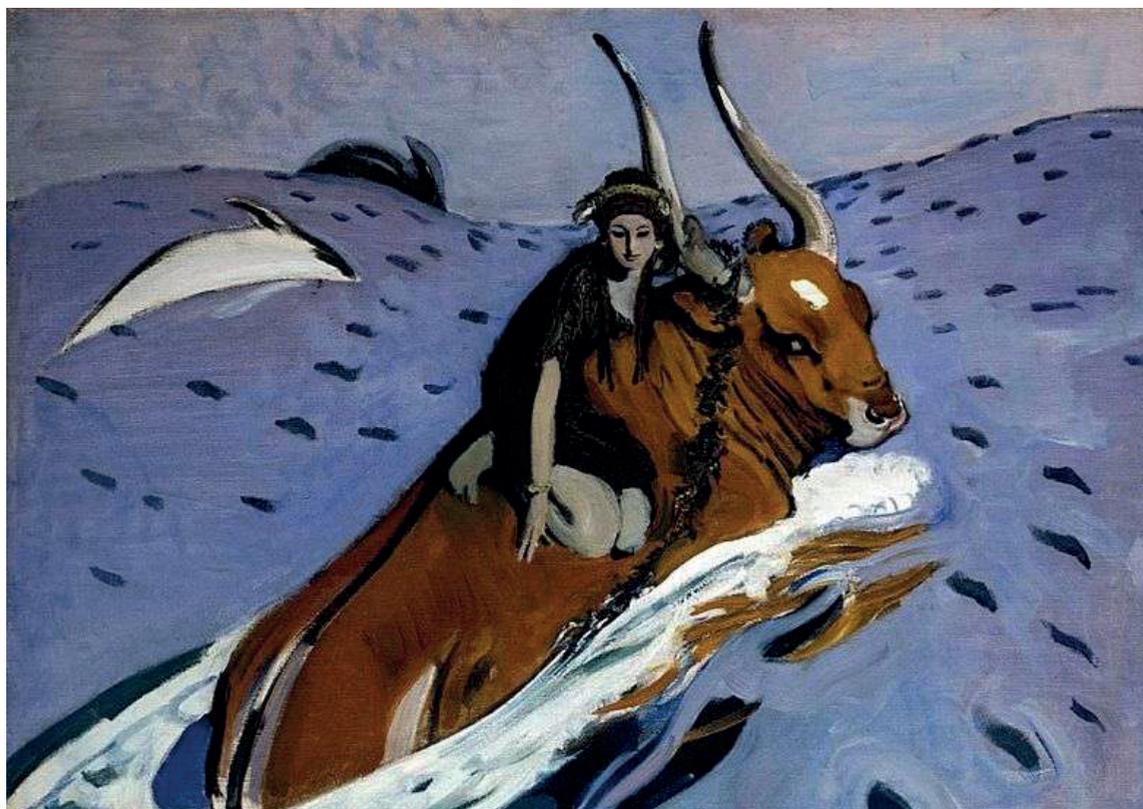

QUADERNI AISDUE

I/2021

Editoriale Scientifica



L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE) si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità proprie del diritto dell'Unione europea, anche con riferimento sia alla formazione accademica e professionale, sia alla valutazione della ricerca e alla selezione dei docenti e dei ricercatori.

in copertina: V.A. Seroy, *Il Ratio d'Europa, 1910*

euro 18,00

ISBN 979-12-5976-246-7



ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano

Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Quaderni AISDUE

Comitato scientifico:

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giulia D'Agnone, Alessandra Favi, Rosario Federico, Federica Ferrari,
Federico Ferri, Elena Gualco, Sarah Lattanzi, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Martina Previatello,
Enrico Tinti, Alessia Voinich, Laura Zoboli

QUADERNI AISDUE

2021/1

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN
ISSN 2723 9969

INDICE

ANTONIO TIZZANO, *Presentazione Quaderni AISDUE* 9

Articoli

TESAURO G., *Una nuova revisione dei Trattati dell'Unione per conservare i valori del passato*, 18 giugno 2021 13

MARTINES F., *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?*, 29 luglio 2021 23

MORI P., *Il rapporto tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali nell'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di giustizia*, 26 luglio 2021 45

Note e commenti

AGRATI G., CIPRANDI A., TORRESAN R., *Il rinvio pregiudiziale nel "caso Randstad": riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell'Unione europea*, 10 giugno 2021 69

