

Sui limiti alla *hermeneia* della Corte di giustizia

On the Limits to the *Hermeneia* of the Court of Justice

ROBERTO **BARATTA**

Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Roma Tre.

E-mail: roberto.baratta@uniroma3.it

ABSTRACT

Negli ordinamenti giuridici contemporanei, l'autorevolezza della giurisprudenza dipende anche dalla sua capacità di convincere i destinatari (la dottrina, tra gli altri) circa la logicità e la razionalità dei propri esiti interpretativi; la solidità e la persuasività degli argomenti interpretativi sono i fondamenti dell'attività di *ius dicere* specialmente delle Corti chiamate a svolgere funzioni di nomofilachia. L'autorevolezza di una Corte posta in posizione apicale dipende dalla sua capacità di costruzione persuasiva e non arbitraria del diritto, se del caso, attualizzandone i significati e facendone evolvere i contenuti per fronteggiare le esigenze di dinamicità tipiche dei moderni sistemi giuridici. Nel presente contributo intendo applicare alla Corte di giustizia tale schema, muovendo da uno specifico *case study* – in particolare, farò riferimento ad un filone giurisprudenziale, ripreso e sviluppato, con interessanti spunti inediti, da due recentissime pronunce rese in pari data dalla Grande Sezione della Corte di giustizia.

In contemporary legal systems, the authority of Courts depends, among other things, on their ability to convince their 'audience' (legal scholars, among others) about the logical and rational quality of their interpretive outcomes; the soundness and persuasiveness of interpretive arguments are the foundations of the activity of *ius dicere* especially of the Courts called upon to ensure the uniform application of the law. The authoritativeness of a Court placed in an apex position depends on its ability to persuasively and non-arbitrarily construct the law, also – if needed – actualizing its meanings and evolving its content to cope with the demands of dynamism typical of modern legal systems. In this contribution, I intend to apply this scheme to the European Court of Justice, drawing on a specific case study – in particular, I will refer to a jurisprudential strand, taken up and developed, with interesting new insights, by two very recent pronouncements rendered on the same date by the Grand Chamber of the European Court of Justice.

KEYWORDS

Corte di Giustizia dell'Unione europea, argomentazione giuridica, nomofilachia, argomentazione sistemico-strutturale

Court of Justice of the European Union, legal argumentation, uniform application of the law, structural-systemic argument

ALLEGATI

Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD

Corte di giustizia, 10 settembre 2024, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*

Sui limiti alla *hermeneia* della Corte di giustizia

ROBERTO BARATTA

ALLEGATI

— Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD

— Corte di giustizia, 10 settembre 2024, C-351/22, Neves 77 Solutions SRL

1. Negli ordinamenti evoluti la solidità e la persuasività degli argomenti interpretativi sono i fondamenti dell'attività di *ius dicere* chiamata a svolgere funzioni di nomofilachi¹. Convincere i destinatari (la dottrina, tra gli altri) circa la logicità e la razionalità degli esiti interpretativi è una forma di autorevolezza della giurisprudenza che tende a rafforzare l'autorità del giudice. Del resto, il ruolo apicale conferito ai giudici dall'ordinamento non è motivo in sé sufficiente di autorevolezza. Essa dipende invece dalla loro capacità di costruzione persuasiva e non arbitraria del diritto, se del caso attualizzandone i significati e facendone evolvere i contenuti per fronteggiare le esigenze di dinamicità tipiche dei moderni sistemi giuridici: in breve tramite l'*hermeneia*, qui intesa in senso lato quale strumento interpretativo-creativo del diritto (sul punto si tornerà in seguito).

Nelle prossime pagine intendo applicare alla Corte di giustizia tale schema, muovendo da uno specifico *case study*. Giova rapidamente premettere che, nell'ordinamento dell'Unione europea, la Corte non dispone di alcun monopolio interpretativo; è tuttavia la *costruttrice* ultima del diritto – compito che essa ha svolto tramite metodi di interpretazione o *rectius* argomenti interpretativi progressivamente affinati in via pretoria nel corso di decenni di giurisprudenza². In effetti, la Corte è chiamata a definire le divergenze interpretative tra i molteplici attori qualificati dell'*acquis*, tra cui si pongono *in primis* le altre istituzioni dell'Unione, i giudici e le amministrazioni nazionali, mentre questi ultimi devono attrezzarsi per disporre dell'*expertise* necessaria, cosa in sé non semplice stante la complessità del sistema³.

A questo fine intendo soffermarmi, in particolare, su un filone giurisprudenziale, ripreso e sviluppato con interessanti spunti inediti da due recentissime pronunce rese in pari data dalla Grande Sezione della Corte di giustizia⁴. L'obiettivo consiste essenzialmente nell'analizzare la tenuta dell'argomentazione interpretativa in esse utilizzata. Come si vedrà, la Corte *riscrive* i Trattati seguendo una tecnica argomentativa che a me pare poco convincente⁵. Prima di ciò, credo sia opportuno guidare velocemente il lettore nel contesto normativo sottostante.

