



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2023, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato e Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).

Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Silvia Marino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Fascicolo 2023, n. 1

INDICE

Renzo Calvigioni <i>Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero</i>	1
Diletta Danieli <i>Piattaforme di e-commerce e contraffazione di marchi: cambi di paradigma nel regime di responsabilità disciplinato dal diritto dell'Unione europea?</i>	23
Francesco Spera, Francesca Leucci <i>Soft to be strong: the use of bilateral soft law in the EU environmental external action</i>	45
Valeria Amenta <i>La qualificazione delle decisioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini della loro sindacabilità: alcune osservazioni a margine delle sentenze gemelle della Corte di giustizia nei casi Ema ed Ela</i>	67
Approfondimenti del Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali (accreditato dalla Commissione europea come High-Quality Customs-Specific Study Programme)	
Cristian Lo Re <i>Origine delle merci: un'analisi comparata delle prove dell'origine preferenziale nel diritto doganale dell'UE</i>	97

La qualificazione delle decisioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini della loro sindacabilità: alcune osservazioni a margine delle sentenze gemelle della Corte di giustizia nei casi *Ema* ed *Ela*

Valeria Amenta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti alla base e il portato in diritto delle pronunce esaminate. – 3. Il paradigma di imputazione dell’atto al suo autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.1. *Segue*. Un’analisi del paradigma. – 3.2. *Segue*. I limiti del criterio normativo e gli effetti sulla competenza giurisdizionale della Corte di giustizia. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il recesso del Regno Unito dall’Unione europea si è ripercosso sul piano istituzionale, determinando, tra l’altro, la cessazione, secondo taluni autori illegittima¹, del mandato di due giudici² e di un avvocato generale³, nonché il mutamento delle sedi di due agenzie europee, quali l’Agenzia europea per i medicinali (*Ema*) e l’Autorità europea per il lavoro (*Ela*). La grande sezione della Corte di giustizia, con due sentenze emesse in data 14 luglio 2022, ha dichiarato inoppugnabili⁴ per difetto di giurisdizione le decisioni formalmente adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, con le quali sono stati operati tali cambiamenti istituzionali.

Secondo l’art. 263 TFUE sono impugnabili solo gli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione europea; nessun riferimento è invece previsto rispetto agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri. La Corte ha escluso

* Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali, Università degli Studi di Verona.

¹ D. HALBERSTAM, *Could there be a Rule of Law Problem at the EU Court of Justice? The Puzzling Plan to let U.K. Advocate General Sharpston Go After Brexit*, in *Verfassungsblog*, 2020, reperibile [online](#); D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice of the European Union: Replacement of Advocate General Sharpston and the Battle for the Integrity of the Institution*, in *The Jean Monnet Working Paper*, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, School of Law, New York University, 2020, n. 2, pp. 1-37, reperibile [online](#).

² Si tratta del giudice della Corte di giustizia Christopher Vajda, e del giudice del Tribunale Ian Stewart Forrester.

³ Il riferimento è all’avvocato generale Eleanor Sharpston.

⁴ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenze del 14 luglio 2022, [cause riunite C-106/19 e C-232/19](#), *Italia c. Consiglio e Parlamento*, EU:C:2022:568; 14 luglio 2022, [cause riunite C-59/18 e C-182/18](#), *Ema*, EU:C:2022:567; 14 luglio 2022, [causa C-743/19](#), *Ela*, EU:C:2022:569.

che tali atti possano essere impugnati, data la presenza di limiti espliciti di giurisdizione che rispondono all'intenzione degli Autori dei trattati di preservare l'intangibilità delle decisioni degli Stati membri da eventuali ingerenze delle istituzioni dell'Unione.

In dottrina, tuttavia, non manca chi sostiene che tale lacuna giurisdizionale possa indurre gli Stati membri a dissimulare atti adottati dal Consiglio ovvero dal Consiglio europeo⁵, per impedire, rispettivamente, il coinvolgimento del Parlamento europeo e il sindacato giurisdizionale della Corte. Inoltre, l'identificazione dell'effettivo autore dell'atto porta con sé oggettive difficoltà di accertamento quando si tratti di chiarire se i rappresentanti dei governi degli Stati membri abbiano agito in veste di membri del Consiglio, del Consiglio europeo ovvero come soggetti sovrani. Per far fronte a tali problemi, la Corte sembra aver sviluppato negli anni una tendenza a valorizzare come autore dell'atto impugnato colui che sarebbe stato competente secondo i trattati (componente normativa) e a fondare tale accertamento sulle circostanze di adozione dell'atto, nonché sul suo contenuto (componente fattuale). Questo approccio tuttavia presenta delle incertezze. L'interazione delle due componenti può, talvolta, portare a risultati differenti a seconda della prevalenza dell'una o dell'altra e il fattore dirimente in tal senso non sembra sempre prevedibile. In alcuni casi, poi, questo approccio può dar luogo a situazioni in cui la Corte sia costretta a negare la propria giurisdizione anche quando ne ricorrono i presupposti ovvero ad affermarla, nei casi in cui non sembri sussistere.

