia* aggiunge un elemento a questo scenario complesso, o – meglio – lo esplicita, rendendo evidente, o più evidente, che la linea di demarcazione fra i due regimi del *primato* e dell'*autonomia* è piuttosto da rintracciare in quella che delimita le *attribuzioni* degli Stati dalle attribuzioni dell'Unione.

Secondo il *principio di attribuzione* (art. 5 Tue) l'ordinamento unionale ha una competenza definita dai Trattati istitutivi, mentre la clausola di residualità opera a favore degli Stati. In questo scenario gli spazi di intervento reciproco nell'ambito di più complessa gestione, ossia quello delle competenze concorrenti Ue-Stati, si definiscono invece consentendo agli Stati di intervenire solo se non lo abbia fatto l'Unione (*clausola di concorrenza*) e all'Unione di intervenire solo se la propria azione possa raggiungere meglio di quella degli Stati gli obiettivi da realizzare (*principio di sussidiarietà*, art. 5 Tue).

L'art. 19 c. 2 Tue estende l'*autonomia* degli Stati alla individuazione, da parte di questi, delle forme di *tutela* giurisdizionale accordate dall'*ordinamento interno* alle *situazioni fondate sul diritto unionale*. L'autonomia trae però da tale finalità anche uno dei propri *limiti*. Questo meccanismo si inserisce nel contesto di molti altri innescati in precedenza dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha affermato – dall'altra parte – la competenza dell'*Unione* a disciplinare gli

aspetti procedurali relativi alla attuazione del suo ordinamento, oltre che la competenza degli Stati a disciplinare gli stessi aspetti, ma in assenza di una specifica disciplina unionale, e comunque nell'osservanza dei principi di effettività e di equivalenza (si v. Corte giust., 17 giugno 2004, n. 30, in www.europa.eu; De Pretis D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in Falcon G. - a cura di -, *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Cedam, Padova, Cedam, 2005, 303 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti; cfr. Corte giust., III, 5 ottobre 2006, n. 368, in www.europa.eu; Iermano A., *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, n. 3, 2019, 525 ss.; per un ulteriore e più generale approfondimento del tema del rapporto fra primato e autonomia, si v. Civitarese Matteucci S. – Gardini G., *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubb.*, n. 1, 2013, 1 ss.; Della Cananea G. – Franchini C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010).

Sembra potersene ricavare che gli Stati sono competenti a disciplinare gli aspetti procedurali/processuali relativi alla attuazione dell'ordinamento dell'Ue in ambito nazionale; che questa competenza riflette la loro autonomia procedurale e arretra in presenza di una disciplina specifica dell'Unione; che tale autonomia procedurale deve comunque esercitarsi osservando il diritto unionale, e soprattutto i principi di effettività e di equivalenza.

Da tale schema emerge dunque il ruolo di tali principi quali limite all'autonomia, in base ai presupposti e nel modo cui si è già fatto riferimento.

Rispetto a questo scenario la decisione della Corte sul caso *Polonia* accresce invece la riconoscibilità del ruolo del *principio di attribuzione* nel determinare in concreto il rapporto fra primato e autonomia.

La determinazione di tale rapporto consiste in sostanza nella distinzione fra i due seguenti contesti.

L'uno è quello del regime ove il primato rappresenta la regola e l'autonomia la deroga: qui la deroga può essere a esempio sostenuta dalla necessità di assicurare i principi di certezza e/o affidamento.

L'altro è quello del regime inverso ove invece l'autonomia rappresenta la regola e il primato la deroga: qui la deroga può essere a esempio richiesta dalla necessità di osservare i principi di equivalenza e di effettività.

Se si assume il punto di osservazione del primo contesto – che è quello cui è riconducibile il *Caso Polonia* – si può inoltre verificare che il principio di attribuzione, rispetto a quelli di effettività e di equivalenza, può concretamente agire in modo più penetrante e trasversale quale veicolo del primato, se sussiste una competenza dell'Ue. Detto altrimenti, riferire la recessività del principio di autonomia all'intero ambito delle attribuzioni dell'Unione equivale in sostanza a svincolare tale recessività dal più ristretto presupposto della applicazione dei principi di effettività/equivalenza all'interno di quelle attribuzioni complessivamente intese.

Allo stesso modo il principio di attribuzione può agire, se si assume il punto di osservazione del secondo contesto – ove l'autonomia rappresenta la regola e il primato la deroga –, quale veicolo dell'autonomia, qualora sussista una competenza degli Stati.