* Il presente scritto è destinato al volume *Liber Amicorum Luigi Daniele*.

¹ Sulla persuasività del discorso argomentativo v. in particolare PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA 2008.

² Cfr. in dottrina LASSER 2004; ITZCOVICH 2009; CONWAY 2012; INGRAVALLO 2017; LENAERTS, GUTIERREZ FONS 2020; LATTANZI 2022.

³ Se è vero che la Corte non possiede il monopolio dell'interpretazione dell'*acquis*, è anche vero tuttavia che ad essa è affidato il compito di stabilire il significato della disposizione in caso di dubbi e divergenze. Nel Parere 1/17 del 30 aprile 2019, punto III, la Corte ha ben evidenziato che allo scopo di garantire la preservazione delle caratteristiche specifiche e dell'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione, i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale destinato ad assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione: “conformemente all'articolo 19 TUE, spetta ai giudici nazionali e alla Corte di garantire la piena applicazione di tale diritto nell'insieme degli Stati membri nonché una tutela giurisdizionale effettiva; la Corte detiene una competenza esclusiva a fornire l'interpretazione *definitiva* di detto diritto” (corsivo aggiunto).

⁴ Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, KS e KD; 10 settembre 2024, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*.

⁵ Sul tema degli argomenti interpretativi cfr. PINO 2021, 271 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

2. Nell'Unione la protezione giurisdizionale dei diritti presenta vari profili di criticità. Uno di essi riguarda gli atti di politica estera e di sicurezza comune (PESC), nonché di politica di difesa e sicurezza comune (PSDC), e in particolare la ripartizione della *iurisdictio*, in questi stessi settori, tra Corte di giustizia e giudici nazionali.

In linea di principio, secondo i Trattati, in tali ambiti la Corte di giustizia è sprovvista di *potestas iudicandi* ex art. 24, par. 1, comma 2, ultima parte TUE, salvo due ipotesi ben definite. La prima concerne la distinzione tra competenze *esterne* sovranazionali dell'Unione (la politica commerciale comune, ad esempio) e competenze intergovernative PESC (artt. 24, par. 1, comma 2 e 40, TUE). Tale *actio finium regundorum* è esperibile quando vi siano incertezze circa gli esatti confini della PESC rispetto ad altri settori di competenza esterna (sovranazionale) dell'Unione e occorra, in pratica, evitare che una istituzione (il Consiglio, di regola) utilizzi impropriamente una base giuridica PESC per svolgere, appunto in chiave intergovernativa, compiti relativi alle relazioni esterne dell'Unione ovvero si profili il rischio inverso (art. 40 TUE)⁶.

La seconda afferisce al controllo sugli atti che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche e giuridiche, indipendentemente dalla loro origine PESC (art. 275 TFUE). Questo rimedio giurisdizionale è destinato a verificare “la legittimità di talune decisioni” precisate per rinvio recettizio all'art. 275, comma 2, TFUE, vale a dire le decisioni che “prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio”.

Sul piano interpretativo, occorre ricostruire il rapporto tra l'intendimento racchiuso in questa limitata centralizzazione della giurisdizione in ambito PESC in capo alla Corte di giustizia, da un lato, e la disposizione, anch'essa sistemica e di ordine generale, contenuta nell'art. 19 TUE che conferisce numerosi (non la totalità dei) compiti di *ius dicere* ai giudici dell'Unione, come sinteticamente descritti nell'art. 19, par. 3, TUE⁷. Peraltro, quest'ultima disposizione, oltre a presupporre il funzionamento del principio di attribuzione (art. 5, parr. 1 e 2, TUE) e la regola secondo cui l'istituzione giudiziaria “agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati” (art. 13, par. 2, TUE), precisa che il giudice dell'Unione “si pronuncia conformemente ai trattati” (art. 19, par. 3, prima parte, TUE).

Per completare il quadro normativo, conviene infine ricordare che il mancato accentramento dei compiti giurisdizionali in capo al *giudice naturale* (la Corte) del diritto europeo non può, né deve indurre a ritenere che si siano create aree di immunità dalla giurisdizione in ambito PESC/PSDC, come forse qualche Governo poté pensare nella scrittura dei Trattati. Pur riconoscendo la specialità della politica estera, anche sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali, i redattori più avveduti (o meno politicamente orientati) della riforma di Lisbona presupposero, in chiave strettamente giuridica, il ruolo complementare e integrativo dei giudici nazionali affinché non si profilassero lacune nei rimedi giurisdizionali. Insomma, posto che, al di fuori delle competenze attribuite ai giudici di Lussemburgo, sacche di immunità dal controllo giurisdizionale sono inconcepibili in qualunque ordinamento fondato sullo stato di diritto⁸, là dove la competenza non sia devoluta a Lussemburgo deve operare la funzione integrativa dei giudici statali, in base al principio della completezza del controllo giurisdizionale che permea di sé il sistema

⁶ Su questo profilo, definito da tempo in dottrina in questi termini, cfr. la sentenza, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, cit., punto 44. Spetta dunque alla Corte *inter alia* “vigilare” affinché il Consiglio (nell'applicare l'art. 215 TFUE) non eluda la competenza giurisdizionale della stessa Corte (ivi, punto 45).