In questo quadro, il presente lavoro mira ad analizzare il modo con cui la Corte di giustizia ha ricondotto le decisioni impuginate al loro autore nelle recenti sentenze *Ema* ed *Ela*, nel tentativo di indagare i limiti di tale approccio e, più in generale, gli effetti.

2. I fatti alla base e il portato in diritto delle pronunce esaminate.

Le sentenze in commento traggono origine dai seguenti fatti. Il caso *Ema* nasce dall'impugnazione da parte della Repubblica italiana e del Comune di Milano della decisione adottata dagli Stati membri a margine di una riunione del Consiglio, con cui la sede dell'Agenzia europea per i medicinali è stata spostata dalla città di Londra a quella di Amsterdam⁶, adottata in data 20 novembre 2017. Inizialmente, le offerte

⁵ S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, Ceps Policy Insights, 28 april 2017, pp. 1-15, spec. p. 4, reperibile [online](#). Ovviamente, il problema dell'elusione del controllo sulla compatibilità ai trattati di un atto ex art. 218, par. 11, TFUE si pone solo con gli atti delle istituzioni dell'Unione che interessano la conclusione di un accordo internazionale.

⁶ L'Agenzia europea per i medicinali, originariamente denominata «Agenzia europea di valutazione dei medicinali», è stata istituita con il [regolamento \(CEE\) n. 2309/93](#) del Consiglio, del 22 luglio 1993, che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione per i medicinali. In base all'art. 1, lett. e) della [decisione del 29 ottobre 1993](#), adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti a livello di capi di Stato o di governo relativa alla fissazione delle sedi

maggiormente votate sono state quelle relative alle città di Amsterdam e di Milano. A fronte di un pari numero di voti raggiunto, però, la prima è stata selezionata sulla base di un successivo sorteggio. La decisione è stata poi incorporata nel regolamento (UE) 2018/1718⁷.

Analogamente, alla base del caso *Ela* vi è un'impugnazione proposta dal Parlamento europeo avverso la decisione che ha fissato a Bratislava la nuova sede dell'Autorità europea per il lavoro⁸, adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri il 13 giugno 2019, a margine di una riunione del Consiglio.⁹ Il Parlamento europeo, come già la Repubblica italiana ed il Comune di Milano nel caso *Ema*, ha sostenuto che la decisione, apparentemente ascrivibile ai rappresentanti dei governi degli Stati membri, integrasse in realtà una decisione dissimulata del Consiglio. In entrambi i casi la Corte ha rigettato i ricorsi, imputando la decisione agli Stati membri. Nello specifico, essa ha concluso che le fosse precluso il sindacato giurisdizionale delle decisioni contestate, in quanto «att[i] di natura politica priv[i] di effetti giuridici vincolanti adottat[i] dagli Stati membri collettivamente»¹⁰.

Il ragionamento seguito dalla Corte può essere ricondotto a tre passaggi fondamentali.

di taluni organismi e servizi delle Comunità europee, nonché di Europol, la sede originaria dell'Agenzia era fissata a Londra. In dottrina, si veda nello specifico sull'*Ema*, G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *L'Agenzia europea per i medicinali*, in *Unione europea e Salute. Principi, azioni diritti e sicurezza*, Milano, 2019, pp. 263-267; nello specifico sull'*Ela*, J. CREMERS, *Reflections on a European Labour Authority: Mandate, Main Tasks and Open Questions*, Brussels, 2018; ID., *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. European Parliament, Brussels, 2018; in generale sull'*Ema* e sull'*Ela*, J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016; I. BIGHELLI, C. BARBUI, *What is the European Medicines Agency?*, in *Epidemiology and psychiatric sciences*, 2012, Vol. 21, pp. 245-247; V. SALVATORE, *Le agenzie dell'Unione Europea: profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia Jean Monnet Centre of Pavia, 2011; ID., *Le Agenzie europee. Un nuovo strumento di governance per l'Unione*, in AA.VV., *L'Unione Europea e la società europea*. Contributo del Polo interregionale di Eccellenza Jean Monnet di Pavia al Rapporto González, Pavia, Jean Monnet Centre, 2010, pp. 45-56.