5. – Le riflessioni appena svolte si collegano a quelle ulteriori che la decisione della Corte sul *Caso Polonia* suggerisce in punto di limiti della sua giurisdizione nei procedimenti di rinvio pregiudiziale con riferimento alla interpretazione del diritto interno.

Come si è visto, nel ragionamento della Corte l'autonomia degli Stati si contrae a favore del primato laddove gli organi e le procedure stabiliti dagli Stati

possano trovarsi o si trovino ad *applicare il diritto dell'Unione*.

È questo il punto che consente alla Corte di superare le eccezioni relative al difetto di giurisdizione su vicenda ritenuta dal Governo polacco riconducibile alla sovranità dello Stato.

Il superamento dell'eccezione viene completato precisando che l'intervento ex art. 267 Tfu si giustifica in una prospettiva di *cooperazione giudiziaria*, la quale consente al Giudice unionale di fornire a quello interno gli elementi di interpretazione del diritto Ue utili all'esercizio della giurisdizione in ambito nazionale.

Dalla propria interpretazione del diritto dell'Ue nella vicenda sottoposta al suo esame, la Corte ricava che la risposta al quesito pregiudiziale formulato dal giudice rimettente sia nel senso della insussistenza, in capo al giudice nazionale che ha assunto la decisione controversa, dei requisiti di indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge richiesti dall'ordinamento dell'Ue.

Ne ricava però l'ulteriore conseguenza che, rientrando l'interpretazione del diritto interno nella competenza del giudice nazionale, questi sarà tenuto a determinare gli esiti che derivano dalla attuazione del principio del primato – nel caso di specie l'obbligo di considerare inesistente l'atto giurisdizionale a prescindere dal suo grado di stabilità – solo ove ritenga che, alla luce della interpretazione del diritto sovranazionale fornita dalla Corte, il giudice che ha assunto la decisione controversa non possedesse i riferiti requisiti di indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge.

Questa architettura della motivazione lascia tuttavia intravedere il seguente punto di rottura.

In sostanza la Corte ha precisato che il proprio ruolo si limita a fornire al giudice nazionale l'interpretazione del diritto dell'Ue, affinché lo stesso giudice possa partire da tale interpretazione per valutare se, nel caso di specie, gli atti interni abbiano violato quel diritto così inteso, e pertanto debbano essere disapplicati.

Tuttavia essa ha contemporaneamente fornito una propria interpretazione anche del diritto interno, la quale certamente non dovrà né potrà essere considerata vincolante, ma è ugualmente idonea almeno a influenzare, e di fatto a comprimere, il principio del *libero convincimento* del giudice (del rinvio).

L'intervento della Corte sovranazionale avrebbe dovuto restare quindi circoscritto al giudizio sulla interpretazione dell'atto dell'Unione, senza estendersi alla conformità fra esso e gli atti nazionali, pur se una certa osmosi fra i due tipi di sindacato può verificarsi nella sostanza.

6. – Si può a questo punto tentare di trarre qualche conclusione di sistema dalle riflessioni svolte.

Il *Caso Polonia* consente di tornare a discutere del rapporto fra *primato* e *autonomia*, ma da una prospettiva peculiare che può rafforzare il regime ordinario, verosimilmente del primato, ma teoricamente anche dell'autonomia.

La Corte ricorre infatti al *principio di attribuzione* per distinguere le fattispecie regolate in via generale dal principio del primato da quelle regolate in via generale dal principio dell'autonomia.

In concreto questo criterio può tuttavia trovarsi a essere applicato a casi di sostanziale osmosi fra i due tipi di fattispecie.

Può a esempio accadere che, pure allorché il regime generale dovrebbe astrattamente essere quello dell'autonomia – come nelle ipotesi di controversie riguardanti l'organizzazione della giustizia – la necessità o la possibilità di applicare il diritto dell'Unione rilevi come una specie di competenza 'trasversale', con l'effetto di determinare il passaggio al regime del primato in via generale.

Inoltre, sempre in concreto, si possono determinare le condizioni per

derogare ai regimi generali. Una prima ipotesi è quella in cui il *regime generale* sia quello dell'*autonomia*, al quale si può derogare in favore del primato allorché lo richiede l'osservanza dei principi di *equivalenza* e di *effettività* della tutela.