⁷ Ossia i ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da persona fisica o giuridica; i ricorsi pregiudiziali e altri tipi di ricorsi “previsti dai trattati”.

⁸ Sulla completezza dei rimedi giurisdizionali, propri di una comunità di diritto, sia quando siano accentrati in capo al giudice comune, sia quando invece tali rimedi debbano essere assicurati dai giudici nazionali, il pensiero corre immediatamente alla sentenza della Corte di giustizia, 3 aprile 1986, 294/83, *Les Verts*, punto 23, nonché, alla disposizione di codificazione giurisprudenziale prevista dal Trattato di Lisbona con riguardo al compito essenziale affidato ai giudici nazionali di assicurare “la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione” (art. 19, par. 1, comma 2 TUE).

giudiziario dell'Unione⁹. In effetti, fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia, nel diritto primario resta ferma la circostanza per cui “le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali” (art. 274 TFUE). In sintesi, la carenza di potestas iudicandi dei giudici di Lussemburgo è necessariamente completata dalle funzioni giurisdizionali statali. Ne è prova ulteriore l'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, che affida – con disposizione inserita dalla riforma di Lisbona nel diritto primario – agli Stati il compito di stabilire “i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

3. In tale quadro giuridico, negli ultimi anni è intervenuta la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha progressivamente esteso in via pretoria la sfera della propria competenza giurisdizionale. A questo fine, la Corte ha utilizzato un'argomentazione di tipo sistemico o strutturale: i limiti imposti all'esercizio della giurisdizione accentrata (artt. 24, par. 1 e 275, primo comma TFUE) devono essere interpretati restrittivamente; essi, infatti, derogano alla regola della competenza generale di cui all'art. 19, par. 1, TUE, disposizione che, a sua volta, conferisce alla Corte la funzione di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati. Tale argomento interpretativo è stato di recente ribadito dalla Corte in *KS* e *KD* – relativo alla responsabilità per danni arrecati dall'Unione in conseguenza di azioni riconducibili alla missione UNMIK in Kosovo – in termini alquanto espliciti: “conformemente all'articolo 24, paragrafo 1, secondo comma, ultima frase, TUE e all'articolo 275, primo comma, TFUE, la Corte di giustizia dell'Unione europea, in linea di principio, non è competente per quanto riguarda le disposizioni relative alla PESC nonché gli atti adottati sulla base di queste ultime. Tali disposizioni introducono una deroga alla regola della competenza generale che l'articolo 19 TUE conferisce a tale istituzione per garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati e, di conseguenza, devono essere interpretate in modo restrittivo”¹⁰.

L'argomentazione di ordine sistemico-strutturale è discutibile. Tra i due regimi, quello che conferisce funzioni nomofilattiche alla Corte e quello in materia di politica estera, entrambi posti nei Trattati, non sussiste una relazione assimilabile a quella che intercorre tra regola generale ed eccezione, per cui la prima (competenza dei giudici dell'Unione) è soggetta a interpretazione estensiva, mentre la seconda (che sottrae competenza a tali giudici) è di stretta interpretazione.

Anzitutto, l'argomentazione della Corte è incompleta, perché – come rilevato nel par. 2 – il rapporto tra competenze accentrate in ambito PESC e il compito nomofilattico affidato alla Corte è completato da altre disposizioni, non considerate nell'*iter* logico-argomentativo da essa proposto.

In secondo luogo, tenuto conto del tenore letterale e delle intenzioni degli autori dei Trattati, le disposizioni generali sulla giurisdizione della Corte di giustizia *lato sensu* intesa, inclusiva cioè del potere di *ius dicere* riservato al Tribunale, e le regole giurisdizionali applicabili in ambito PESC costituiscono due diversi insiemi di prescrizioni che si pongono formalmente e strutturalmente sullo stesso piano, e dunque *non* in una logica derogatoria dell'uno rispetto all'altro. Sono insiemi normativi distinti, disomogenei, espressivi entrambi di un approccio sistemico e che possiedono ciascuno una propria sfera di applicazione. In breve, le limitazioni imposte al giudice di Lussemburgo in ambito PESC si sostituiscono all'art. 19 TUE e *non procedono per dero-*

⁹ V. nota precedente.