⁷ [Regolamento \(UE\) 2018/1718](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda l'ubicazione della sede dell'Agenzia europea per i medicinali. Tale regolamento ha poi formato oggetto di separate impugnazioni promosse dalla Repubblica italiana (C-106/19) e dal Comune di Milano (C-232/19) che hanno condotto alla sentenza del 14 luglio 2022, *Italia c. Consiglio e Parlamento*, cit. dal contenuto analogo a quelle rese nei citati casi *Ema* ed *Ela*. Parte della dottrina ha criticato le scelte procedurali adottate dalla Corte, in quanto complicano il quadro delle controversie (D. SYMON, *Actes de l'Union-Actes des représentants des gouvernements des États membres*, in *Europe*, 2022, n. 10, comm. 315, pp. 1-2).

⁸ [Decisione \(UE\) 2019/1199](#) adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri del 13 giugno 2019 sull'ubicazione della sede dell'Autorità europea del lavoro. Quest'ultima è stata istituita il 20 giugno 2019 con l'adozione del [regolamento \(UE\) 2019/1149](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

⁹ La nuova sede è stata definita in ottemperanza all'impegno contenuto nella [dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione](#) adottata in concomitanza con il regolamento 2019/1149.

¹⁰ Sentenza *Ema*, cit., punto 113; sentenza *Ela*, cit., punto 91.

Il primo riguarda la competenza a fissare la sede di organi ed organismi. Si è, cioè, trattato di chiarire se le decisioni controverse rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 341 TFUE, in base al quale «[l]a sede delle istituzioni dell'Unione è fissata d'intesa comune dai governi degli Stati membri» o se, invece, esse dovessero essere adottate dal legislatore in forza della base giuridica della politica nel cui ambito operava l'organismo¹¹. La Corte conclude che la base giuridica degli atti contestati sia da ricercarsi nelle «disposizioni sostanziali che attuano la politica dell'Unione nella quale l'organo o l'organismo in questione interviene»¹², dal momento che l'art. 341 TFUE è inidoneo a costituire la base giuridica della sede degli organi e degli organismi dell'Unione.

Basandosi sul tenore letterale della disposizione, sul contesto della sua approvazione e sugli obiettivi¹³, la Corte ha sostenuto che nel termine «istituzioni» rientrassero solo i soggetti elencati tassativamente di cui nell'art. 13 TUE e non anche gli organi e gli organismi dell'Unione europea¹⁴. Il trattato di Lisbona ha introdotto la distinzione tra «istituzioni», da un lato, e «organi ed organismi», dall'altro, mentre il contenuto della disposizione di cui all'art. 341 esisteva già nelle precedenti versioni dei trattati con una formulazione identica a quella attuale¹⁵. Inoltre, il senso della parola «istituzioni» di cui all'art. 341 TFUE è autonomo rispetto al contesto in cui è inserito e dunque agli artt. 340 TFUE e 342 TFUE, considerato che le *rationes* sottese alle relative disposizioni sono differenti¹⁶.

¹¹ Sentenza *Ema*, cit., punto 42; sentenza *Ela*, cit., punto 66.

¹² Sentenza *Ema*, cit., punto 88; sentenza *Ela*, cit., punto 64.

¹³ Sentenza *Ema*, cit., punti 67-99; sentenza *Ela*, cit., punti 43-74.

¹⁴ Sentenza *Ema*, cit., punto 69; sentenza *Ela*, cit., punto 45.

¹⁵ Sentenza *Ema*, cit., punti 70-71; sentenza *Ela*, cit., punti 46-47. In particolare, l'art. 341 TFUE riproduce la terminologia contenuta nell'art. 216 del trattato CEE, successivamente trasposto nell'art. 216 del trattato CE e, infine, nell'art. 289 CE. Sentenza *Ema*, cit., punto 71; sentenza *Ela*, cit., punto 47.