CAPUANO V., *Limiti di età ed accesso alla professione notarile tra diritti fondamentali e sistemi contributivi nazionali*, 5 luglio 2021 103

CIRCOLO A., *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, 15 luglio 2021 117

MAOLI F., *Contratti e illeciti nel Regolamento Bruxelles I-bis: la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Wikingerhof*, 29 luglio 2021 121

BlogDUE

TIZZANO A., <i>Presentazione BlogDUE</i> , 13 ottobre 2021	133
BARBANO M., <i>Le sentenze del Tribunale dell'Unione sulla vicenda Air Berlin (cause T-240/18 e T-296/18): to O&D or not to O&D?</i> , 2 dicembre 2021	135
BARBANO M., <i>Wind of change: la sentenza Google Shopping del Tribunale dell'Unione (T-612/17) e i possibili riflessi sulla prassi di antitrust enforcement nel settore delle piattaforme digitali</i> , 29 dicembre 2021	145
CIRCOLO A., <i>Un "approdo" per le concessioni balneari: l'Adunanza plenaria nega la proroga automatica delle concessioni</i> , 2 dicembre 2021	155
D'AGNONE G., <i>La Corte di giustizia condanna la Polonia al pagamento di una penalità di mora per non aver osservato le misure cautelari emesse riguardo alla miniera di lignite di Turów</i> , 13 ottobre 2021	165
DE PASQUALE P., <i>Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (Causa C-561/19)</i> , 18 ottobre 2021	171
DI FEDERICO G., <i>Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?</i> , 13 ottobre 2021	179
FERRARI F., <i>I nuovi abusi "digitali": il self-preferencing di Google al vaglio del Tribunale dell'Unione</i> , 21 novembre 2021	189
FERRI F., <i>L'impugnazione delle direttive da parte dei singoli: la rivoluzione "gentile" dell'Avv. gen. Bobek</i> , 23 novembre 2021	197
LANOTTE M., <i>La mancata applicazione del meccanismo di condizionalità: carenza o incoerenza?</i> , 16 novembre 2021	205
LATTANZI S., <i>Nello scenario post-Brexit il Tribunale offre dei chiarimenti in merito alla natura dell'accordo di recesso e delle decisioni ad esso relative</i> , 7 dicembre 2021	211
MASSA C., <i>DMA or not DMA, that is the question</i> , 7 dicembre 2021	217

MINUCCI B., <i>Il fermo amministrativo della nave Sea-Watch 4 al vaglio della Corte di giustizia</i> , 15 dicembre 2021	225
PACE L., <i>La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino</i> , 29 ottobre 2021	233
PESCE C., <i>Taluni profili del diritto penale europeo quale banco di prova per il legislatore italiano</i> , 20 dicembre 2021	241

ULTRA VIRES E RULE OF LAW: A PROPOSITO DELLA RECENTE
SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO
SUL REGIME DISCIPLINARE DEI GIUDICI

ANDREA CIRCOLO*

SOMMARIO: 1. Il rifiuto del primato del diritto dell'Unione nella sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 14 luglio 2021. – 2. Il contesto della pronuncia. – 3. Quando la violazione sistemica dello Stato di diritto incontra la teoria dell'*Ultra vires*.

1. “The second sentence of Article 4(3) of the Treaty on European Union (OJ 2004 No. 90, item 864/30, as amended), in conjunction with Article 279 of the Treaty on the Functioning of the European Union (OJ 2004 No. 90, item 864/2, as amended), in so far as the Court of Justice of the European Union imposes ultra vires obligations on the Republic of Poland, as a Member State of the European Union, by issuing provisional measures relating to the system and jurisdiction of Polish courts and the procedure before Polish courts, is incompatible with Article 2, Article 7, Article 8(1) and Article 90(1) in conjunction with Article 4(1) of the Constitution of the Republic of Poland and to that extent is not covered by the principles of primacy and direct applicability set out in Article 91(1) to (3) of the Constitution”¹.

Sono bastate poche righe a spazzare via quasi sessant'anni di giurisprudenza comunitaria e a sollevare una grossa scure – l'ennesima – sulla partecipazione della Polonia all'Unione europea. Secondo il Tribunale costituzionale polacco (sentenza P 7/20 del 14 luglio 2021), l'ordinanza con la quale la Corte di giustizia aveva richiesto l'immediata sospensione della legge che istituiva un nuovo regime disciplinare per i giudici è da considerarsi *ultra vires* e non può trovare applicazione nell'ordinamento interno². Più nello specifico, il combinato disposto degli artt. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE, nella misura in cui impone la sospensione cautelare della normativa nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione, risulterebbe in-

* Dottore di ricerca in diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Napoli *Parthenope*.