¹⁰ Corte di giustizia, 10 settembre 2024, cause riunite C-29/22 P e C-44/22 P, *KS* e *KD*, punto 62. 10 settembre 2024, C-351/22, *Neves 77 Solutions SRL*, punto 35. In precedenza, in senso conforme, sentenze 24 giugno 2014, C-658/11, *Parlamento c. Consiglio*, punti 69 e 70; 19 luglio 2016, C-455/14 P, *H c. Consiglio e a.*, punti 39 e 40; 25 giugno 2020, C-14/19 P, *SATCEN*, punto 66; 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran c. Consiglio*, punti 26 e 32. In senso conforme in dottrina ovvero senza particolari notazioni critiche cfr. BESTAGNO 2020, 280 ss., per quanto riguarda gli atti che impongono sanzioni individuali; VAN ELSUWEGE 2021, 1731 ss.; NOVI 2023, 209 ss.

gazione; sono limitazioni intrinseche e inerenti al sistema istituzionale dell'Unione o, se si preferisce, costituzionale in senso materiale, trasponendo (semmai possibile) il pensiero di Mortati al costituzionalismo europeo¹¹. Sono insiemi normativi che presentano senz'altro disarmonie anche riguardo all'eventuale adesione alla CEDU (sul punto si tornerà *infra*), ma che *ictu oculi* esprimono la volontà degli Stati membri racchiusa nei Trattati. È un dato fattuale (tradottosi in esplicite disposizioni giuridiche) che alcuni Governi non fossero propensi alla *sovrannazionalizzazione* della PESC; in ogni caso, essi erano restii a concedere un potere giurisdizionale ad ampio spettro alla Corte di giustizia in materia di politica estera¹², allo scopo di preservare il controllo nazionale sugli atti di politica estera, avuto riguardo anche alla dottrina dell'*act of state* che in alcuni di essi gode di ampio riconoscimento. La *ratio iuris* del quadro dispositivo e la volontà insita nei Trattati sono ampiamente noti e di palmare evidenza.

In terzo luogo, il ridotto ruolo assegnato ai giudici dell'Unione ribadisce, in chiave strutturale e di sistema, il carattere autonomo della cooperazione intergovernativa PESC/PSDC nel processo di integrazione europea: è una sorta di *pilastro residuale* a sé, sebbene – come si sa – i pilastri del precedente sistema siano stati formalmente aboliti dalla riforma di Lisbona. L'autonomia della cooperazione in materia di politica estera ne spiega la marcata specificità, molte volte ribadita (anche in modo ridondante) nei Trattati¹³.

In quarto luogo, è singolare che l'argomentazione sistemico-strutturale sia ribadita in giurisprudenza anche quando non vi sia alcuna necessità di farvi ricorso, perché la giurisdizione *ratione materiae* dei giudici dell'Unione è comunque riconducibile a norme scritte. Si pensi al caso delle misure restrittive individuali che possono dare luogo, a certe condizioni, a forme di responsabilità per risarcimento del danno causato ai singoli destinatari delle misure stesse, e che sono destinate a ricadere per interpretazione nell'*empiric* dell'art. 275 TFUE¹⁴. In casi del genere, in realtà, l'argomentazione sistemico-strutturale appare un *prius* interpretativo, assunto come verità giuridica presupposta, verosimilmente al fine di perseguire l'obiettivo, di ordine generale, di una costruzione pretoria estensiva della propria *iurisdictio* in materia di politica estera.

Sul piano teorico, tutto ciò rende poco convincente l'*iter* argomentativo in questione, peraltro ormai consolidato in giurisprudenza. In definitiva, sembra trovare conferma quanto si è anticipato, ossia che, nel sistema giuridico dell'Unione, la relazione tra la devoluzione di competenze alla Corte e la disposizione che le attribuisce una funzione circoscritta in materia di politica estera non è riducibile a un rapporto tra norma generale e speciale (o eccezione), destinato a ruotare intorno a un principio unitario di sistema o, per meglio dire, a un assetto normativo omogeneo. L'ordinamento dell'Unione, sotto questo profilo, non è omogeneo, né unitario.

Il descritto *iter* logico-argomentativo della Corte si contrappone al dato testuale e strutturale dei Trattati, denotando una *ratio decidendi* avulsa, almeno in parte, dalla realtà del sistema istituzionale dell'Unione. Inoltre, se si amplia in via pretoria il potere di *ius dicere* della Corte di giu-

¹¹ Il pensiero si volge al magistero scientifico dell'Autore che attribuiva fondamento giuridico alla costituzione materiale, mostrando così un forte tributo intellettuale all'esperienza giuridica, all'importanza del diritto non scritto rilevato anche dalla giurisprudenza (MORTATI 1998, 115 ss.).

¹² Gli interventi del Consiglio, del Servizio europeo di azione esterna e della Francia nella causa KS e KD confermano il contesto avverso alla Corte nel quale si raggiunse l'accordo negoziale che poi condusse al Trattato di Lisbona (si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Çapeta nella causa KS e KD, cit., punti 109, 110, 112, 138 e 140).

¹³ Cfr. BARATTA 2008, 58; BARBATO 2013, 385 ss.