¹⁶ Così, l'espressione «istituzioni» non può trarre il suo significato dall'accezione che lo stesso termine ha nell'art. 340 TFUE, laddove comprende «anche l'insieme degli organi e degli organismi dell'Unione istituiti dai Trattati, ovvero in virtù di questi ultimi, e destinati a contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione»: Corte di giustizia, sentenze del 16 dicembre 2020, [cause C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P e C-604/18 P](#), Consiglio e a. c. *Chrysostomides & Co. E a.*, EU:C:2020:1028, punto 80, e del 2 dicembre 1992, [causa C-370/89](#), *SGEEM e Etroy c. BEI*, EU:C:1992:482, punti 13-16. Questa interpretazione si spiega con l'esigenza di evitare che l'Unione, per mezzo dei propri enti, finisca per sottrarsi al regime di responsabilità extracontrattuale di cui al combinato disposto dell'art. 268 TFUE e dell'art. 340, par. 2, TFUE (sentenza *Ema*, cit., punto 75; sentenza *Ela*, cit., punto 51; per analogia, sentenza *SGEEM e Etroy c. BEI*, cit., punti 14, 16). Se la nozione di istituzioni non comprendesse le articolazioni ulteriori, quali gli organi e gli organismi, l'Unione potrebbe violare situazioni giuridiche individuali, agendo attraverso di essi, senza che tali atti le fossero imputabili, ai sensi del combinato disposto degli artt. 268 TFUE e 340, secondo comma, TFUE). Secondo la Corte neppure l'art. 342 TFUE, ai sensi del quale «[i]l regime linguistico delle istituzioni dell'Unione è fissato, senza pregiudizio delle disposizioni previste dallo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, dal Consiglio, che delibera all'unanimità mediante regolamenti», può servire da base per l'interpretazione dell'art. 341 TFUE, dal momento che il regime linguistico di ciascun organo od organismo dell'Unione può essere diverso da quello applicabile alle istituzioni dell'Unione (Avvocato generale Bobek, conclusioni del 6 ottobre 2021, [cause riunite C-59/18, C-182/18 e causa C-743/19](#), rispettivamente *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2021:812,

Infine, anche l'obiettivo della disposizione di cui all'art. 341 TFUE è quello di riservare agli Stati membri la decisione della sede delle sole istituzioni dell'Unione in ragione della loro rilevanza costituzionale. Al contrario, la sede degli organi e degli organismi, necessari al perseguimento degli obiettivi dei trattati, viene definita per mezzo di atti del legislatore che hanno come base giuridica la disposizione sostanziale che attua la politica nel contesto del quale l'organo o organismo è destinato ad operare¹⁷.

Il secondo passaggio logico fondamentale delle due pronunce riguarda, come anticipato, la possibilità di imputare le decisioni contestate agli Stati membri ovvero al Consiglio. A riguardo, la Corte ha escluso che si trattasse di atti dissimulati dell'istituzione.

Partendo dal caso *Ema*, tale conclusione discende innanzitutto dal titolo e dal verbale della riunione¹⁸ che attribuiscono la paternità dell'atto ai capi di Stato o di Governo che lo hanno adottato a margine di una riunione del Consiglio Affari generali, tenutasi nella stessa data. Del pari, la Corte ha valorizzato il fatto che una proposta della Commissione¹⁹ si riferisse all'atto controverso come ad una decisione degli *Stati membri*. Rilevante è stato considerato²⁰ anche il fatto che in seguito alla decisione degli Stati membri il Consiglio abbia modificato il regolamento istitutivo dell'Agenzia con l'indicazione della sede definita nella decisione contestata²¹.

punto 98; sentenza *Ema*, cit., punto 77; sentenza *Ela*, cit., punto 53. In effetti, se si considera che già il regime linguistico può variare da istituzione ad istituzione – si pensi alla Corte di giustizia e alla Commissione, che utilizzano maggiormente rispettivamente il francese e l'inglese, è verosimile ipotizzare che, alla luce del fatto che le istituzioni rivestono un'importanza costituzionale (sentenza *Ema*, cit., punto 88; sentenza *Ela*, cit., punto 64), il regime linguistico funzionale vari a maggior ragione da istituzioni a organi e organismi dell'Unione. Infine, neppure il [protocollo n. 6](#) sulle sedi delle istituzioni e di determinati organi, organismi e servizi dell'Unione europea che contiene la determinazione della sede, tra l'altro, di determinati organi ed organismi ad opera dei rappresentanti dei governi degli Stati membri può portare ad includere gli organi e gli organismi tra le istituzioni *ex art. 341 TFUE*. Bisogna distinguere tra gli organi e gli organismi che siano stati creati dagli Stati membri e quelli istituiti «sulla base dei Trattati istitutivi, dal Legislatore dell'Unione». Anzi, il fatto che il protocollo si focalizzi espressamente solo su determinati organi ed organismi conferma la competenza del legislatore dell'Unione (conclusioni del 6 ottobre 2021, cit., punto 112; sentenza *Ema*, cit., punti 78-79; sentenza *Ela*, cit., punti 54-55).

¹⁷ Sentenza *Ema*, cit., punti 87-88; sentenza *Ela*, cit., punti 63-64.

¹⁸ Il verbale attiene alla riunione del Consiglio del 20 novembre 2017.