¹ La traduzione è dell'autore.

² Ordinanza della Corte del 8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione/Polonia* (*Régime disciplinaire des juges*), spec. punto 78.

compatibile con le conferenti norme della Costituzione che regolano l'adattamento del diritto polacco al diritto dell'Unione.

2. L'ordinanza cautelare della Corte era intervenuta nell'ambito di un ricorso per infrazione azionato dalla Commissione, sul presupposto che la questione di incompatibilità di tale legge con l'art. 19 TUE apparisse, *prima facie*, non priva di serio fondamento.

Come è noto, difatti, l'impiego della procedura *ex art.* 258 TFUE aggiunge, nell'ottica di una tutela processuale completa ed effettiva, anche la possibilità di ottenere una tutela immediata in sede cautelare³. Dopo qualche perplessità iniziale che limitava l'applicazione delle misure cautelari ai soli ricorsi *ex artt.* 263, 265, 268 e 270 TFUE, la Corte ha ritenuto di poter riconoscere la tutela cautelare atipica *ex art.* 279 TFUE anche nell'ambito di un ricorso per inadempimento⁴ al ricorrere dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. L'esitazione era legata alla possibilità, da parte della Corte, di sospendere l'applicazione di una normativa nazionale ritenuta *icto oculi* in contrasto con il diritto dell'Unione, con la conseguenza che la Corte si ritrovi ad avere giurisdizione su un atto di natura interna. Il ricorso per infrazione è infatti l'unico ricorso in contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia che ha ad oggetto una normativa nazionale. Ed è proprio a tale circostanza che il Tribunale costituzionale polacco fa probabilmente appiglio – l'avverbio è d'obbligo, visto che attualmente è disponibile il solo dispositivo della sentenza.

Invero, ciò che è stato il motivo dell'iniziale ostacolo, è probabilmente oggi uno dei maggiori incentivi all'utilizzo della procedura di infrazione nell'ambito della tutela dei valori, dal momento che la Corte può incidere direttamente, seppur in maniera temporanea e con i limiti di cui alla cognizione cautelare, sulla situazione interna contrastante con le norme dei Trat-

³ Sulle condizioni dell'azione cautelare nel processo dell'Unione, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO, II ed., Napoli, 2020, pp. 354 e 355.

⁴ Sulla natura dell'art. 279 TFUE, si vedano per tutti A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in AA. VV., *I processi speciali. Studi in onore di Virgilio Andrioli*, vol. IV, Napoli, 1979, p. 360 ss.; C. IANNONE, *Art. 279 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 2203 ss.; M. CONDINANZI, *La protezione giurisdizionale cautelare avanti al Giudice dell'Unione europea: l'efficacia e l'equilibrio*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 190 ss., spec. pp. 201 e 202.

tati⁵. In realtà, la tutela che offre la pronuncia cautelare è addirittura superiore, negli effetti materiali, alla sentenza definitiva di accertamento. L'ordinanza cautelare, nella misura in cui ingiunge allo Stato membro un certo comportamento (come l'immediata sospensione di un atto nazionale), riesce a colmare la distanza di tutela dovuta al carattere meramente dichiarativo della sentenza di accertamento e avvicina tale pronuncia, nel risultato, a quella di annullamento, che, per evidenti ragioni di competenza, non potrebbe essere garantito dalla Corte.

3. Non è la prima volta che la Corte ha fatto uso di tale potere nell'ambito dei ricorsi per infrazione attivati dalla Commissione contro la Polonia: si ricordino l'ordinanza sulla sospensione delle misure nazionali che comportavano il prepensionamento di alcuni membri della Corte Suprema (e la nomina dei relativi sostituti)⁶ e quella sulla foresta di *Białowieża*⁷. Ma non si aveva memoria – almeno sino ad oggi - di un'ordinanza cautelare della Corte disattesa da uno Stato membro. E il caso (?) ha voluto che, nello stesso giorno di pubblicazione della decisione del Tribunale costituzionale polacco, la Corte di giustizia abbia nuovamente fatto uso del

⁵ Cfr. N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati*, in *osservatoriosullefonti.it*, vol. XI, n. 1, 2018, pp. 14-17.