¹⁴ Nella sentenza della Grande sezione 6 ottobre 2020, C-134/19 P, *Bank Refah Kargaran*, punto 32, la Corte ha ripreso la *ratio decidendi* in oggetto. In realtà, è da ritenere che il Tribunale, in primo grado, e la Corte, in appello, sono competenti a statuire su un ricorso per danni nei limiti in cui esso è diretto ad ottenere il risarcimento del pregiudizio economico asseritamente subito a causa di misure restrittive adottate nei confronti di persone fisiche o giuridiche e previste da decisioni PESC: in effetti, detto ricorso è parte integrante della tutela giurisdizionale, necessariamente completa anche in chiave risarcitoria, che i Trattati affidano *ratione materiae* ai giudici dell'Unione ai sensi dell'art. 275 TFUE.

stizia, si riduce conseguentemente a poco o nulla l'area di intervento dei giudici nazionali, privando l'art. 274 TFUE di effetto utile in ambito PESC. Si marginalizza così il ruolo integrativo dei giudici nazionali, si cela a fatica anche una certa sfiducia sull'operato degli stessi in punto di effettività della tutela giurisdizionale in tema di atti PESC e si ridimensionano i molti e condivisibili sforzi ricostruttivi giurisprudenziali, compiuti in passato dalla stessa Corte, allo scopo di attribuire un ruolo vitale ai giudici nazionali nel quadro complessivo della tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'ordinamento dell'Unione¹⁵. Del resto, a ben vedere, tale ruolo è stato valorizzato dagli stessi Trattati *ab origine* tramite la procedura di rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), ma anche dal diritto secondario in materia di concorrenza e di servizi digitali con spunti legislativi interessanti che concorrono a definire in chiave monista il sistema di protezione giurisdizionale dei diritti¹⁶.

4. Si potrebbe osservare che a tale esito interpretativo la Corte di giustizia sia dovuta pervenire perché in qualche misura *costretta* dall'esigenza di superare i rischi di difformità nell'applicazione del diritto nel territorio dell'Unione, inerenti alla mancata, integrale centralizzazione del contenzioso nelle sue mani: *rectius*, dalla duplice necessità, da un lato, di superare la diffidenza di taluni Governi ad affidarsi ad essa in ambito PESC/PSDC e, dall'altro, di colmare in via pretoria l'asimmetria che (insieme ad altre criticità) ha finora impedito l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di asimmetria, in sé e per sé poco ragionevole, insita nel fatto che l'ingresso nel sistema CEDU conferirebbe alla Corte di Strasburgo competenze su atti PESC/PSDC rispetto ai quali la Corte di Lussemburgo è invece sfornita di giurisdizione.

Riguardo alla *vexata questio* dell'adesione dell'Unione alla CEDU¹⁷, va tuttavia rilevato che la sentenza *KS e KD* non sembra avere accolto la tesi, fortemente sostenuta dalla Commissione dinanzi alla Corte nel medesimo procedimento, secondo cui i giudici di Lussemburgo dovrebbero sempre giudicare sui ricorsi individuali avverso atti PESC/PSDC fondati sulla violazione dei diritti fondamentali¹⁸, quale necessità sistemica dell'ordinamento e dunque a prescindere dalle disposizioni attributive di competenza giurisdizionale ai giudici di Lussemburgo. La Corte si è limitata infatti a verificare se la sfera di protezione giurisdizionale invocata dai ricorrenti si ricollegasse a scelte politiche e strategiche; là dove ha verificato che la tutela richiesta non riguardava non interferiva con tali scelte, la Corte ha annullato la sentenza del Tribunale senza in verità accogliere esplicitamente l'impostazione della Commissione. La questione, direi, è rimasta

¹⁵ Con una giurisprudenza assai invasiva (ma non per questo meno convincente) delle sovranità nazionali, la Corte di giustizia ha stabilito che gli Stati membri devono garantire al loro interno l'indipendenza della magistratura e rimedi giurisdizionali effettivi nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e non soltanto in sede di attuazione del medesimo (Grande sezione, 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson*; 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 34; 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia* (indipendenza della Corte suprema), punto 48; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, punti 98 e 99; 19 novembre 2019, C-595/18, *AK*; 20 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika*; Grande Camera 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione c. Polonia*). La nozione di settore disciplinato dal diritto dell'Unione appare più ampia di quella di attuazione del medesimo e suscettibile di imporre obblighi aggiuntivi alle autorità nazionali.

¹⁶ Anche il diritto secondario della concorrenza contribuisce a tale valorizzazione (art. 15(3), comma 1 reg. n. 1/2003; art. 29(2) reg. n. 2015/1589; reg. 2022/2065). I giudici nazionali con l'ausilio della Commissione che, agendo d'ufficio, può sottoporre osservazioni scritte ai giudici stessi a titolo di *amicus curiae* nelle controversie relative ai settori menzionati nel testo.

¹⁷ CAPOTORTI 1980, 16 ss.; LOCK 2012, 162; BARATTA 2013, 1305 ss.; PARODI 2020.