¹⁹ L'atto in oggetto è la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda l'ubicazione della sede dell'agenzia europea per i medicinali, [COM\(2017\) 735 final](#) del 29 novembre 2017, che nel primo considerando constatava che gli Stati membri avevano selezionato Amsterdam come la città che avrebbe ospitato la nuova sede dell'*Ema*.

²⁰ Sentenza *Ema*, cit., punti 101-102.

²¹ Con il [regolamento \(UE\) 2018/1718](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda l'ubicazione della sede dell'agenzia europea per i medicinali, è stato modificato il [regolamento \(CE\) n. 726/2004](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, con la specificazione della nuova sede dell'agenzia.

Analogamente, nel caso *Ela*, l'imputabilità della decisione ai rappresentanti dei governi ha trovato riscontro nel preambolo che li menziona espressamente, nonché nel fatto che i lavori preparatori (le decisioni concernenti le modalità procedurali di selezione delle offerte delle sedi) si fossero svolti nel contesto di riunioni realizzate a margine delle riunioni del Coreper del 13 marzo 2019 e del 5 giugno 2019²².

Sotto il profilo delle circostanze di adozione delle decisioni, poi, in entrambi i casi, di scarso rilievo sono state ritenute la partecipazione della Commissione e del Presidente del Consiglio, nonché l'utilizzo delle infrastrutture del Consiglio²³.

Il terzo passaggio consiste, infine, nel vaglio da parte della Corte della propria competenza sul controllo di legittimità, ai sensi dell'art. 263 TFUE. A questo proposito, la Corte ha considerato l'autore degli atti²⁴, indipendentemente dai loro effetti vincolanti²⁵. Su questa base, la Corte ha escluso la propria giurisdizione. I rappresentanti dei governi degli Stati membri non possono, infatti, essere qualificati alla stregua di legittimati passivi ai sensi dell'art. 263 TFUE perché la norma, limitando gli atti impugnabili a quelli delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, ha inteso escludere il controllo della Corte sugli atti adottati dagli Stati membri²⁶. In particolare, i trattati si basano sul fatto che «ciascuna istituzione, e così la Corte, agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai Trattati, secondo le procedure, le condizioni e le finalità da questi previste»²⁷. Di conseguenza, ammettere l'utilizzo del ricorso per annullamento avverso le decisioni contestate finirebbe per oscurare il ricorso per infrazione, unico strumento deputato proprio a porre rimedio agli inadempimenti degli Stati membri²⁸.

Chiarito il limite di giurisdizione *ex art.* 263 TFUE, per quanto atti degli Stati membri, le decisioni impuginate non possono essere assimilate a quelle di cui all'art. 341 TFUE. In tal modo, la Corte conclude che nei trattati manca una base giuridica rispetto agli atti controversi. Di conseguenza, essi non rientrano nell'ordinamento giuridico dell'Unione²⁹. In entrambi i casi, si tratta piuttosto di «atti di natura politica privi di effetti giuridici vincolanti adottati dagli Stati membri collettivamente»³⁰.

²² Sentenza *Ela*, cit., punti 78-79.

²³ Sentenza *Ema*, cit., punti 103-104; sentenza *Ela*, cit., punti 80-81.

²⁴ Sentenza *Ema*, cit., punto 106; sentenza *Ela*, cit., punto 83.

²⁵ La Corte ha richiamato la propria giurisprudenza che valorizza l'autore degli atti quale criterio per stabilire la propria giurisdizione. A questo proposito si veda da ultimo Corte di giustizia, ordinanze del 16 giugno 2021, [causa C-685/20 P](#), *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, EU:C:2021:485, punto 47, e del 16 giugno 2021, [causa C- 684/20 P](#), *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, EU:C:2021:486, punto 40.

²⁶ Sentenza *Ema*, cit., punti 107-108; sentenza *Ela*, cit., punti 85-86.

²⁷ Sentenza *Ela*, cit., punto 87.

²⁸ Sentenza *Ela*, cit., punto 86.

²⁹ Sentenza *Ema*, cit., punto 113; sentenza *Ela*, cit., punto 89.

³⁰ Sentenza *Ema*, cit., *ibidem*; sentenza *Ela*, cit., punto 91.

3. Il paradigma di imputazione dell'atto al suo autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nella giurisprudenza pregressa sviluppatasi nell'ambito di ricorsi in annullamento, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'imputazione dell'atto al suo autore. Ciò è avvenuto per la prima volta nel caso *Aets*³¹. La questione sottoposta alla Corte riguardava la possibilità di qualificare alla stregua di atto impugnabile ai sensi dell'attuale art. 263 TFUE la deliberazione del Consiglio del 20 marzo 1970 sulla negoziazione e sulla stipulazione da parte degli Stati membri della Comunità dell'accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada (*Aets*)³². In questo quadro, la Corte, enucleando il principio del parallelismo³³, ha ritenuto in primo luogo che la competenza della

³¹ Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, [causa 22/70](#), *Aets*, EU:C:1971:32. Va segnalato che il caso *Aets* è noto principalmente per il principio del parallelismo dei poteri interni ed esterni di cui si parlerà più avanti.