Una seconda ipotesi è quella in cui le 'ragioni dell'autonomia' vengano utilizzate per derogare al *regime generale* del primato: tali ragioni sono a esempio correlate al principio di *certezza*, che tuttavia è anche principio fondamentale dell'Unione, e viene quindi trattato pure a sostegno delle ragioni dell'ordinamento sovranazionale, se a esempio convergenti verso l'esigenza di tutela della stabilità e dell'affidamento.

In questo scenario la Corte ha definito il *Caso Polonia* usando il *principio di attribuzione* per argomentare che in quel contesto esso determinava l'applicazione del regime del primato come regola generale.

Ha quindi verificato che neppure sussistevano le condizioni per l'applicazione, in via derogatoria, del principio dell'autonomia, non potendo essere utilmente invocata «nessuna considerazione fondata sul principio della certezza del diritto o connessa a una presunta autorità di cosa giudicata» (corsivi aggiunti). Questo rappresenta un ulteriore aspetto decisivo nella complessiva attitudine della Corte a rafforzare il primato in più direzioni: l'irrilevanza del giudicato e – per suo tramite – del principio di certezza del diritto, viene infatti affermata in via generale. Nel caso di specie, infatti, se si esclude un fugace passaggio che fa generico riferimento a una decisione giurisdizionale pronunciata in ultima istanza, nessuno specifico rilievo è stato attribuito al fatto che l'ordinanza controversa non avesse o avesse acquisito tale condizione di stabilità, proprio perché si è ritenuto che questo aspetto sarebbe stato ininfluenza per l'affermazione di quel principio.

Tale ragionamento evita alla Corte di dover fondare sulla osservanza dei principi di *effettività* e di *equivalenza* delle forme di tutela la derogabilità al regime ordinario dell'autonomia a favore di quello del primato: il primato non necessita in sostanza di essere applicato in via di eccezione per il tramite dei principi di *effettività* e di *equivalenza*, ma viene applicato in via generale per il tramite del principio di attribuzione.

I due schemi del primato (come regime generale) e dell'autonomia (sempre come regime generale) sono quindi riferibili a contesti diversi.

Il primo è definito dalla competenza dell'Unione. È questo a esempio lo schema in cui l'Unione pone i limiti e lo Stato può eccepire i controlimiti.

Il secondo contesto riguarda gli ambiti di competenza degli Stati, da intendersi però in senso lato, come spazio entro cui essi possano agire esercitando sovranità. È questo l'ambito dell'autonomia, che include l'individuazione delle forme di tutela delle situazioni fondate sul diritto unionale. Include, altresì, la scelta della disciplina non solo del processo, ma anche dei procedimenti per svolgere le attività di interesse pubblico, con la sola eccezione dell'amministrazione comunitaria c.d. 'diretta', riferibile senza filtri agli apparati dell'Unione. In base a questo schema l'autonomia dello Stato costituisce un limite generale per l'Unione, comprimibile solo se strettamente necessario a garantire in concreto i principi di *equivalenza* e di *effettività* della tutela.

L'inevitabile intreccio fra le due sfere richiede evidentemente anche di porre a sistema i diversi modelli, valutando in concreto la prevalenza dell'uno o dell'altro.

Inoltre i criteri di *equivalenza* e di *effettività* della tutela vanno a loro volta bilanciati con il principio unionale di *certezza del diritto*, proprio per gli eventuali esiti di destabilizzazione dell'atto inoppugnabile o del giudicato che si potrebbero astrattamente ricondurre ai primi.

Si è tuttavia visto che i principi di *effettività/equivalenza* sono utilizzati per giustificare il ricorso derogatorio al primato in sostituzione al regime dell'autonomia.

Il principio di certezza è invece utilizzato per giustificare il ricorso derogatorio all'autonomia in sostituzione al regime del primato.

Il primo esito (uso dei principi di effettività/equivalenza per il recupero derogatorio del primato) appare tuttavia più diffuso del secondo (uso del principio di certezza per il recupero derogatorio dell'autonomia), nei confronti del quale la decisione della Corte sul *Caso Polonia* ha espresso del resto una ferma ostilità.

I casi di potenziale conflitto fra la stabilità dell'atto secondo il diritto interno (a esempio per sopraggiunta autorità di cosa giudicata) e l'ordinamento sovranazionale possono peraltro essere occasionati anche dalla efficacia retroattiva delle sentenze dichiarative rese in sede di rinvio pregiudiziale c.d. 'interpretativo' (si v. Chiti M.P., *La tutela giurisdizionale*, in Chiti M.P. - a cura di -, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, 384 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali), sicché la questione assume, o può assumere, un rilievo tutt'altro che secondario.