¹⁸ In effetti, la Commissione ha sostenuto che quando un ricorso individuale, sebbene concernente l'ambito della PESC, riguardi asserite violazioni di diritti umani nell'ambito di una missione operativa dell'Unione relativamente al suo funzionamento amministrativo, ma non abbia di mira suoi obiettivi e compiti, il rimedio giurisdizionale stesso avrebbe ad oggetto il rispetto degli obblighi in materia di diritti fondamentali, i quali non rientrerebbero né nella PESC né nelle questioni e scelte politiche o strategiche: in quanto tali i rimedi in questione ricadrebbero necessariamente per interpretazione nella giurisdizione dei giudici di Lussemburgo (sent. *KS e KD*, cit., punti 100 e 101).

aperta: la Commissione e i sostenitori dell'adesione alla CEDU avranno ragione di considerare con favore l'evoluzione giurisprudenziale qui in esame, se in futuro la Corte colmerà l'asimmetria di cui si è detto poc'anzi.

Per quel che concerne poi l'esigenza strutturale (e assolutamente condivisibile) di assicurare l'uniformità di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, la Corte, invece di ampliare per interpretazione la sfera della propria competenza giurisdizionale, avrebbe certamente potuto valorizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale. Esso è strumento che avrebbe potuto essere maggiormente considerato (anche in dottrina), per garantire uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, quando le fattispecie PESC ricadano nella *iurisdictio* dei giudici nazionali: si pensi, ad esempio, ai ricorsi volti a ottenere il risarcimento del danno non conseguenti a misure restrittive individuali, come in *KS* e *KD*. È vero che così facendo alcune fattispecie di responsabilità extracontrattuale dell'Unione ricadrebbero nella competenza dei giudici di Lussemburgo (si pensi ai casi di danni recati a individui da sanzioni individuali) e altre nella giurisdizione dei giudici nazionali, là dove il rimedio sia azionato al di fuori del regime delle sanzioni. È altresì vero che, in tale prospettiva, i giudici nazionali (qualunque giudice o almeno quello che avesse una connessione sufficiente con la fattispecie) avrebbero l'obbligo di esercitare la *iurisdictio* ai sensi del congiunto disposto degli artt. 19, par. 1, comma 2 TUE e 274 TFUE. I rischi di *forum shopping* e per l'uniformità sono certamente prospettabili, ma avrebbero potuto contenersi tramite l'obbligo di ricorso stringente al meccanismo del rinvio pregiudiziale, come in fondo ha insegnato *Foto-Frost* – sentenza nella quale la Corte, per così dire, ha esteso una competenza di cui comunque disponeva in base ai Trattati. Né si potrebbe controargomentare che così facendo la Corte interverrebbe surrettiziamente su materie sottratte al diritto dell'Unione: la PESC resta parte dell'*acquis*, pur con tutte le specificità che la caratterizzano¹⁹.

Maggiore impulso creativo la sentenza *KS* e *KD* mostra peraltro quando, sulle orme dei giudici nazionali che negano la propria *iurisdictio* sulle decisioni degli esecutivi in materia di politica estera, apre per la prima volta la giurisprudenza all'*act of State doctrine*²⁰. Al di là della ragionevole-

¹⁹ Per tali e altre argomentazioni si rinvia a BARATTA 2024a, 312 ss.

²⁰ Sotto questo profilo, *KS* e *KD* sembra in effetti avere risposto positivamente alle esitazioni dei Governi recalcitranti a investire i giudici di Lussemburgo di ulteriori compiti di *ius dicere*, là dove ha stabilito che talune tipologie di atti di una missione PESC e PSDC sono immuni da controlli giurisdizionali. Si tratta, invero, degli atti che “si ricollegano direttamente alle scelte politiche o strategiche” effettuate dal Consiglio europeo e dal Consiglio, quali “in particolare, l'individuazione degli interessi strategici dell'Unione nonché la definizione sia delle azioni da svolgere e delle posizioni da adottare da parte dell'Unione sia degli orientamenti generali della PESC, a norma degli articoli da 24 a 26, 28, 29, 37, 38, 42 e 43 TUE” (sentenza *KS* e *KD*, cit., punto 118). La questione è assai delicata (e meriterebbe spazi ben più ampi di riflessione). La Corte potrebbe essere stata indotta ad orientarsi in questa direzione in ragione della separazione dei poteri, corollario dello stato di diritto, per cui il giudice non dovrebbe interferire nel potere politico dell'esecutivo. Tuttavia, la Corte ha aperto spazi all'immunità dalla protezione giurisdizionale fondata su un criterio incerto – il *legame diretto tra atto PESC e le scelte politiche e strategiche delle istituzioni* – che può certamente assecondare l'attitudine recalcitrante di alcuni Governi al superamento dei limiti delle competenze della Corte di giustizia, sulle orme di quanto spesso accade negli ordinamenti nazionali i cui giudici riconoscono l'*act of State doctrine* e prestano così una deferenza più o meno estesa alle decisioni degli esecutivi. Si potrebbe ammettere che, in virtù della separazione dei poteri, la *iurisdictio* non dovrebbe concernere gli atti di natura squisitamente politica, come tali non suscettibili di produrre effetti pregiudizievoli nei riguardi degli individui. Si pensi ai numerosi atti non aventi natura legislativa e contenuti in *orientamenti generali* e decisioni, azioni, posizioni (e relative condizioni applicative) volte in sostanza a stabilire linee di condotte politiche che concretizzano la cooperazione tra Stati membri in scenari politici e geografici globali (art. 25 TUE). Tuttavia, quando le decisioni di politica estera possano produrre *lato sensu* conseguenze pregiudizievoli sui consociati – come, ad esempio, la decisione di inviare armi ad uno Stato terza vittima di aggressione militare – è dubbio che possano darsi aree di immunità assoluta. Ad esempio, è veramente certo che il controllo giurisdizionale non potrebbe riguardare almeno gli aspetti procedurali, in analogia con l'art. 269, comma 1, TFUE? Si profila, in ogni caso, un confine incerto, un'area di penombra tra atti non giustiziabili perché espressivi di *legame diretto tra atto PESC e le scelte politiche e strategiche delle istituzioni* e quelli giustiziabili, *in toto* o parzialmente, perché tali non sarebbero. A me sembra che in *KS* e *KD* la Corte, in pratica, ab-