³² L'accordo era stato firmato il 1° gennaio 1962 nell'ambito della commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, da cinque Stati CEE e da altri Stati europei, ma non è mai entrato in vigore per mancanza di un numero sufficiente di ratifiche. La deliberazione impugnata del marzo 1970 veniva adottata dal Consiglio in vista della successiva riunione del sottocomitato dei trasporti stradali della commissione economica per l'Europa che si sarebbe tenuta dal 1° al 3 aprile 1970 a Ginevra.

³³ Secondo il principio richiamato, sul piano esterno l'Unione può concludere accordi internazionali in tutte le materie in cui dispone del potere di adottare atti sul piano interno (sentenza *Aets*, cit., punti 12-19). Per un'applicazione del principio sopra richiamato dopo la sentenza appena citata, si veda, Corte di giustizia, sentenze del 5 novembre 2002, [causa C-467/98](#), *Commissione c. Danimarca*, EU:C:2002:625, punto 82, e del 5 novembre 2002, [causa C-476/98](#), *Commissione c. Germania*, EU:C:2002:631, punto 108. Perché si potesse ricavare un potere parallelo a quello interno sul piano esterno, occorre inizialmente che sul piano interno fossero stati adottati atti nella relativa materia di competenza. La Corte ha poi esteso tale principio anche alle ipotesi in cui i poteri non fossero stati mai esercitati sul piano interno, nel momento in cui ha precisato che «anche qualora i provvedimenti comunitari di carattere interno vengano adottati solo in occasione della stipulazione e dell'attuazione dell'accordo internazionale, come prevede nella fattispecie la proposta di regolamento sottoposta dalla Commissione al Consiglio, la competenza ad impegnare la Comunità nei confronti degli Stati terzi deriva comunque, implicitamente, dalle disposizioni del trattato relative alla competenza interna, nella misura in cui la partecipazione della Comunità all'accordo internazionale sia, come nel caso in esame, necessaria alla realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità»: (Corte di giustizia, [parere n. 1/76](#) del 26 aprile 1977, EU:C:1977:63, punto 4). La Corte ha successivamente specificato che, con riferimento alla competenza che fosse derivata all'allora Comunità per effetto del principio del parallelismo, essa «potrà avere natura esclusiva, escludendo una competenza parallela degli Stati membri, vuoi in forza delle norme del Trattato vuoi in funzione della portata dei provvedimenti che le istituzioni comunitarie hanno emanato in applicazione di tali norme e che possono privare gli Stati membri di una competenza di cui precedentemente godevano a titolo transitorio. È irrilevante al riguardo che i detti provvedimenti facciano o meno parte di una politica comune. Infatti, in tutti i settori che rientrano negli scopi del Trattato, l'art. 5 del medesimo impone agli Stati membri di facilitare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato, il che potrebbe per l'appunto avvenire nel caso in cui gli Stati membri potessero contrarre impegni internazionali comprendenti norme atte ad interferire con quelle adottate dalla Comunità. ... Se l'ambito di applicazione *ratione materiae* di una convenzione internazionale esula dal settore soggetto al regime di associazione dei paesi e territori d'oltremare, spetta agli Stati membri che provvedono alle relazioni internazionali di questi territori e che a tale titolo li rappresentano stipulare la convenzione in parola»: (Corte di giustizia, [parere 2/91](#) del 19 marzo 1993, emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE – Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza

Comunità in materia di politica comune nel settore dei trasporti fosse escludente rispetto a «qualsiasi competenza concorrente degli Stati membri»³⁴, in quanto «qualsiasi iniziativa presa fuori dall'ambito delle istituzioni comunitarie deve ritenersi incompatibile con l'unicità del mercato comune e con l'applicazione uniforme del diritto comunitario»³⁵. Gli Stati membri, dunque, non avrebbero potuto agire al di fuori delle istituzioni, rientrando la materia dei trasporti nell'ambito delle competenze concorrenti e avendo l'Unione già esercitato la relativa competenza sul piano interno. Legittimare questa azione, infatti, avrebbe significato conferire a ogni Stato membro il potere di concludere accordi internazionali in materia, rischiando di compromettere la coerenza e l'uniformità del diritto dell'Unione.