L'esame degli orientamenti antecedenti al *Caso Polonia* consente tuttavia di cogliere che il discrimine fra il regime ordinario del primato e il regime ordinario dell'autonomia è influenzato anche dalla natura giuridica dell'atto in contrasto rispetto all'ordinamento unionale. Gli atti formalmente normativi vengono infatti talvolta distinti dagli altri atti autoritativi, anche giurisdizionali, soprattutto se definitivi e/o stabilizzati.

La disapplicazione come strumento di realizzazione del primato viene riferita maggiormente agli atti normativi rispetto agli altri. In sintesi, quando l'oggetto è rappresentato da un atto normativo, se non è possibile una sua interpretazione conforme al diritto comunitario e neppure è necessario reclamare un eventuale controlimite, prevale il sistema della disapplicazione, a presidio del primato (si v. Corte giust., 22 giugno 1989, n. 103, in www.europa.eu). Ciò può accadere anche a costo del sacrificio dei principi del legittimo affidamento e di certezza del diritto.

Quando invece l'oggetto è rappresentato da un atto autoritativo non normativo, inclusi gli atti giurisdizionali, tende a prevalere il regime dell'autonomia degli Stati, derogabile da quello della disapplicazione solo qualora sia necessario garantire in concreto i principi di equivalenza e di effettività delle forme di tutela.

Un discorso in parte analogo può estendersi alle possibili conseguenze della diversa natura delle autorità disapplicanti, esprimendosi il regime ordinario del primato soprattutto nella disapplicazione giudiziale, mentre per quella riferibile all'amministrazione è attribuito maggiore rilievo alle soluzioni fondate sul diritto interno.

Il *Caso Polonia*, che viene definito applicando il regime del primato in ragione del solo discrimine dell'attribuzione, considerata peraltro nella sua efficacia trasversale, non attribuisce invece importanza alcuna alla natura giuridica dell'atto e alla sua condizione di stabilità, ma anzi precisa che la disciplina generale della primazia, sulla base di questi presupposti, si riferisce a ogni tipo di atto, anche stabilizzato. Non emerge invece, neppure indirettamente, il tema del rilievo della diversa natura dell'autorità disapplicante, essendo l'attenzione rivolta esclusivamente al ruolo del giudice.

Al di là di questi aspetti, la decisione resa a definizione del *Caso Polonia* rappresenta probabilmente – a oggi – uno dei tentativi più estremi di difesa della *primauté*, sia perché si fonda sul criterio di attribuzione, sia perché l'attribuzione viene intesa in senso trasversale e ipotetico (rileva infatti anche la circostanza che il giudice nazionale potrebbe in futuro trovarsi ad applicare il diritto dell'Ue), sia perché la Corte affianca alla interpretazione del diritto dell'Unione anche quella del diritto nazionale, precisando però che il giudice del rinvio dovrà svolgere autonomamente la valutazione della osservanza del diritto unionale – come

ufficialmente interpretato - da parte del diritto interno.

Questo tentativo, a ben vedere, non rinnega tuttavia il precedente rilievo conferito alla diversa natura degli atti disapplicabili e/o delle autorità disapplicanti, ma ne esplicita la ragione di fondo, consentendo però anche di estremizzarne le conseguenze.

L'interpretazione di queste conseguenze suggerisce la possibilità di ricorrere al seguente schema, il quale ordina la definizione del rapporto fra primato e autonomia secondo una procedura a due stadi.

Il primo stadio è finalizzato a rintracciare il regime ordinario, del *primato* o dell'*autonomia*, attraverso l'applicazione del principio di *attribuzione*, inteso a sua volta secondo un significato rafforzato ('*trasversale*' e '*potenziale*').

Il secondo stadio è finalizzato a rintracciare condizioni e limiti per l'intervento del *regime derogatorio* in riferimento a ciascuno dei due regimi ordinari, a esempio attraverso l'applicazione dei principi di *certezza* o *affidamento* (per derogare al *primato*), oppure di *equivalenza* e di *effettività* (per derogare all'*autonomia*).

Melania D'Angelosante
Dip.to di Scienze Giuridiche e Sociali
Università di Studi "G. d'Annunzio", Chieti/Pescara
melania.dangelosante@unich.it