lezza o, forse meglio, del realismo politico più o meno marcato di tale punto di arrivo giurisprudenziale – che peraltro avrà rassicurato non poche cancellerie nazionali – suscita perplessità l'incertezza del confine tra atti non giustiziabili perché espressivi di *legame diretto tra atto PESC e le scelte politiche e strategiche delle istituzioni*, e quelli giustiziabili²¹; sorprende altresì l'esiguità delle argomentazioni giustificative volte ad affermare un principio così importante. A questo proposito la Corte avrebbe potuto ricorrere alla separazione dei poteri, alla circostanza che il diritto non disciplina in misura onnicomprensiva tutte le relazioni sociali, così che l'area dei rimedi giurisdizionali è ridotta in misura corrispondente là dove resti nella area della *decisione politica fondamentale, et similia*²².

5. Su un piano generale, occorre infine chiedersi se la *potestas interpretandi* della Corte di giustizia incontri confini invalicabili nell'esercizio delle sue prerogative, nella *ricostruzione* innovativa o creatrice del diritto. La Corte è *naturaliter* l'interprete *ultimo* dell'ordinamento dell'Unione, ma non dispone di un potere illimitato, come essa stessa ha a volte riconosciuto in altri precedenti giurisprudenziali, nei quali ha dichiarato di non poter riscrivere i Trattati.²³ La questione è di notevole spessore pratico e teorico e non può essere qui affrontata, se non per alcuni profili basilari.

A me sembra che il punto di fondo possa riassumersi nei seguenti termini: il ricorso all'*hermenéia*²⁴ e ad argomenti interpretativi che recano con sé l'innovazione del diritto esistente, aggirando la procedura di revisione dei Trattati (art. 49 TUE), non può risolversi in un libero apprezzamento del diritto, in una forma di *giurisdizionalizzazione rivelatrice (dall'alto)* della disposizione interpretata, in una forma di *interpretatio* priva di sostanziali confini. Se l'attività del giudice dell'Unione fosse pressoché assimilabile alle fonti del diritto, la conseguente forza creativa, praticamente illimitata, dell'attività interpretativa rischierebbe di tradursi in forme – ancorché episodiche, è bene dirlo, perché la Corte di giustizia raramente ricorre all'*hermeneia* – di autocrazia giudicante dell'*interpretatio*²⁵. Intendo alludere a risultati giudiziari nei quali l'interprete trarrebbe l'origine e il fondamento della propria autorità da sé stesso o al più, dal fatto che la *potestas interpretandi* gli è stata conferita dalle norme apicali dell'ordinamento, così che l'esito dell'attività interpretativa si autogiustifica in sé stesso.

Sul piano teorico, così non dovrebbe essere in qualunque assetto istituzionale, incluso quello europeo²⁶. L'attività interpretativa incontra, non può non incontrare limiti, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, anche per non alimentare scetticismi o forti critiche al processo di integrazione europea, se legato all'attivismo giudiziario della Corte. Certamente poi la *potestas interpretandi* non dovrebbe fondarsi su un uso orientato degli argomenti interpretativi al fine di assicurare un esito

bia deferito a sé stessa questo compito sulla base di un accertamento casistico che, auspicabilmente, la giurisprudenza futura definirà in maniera più puntuale.

²¹ V. nota precedente.

²² Cfr. in dottrina la classica opera di LAUTERPACHT 2011, 395 ss.

²³ Sent. 25 luglio 2002, C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores* and 26 marzo 2021, C-565/19, *Carvahlo*, punto 69.