In questo quadro, una volta stabiliti i confini del principio di attribuzione, la Corte si è occupata del profilo dell'imputabilità dell'atto nel più ampio contesto della nozione di atto impugnabile ai fini dell'allora art. 173 TCEE. A fronte della contestazione del Consiglio, secondo cui la deliberazione controversa non fosse né un regolamento, né una decisione, né una direttiva ai sensi dell'allora art. 189 TCEE, la Corte stabiliva che l'azione di annullamento doveva potersi esperire nei confronti di «qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che miri a produrre effetti giuridici»³⁶. Nel caso di specie, la deliberazione del 20 marzo 1970 produceva «precisi effetti giuridici, sia nei rapporti fra la Comunità e gli

durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro, EU:C:1993:106, punti 10-12 e 35). La giurisprudenza della Corte è stata, infine, recepita nell'art. 3, par. 2, TFUE, in forza del quale «[l']Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata». In dottrina, si veda, *ex plurimis*, M. CREMONA, *The Principle of Conferral and Express and Implied External Competences*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, pp. 29-62; R. GOSALBO BONO, F. NAERT, *The Reluctant (Lisbon) Treaty and Its Implementation in the Practice of the Council*, in P. EECKHOUT, M. LÓPEZ ESCUDERO (edited by), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Oxford-Portland, Oregon, 2016, pp. 13-84; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2nd ed., Oxford, 2011; P. MENGOZZI, P. EECKHOUT, C. HILLION, R. POST, *Case 22/70, Commission v Council of the European Communities (European Agreement on Road Transport (ERTA))*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (edited by), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 211-247; R. PASSOS, S. MARQUARDT, *International Agreements—Competences, Procedures and Judicial Control*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Brussels, 2007, pp. 875-915; F. DEHOUSSE, C. MACZKOVICS, *Les arrêts open skies de la Cour de justice: L'abandon de la compétence externe implicite de la Communauté?*, in *Journal des Tribunaux*, 2003, pp. 225-236; R. HOLGARD, *The European Community's Implied External Competence after the Open Skies Cases*, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, pp. 365-394; J.V. LOUIS, *La doctrine AETR et les impératifs de l'action externe de l'Union européenne*, in N. COLNERIC, J.-P. PUISSOCHET, D. RUIZ-JARABO COLOMER (Hrsg.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, pp. 315-327; P. PESCATORE, *External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1979, pp. 615-645.

³⁴ Sentenza *Aets*, cit., punti 30-32.

³⁵ Sentenza *Aets*, cit., punti 31-32.

³⁶ Sentenza *Aets*, cit., punti 38-43.

Stati membri, sia nei rapporti tra istituzioni»³⁷. L'atto veniva pertanto imputato al Consiglio in ragione della competenza attribuita dai trattati all'Unione per effetto della c.d. dottrina del parallelismo, citata sopra³⁸.

L'esigenza di distinguere il Consiglio dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini dell'imputabilità dell'atto al suo autore si è posta anche nel caso *Parlamento c. Consiglio*³⁹, in cui il Parlamento europeo impugnava una decisione, adottata dagli Stati membri nel contesto di una riunione del Consiglio, che concedeva un aiuto umanitario al Bangladesh. Secondo il ricorrente, l'atto controverso ledeva le proprie prerogative. Per accertare «che l'atto non sia in effetti una decisione del Consiglio», non era sufficiente la qualifica contenuta nell'atto stesso, occorrendo invece avere riguardo al «contenuto e [a]l complesso delle circostanze in cui è stato adottato»⁴⁰. In questo contesto, l'atto veniva considerato riconducibile agli Stati membri, tenuto conto della natura non esclusiva della competenza in materia di aiuti umanitari⁴¹, dell'irrelevanza delle circostanze invocate dal Parlamento (quali la menzione della proposta della Commissione nell'atto impugnato, il coinvolgimento della Commissione nella gestione dell'aiuto, nonché l'utilizzo del «criterio del PNL»⁴² di natura comunitaria nella ripartizione dell'aiuto) e, infine, del carattere non giuridicamente vincolante degli effetti dell'atto contestato⁴³. Anche nel caso di specie, la Corte per identificare l'autore dell'atto si è basata prevalentemente sulle norme dei trattati che attribuiscono le competenze. L'esame delle circostanze, quali il contenuto e il

³⁷ Sentenza *Aets*, cit., punti 52-55. La deliberazione contestata obbligava infatti gli Stati membri partecipanti a negoziare il contenuto del futuro accordo alla luce del [regolamento \(CEE\) n. 543/69](#) del Consiglio, del 25 marzo 1969, relativo all'armonizzazione di talune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada. Per inquadrare gli effetti giuridici dell'atto controverso, veniva considerato lo scopo dei negoziati e la procedura dei negoziati. Sotto il primo profilo, la deliberazione non mirava ad orientare mediante un coordinamento volontario la posizione dei membri del Consiglio ma puntava a «stabilire una linea di condotta vincolante per le istituzioni come per gli Stati membri». Sotto il secondo profilo, l'atto contestato derogava alle procedure del trattato per la stipula di accordi con i paesi terzi.