⁶ Sentenza della Corte del 17 dicembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*. V., in particolare, il dispositivo dell'ordinanza: "La Repubblica di Polonia è tenuta, immediatamente e sino alla pronuncia della sentenza definitiva nella causa C-619/18, sospendere l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 37, paragrafi da 1 a 4, e dell'articolo 111, paragrafi 1 e 1 *bis*, dell'ustawa o Sądzie Najwyższym (legge sulla Corte suprema), dell'8 dicembre 2017, dell'articolo 5 dell'ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (legge di modifica della legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali di diritto comune, della legge sulla Corte suprema e di talune altre leggi), del 10 maggio 2018, nonché di qualunque provvedimento adottato in applicazione di tali disposizioni; ad adottare tutte le misure necessarie per garantire che i giudici del Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia) interessati dalle suddette disposizioni possano continuare ad esercitare le proprie funzioni nella stessa posizione che occupavano alla data del 3 aprile 2018, data di entrata in vigore della legge sulla Corte suprema, godendo nel contempo dello status e di diritti e condizioni di lavoro identici a quelli di cui beneficiavano sino al 3 aprile 2018; ad astenersi dall'adottare qualsiasi provvedimento diretto alla nomina di giudici al Sąd Najwyższy (Corte suprema) in sostituzione di quelli interessati da dette stesse disposizioni, nonché qualsiasi provvedimento diretto a nominare il nuovo primo presidente di tale organo giurisdizionale o a designare la persona incaricata di dirigerlo al posto del suo primo presidente fino alla nomina del nuovo primo presidente".

⁷ 27 luglio, 11 ottobre e 20 novembre 2017, causa C-441/17 R, *Commissione c. Polonia (Forêt de Białowieża)*.

potere cautelare, proprio con riferimento alla legge che disciplina il funzionamento della Sezione disciplinare della Corte suprema polacca⁸.

La sentenza del *Trybunał Konstytucyjny* non rappresenta soltanto un nuovo e serio attacco alla resistenza dello Stato di diritto in Polonia; ma arricchisce anche il filone delle pronunce *ultra vires* da parte delle Corti supreme nazionali⁹, recentemente rinvigorito dal Tribunale costituzionale tedesco con la vicenda PSPP¹⁰. Sebbene i presupposti di fondo fossero del tutto differenti, molti avevano sottolineato il rischio di emulazione della pronuncia della *Bundesverfassungsgericht* da parte di Polonia e Ungheria. E a molti l'attivazione della procedura di infrazione nei confronti della Germania non sembrerà più un atto dovuto¹¹.

Oggi come allora, “trovare il coraggio per lasciare liberi di un sostanziale *opting out* o di *exit* i Paesi membri scontenti del rispetto dei principi della *Rule of Law* [è una] ipotesi sull[a] qual[e] c'è almeno da riflettere”¹².

⁸ Sentenza della Corte del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R, non ancora pubblicata (vicepresidente Silva de Lapuerta). Nel ricorso depositato dalla Commissione l'11 giugno 2021 si legge che “La Sezione disciplinare della Corte suprema, in considerazione delle circostanze della sua creazione, della sua composizione e delle competenze conferitele, non costituisce un organo giurisdizionale che rispetti i requisiti di un organo giurisdizionale indipendente ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta. Di conseguenza, il mantenimento della sua competenza a conoscere le cause nei confronti di altri giudici nazionali riguardanti lo status e le condizioni di esercizio della funzione di giudice viola la loro indipendenza e costituisce una violazione dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE”.

⁹ In passato, si vedano le sentenze Landtová e Ajos, rispettivamente della Corte costituzionale ceca (31 gennaio 2012, PL ŮS 5/12) e della Suprema corte danese (6 dicembre 2016, n. 15/2014).

¹⁰ Bundesverfassungsgericht 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15. Sulla vicenda, v. R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2020, p. 9 ss.; E. PERILLO, *De Karlsruhe au Kirchberg et retour: le long voyage, courageux mais prévisible, d'un tourmenté “ultra vires Urteil”*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2020, p. 127 ss.

¹¹ Primacy of EU law: Commission sends letter of formal notice to GERMANY for breach of fundamental principles of EU law, 9 June 2021 - ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_21_2743.

¹² G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Osservatorio europeo DUE*, 11 maggio 2020, pp. 21 e 22.