²⁴ Con il termine greco *hermeneia* intendo non solo il processo interpretativo di attualizzazione di qualunque disposizione contenuta nell'*acquis*, così che la sua interpretazione debba tener conto della natura evolutiva e dinamica del diritto al fine di darle un significato coerente con le esigenze del momento storico in cui è interpretata e applicata, ma altresì l'esito interpretativo di tipo creativo che si distacca cioè dal testo scritto della disposizione, assumendo significati diversi rispetto a quello originario (BARATTA 2024b, 276). Il concetto di *hermeneia* è utilizzato come elemento dello statuto cattolico dell'interpretazione della Bibbia secondo un'accezione che tende a salvaguardare il senso originario del precetto biblico (accertato mediante esegesi), anche quando quest'ultimo sia applicato a distanza di molti secoli (cfr. TOSATO 1999, 151 ss.),

²⁵ HIRSCHL 2009, 211 ss.

²⁶ Sostenitore di un *free approach* all'interpretazione del diritto è invece BARAK 2007, 35. Tale pensiero non mi sembra accostabile a coloro i quali ritengono che l'interpretazione del diritto, pur avendo ampi margini di discrezionalità, non possa prescindere dal dato normativo: RAZ 2009, 122 e BARBERIS 2022, 20.

interpretativo precostituito, soprattutto se di dubbia coerenza con il diritto scritto e scarsamente in linea con la *ratio iuris* complessiva del diritto primario. Poiché l'interpretazione del diritto ad opera del giudice richiede che la sua attività riscuota *successo*,²⁷ riscontrabile nel fatto che *ex post* sia ampiamente accettata dai suoi destinatari e dalla dottrina, la razionalità intrinseca di qualunque decisione giudiziale diviene essenzialmente una questione di persuasività della stessa, della sua capacità di convincere tramite un uso appropriato dei metodi interpretativi: per tornare alle parole introduttive, è fattore vitale della sua autorevolezza e autorità istituzionale.

²⁷ HART 1994, 153.

Riferimenti bibliografici

- BARAK A. 2007. *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press.
- BARATTA R. 2008. *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 1, 2008, 21 ss.
- BARATTA R. 2013. *Accession of the EU to the ECHR: the Rationale for the ECJ's Prior Involvement Mechanism*, in «Common Market Law Review», 50, 2013, 1305 ss.
- BARATTA R. 2024a. *La iurisdictio in ambito PESC: la dubbia ratio decidendi della Corte di giustizia*, in «rivista.eurojus.it», 2, 2024, 305 ss.
- BARATTA R. 2024b. *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Wolters Kluwer.
- BARBATO J-C. 2013. *Le maintien du caractère intergouvernemental de la politique étrangère de sécurité et de défense*, in LAMBLIN-GOURDIN A.-S., MONDIELLI E. (eds.), *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, 385 ss.
- BARBERIS M. 2022. *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Giappichelli.
- BESTAGNO F. 2020. *Danni derivanti da misure restrittive in ambito PESC e azioni di responsabilità contro l'UE*, in «Eurojus», 4, 2020, 280 ss.
- CAPOTORTI F. 1980. *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 1980, 16 ss.
- CONWAY G. 2012. *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge University Press.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law* (2nd ed.), Oxford University Press.
- HIRSCHL R. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press.
- INGRAVALLO I. 2017. *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Cacucci.
- ITZCOVICH G. *The Interpretation of Community Law by the European Court of Justice*, in «German Law Review», 10(5), 2009, 537 ss.
- LASSER M.E. 2004. *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press.
- LATTANZI S. 2022. *I 'travaux préparatoires' del diritto dell'Unione europea: tassonomia, ruolo e funzioni*, Wolters Kluwer Cedam.
- LAUTERPACHT H. 2011. *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press (first published in 1933).
- LENAERTS K, GUTIERREZ FONS J.A. 2020. *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant.
- LOCK T. 2012. *End of an Epic? The Draft Agreement on the EU's Accession to the ECHR*, in «Yearbook of European Law», 31(1), 2012, 162 ss.
- TOSATO A. 1999. *Lo statuto cattolico dell'interpretazione della Bibbia*, in «Ars interpretandi», 1999, 123 ss.
- MORTATI C. 1998. *La costituzione in senso materiale* (a cura di G. Zagrebelsky), Giuffrè.
- NOVI C. 2023. *Corte di giustizia e competenze esterne dell'Unione europea*, Cacucci.
- PARODI M. 2020. *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: dinamiche sostanziali e profili formali*, ESI.
- PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L. 2008. *Traité de l'argumentation* (6eme ed.), Ed. de l'Université de Bruxelles.

PINO G. 2021. *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli.

RAZ J. 2009. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press.

VAN ELSUWEGE P. 2021. *Judicial Review and The Common Foreign and Security Policy: Limits to the Gap-Filling Role of the Court of Justice*, in «Common Market Law Review», 58(6), 2021, 1731 ss.