³⁸ Il caso *Aets* viene qui richiamato nel discorso dell'imputabilità dell'atto al suo autore. Come si chiarirà più avanti, si precisa tuttavia che la relativa sentenza è nota per aver innovato la giurisprudenza della Corte con l'introduzione del già menzionato principio del parallelismo e per aver introdotto una nozione sostanziale di atto impugnabile ai sensi dell'allora art. 173 TCEE.

³⁹ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit. Per commenti in dottrina, si veda *ex plurimis*, P. STARSKI, *Das supranational disziplinierte Völkerrecht*, in *European Law Reporter*, 2013, pp. 188-196; V. CONSTANTINESCO, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, in *Journal du droit international*, 1994, pp. 467-469; L. NEVILLE BROWN, *Joined Cases C-181/91 and C-248/91, European Parliament v. Council and Commission, with annotation*, in *Common Market Law Review*, 1994, pp. 1347-1355; M.H. VAN DER WOUDE, *Joined Cases C-181/91 and C-248/91, European Parliament v. Council and Commission, with annotation*, in *Sociaal-economische wetgeving*, 1994, pp. 442-444.

⁴⁰ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 14.

⁴¹ Sul punto la Corte ha precisato che «agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia» (sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 16).

⁴² Il riferimento è al prodotto nazionale lordo.

⁴³ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punti 16, 18, 20 e 23-24.

complesso delle circostanze di adozione, non ha inciso in misura determinante sull'imputazione dell'atto al suo autore.

La medesima questione si è posta nel caso *NG c. Consiglio europeo*⁴⁴, in cui è stata contestata la validità di un accordo in materia di immigrazione, la c.d. dichiarazione UE-Turchia del Consiglio europeo del 18 marzo 2016⁴⁵, adottato verbalmente e documentato da un comunicato stampa. Il Tribunale, tuttavia, ha chiarito che oggetto dell'impugnazione fosse l'atto con cui il suo apparente autore aveva inteso stipulare l'asserito accordo e non l'accordo internazionale in sé⁴⁶. Per effetto dell'atto impugnato, i capi di Stato o di governo hanno stabilito che sarebbero stati rimpatriati, con risorse dell'Unione, tutti i nuovi migranti irregolari che avessero raggiunto il territorio greco dalla Turchia e che per ogni siriano riammesso dalla Turchia, un altro siriano sarebbe stato reinsediato dalla Turchia negli Stati membri. Il Tribunale ha imputato l'atto ai rappresentanti dei governi degli Stati membri, basandosi sul contesto in cui è stata realizzata la dichiarazione e sul suo contenuto. Più in particolare, dirimenti sono stati considerati i titoli del comunicato stampa delle prime due riunioni che menzionavano i capi di Stato o di governo dell'Unione⁴⁷. La Corte ha invece ritenuto non significativo il comunicato stampa della terza riunione (in prosieguo «il comunicato

⁴⁴ Tribunale, ordinanze del 28 febbraio 2017, [causa T-192/16](#), *NF c. Consiglio europeo*, EU:T:2017:128, punto 62; del 28 febbraio 2017, [causa T-193/16](#), *NG c. Consiglio europeo*, EU:T:2017:129, punto 63; del 28 febbraio 2017, [causa T-257/16](#), *NM c. Consiglio europeo*, EU:T:2017:130, punto 61. Per un commento all'ordinanza in dottrina, cfr. *ex plurimis*, si veda J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2019, n. 3, pp. 114-130; J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2018, pp. 95-110; F. PERALDI LENEUF, *Accès aux documents*, in *Europe*, 2018, avril, n. 4, pp. 15-17; S. DENYS, *Déclaration UE/Turquie*, in *Europe*, 2017, Avril n. 04, pp. 11-13; H. DE WAELE, *Toetsing van «Turkijedeal»*. *Gerecht van de EU schuift hete aardappel door*, in *Asiel en Migrantenrecht*, 2017, pp. 179-181; R. HOFMANN, A. SCHMIDT, *EU-Türkei-Deal «ohne Beteiligung der EU?» – Die Beschlüsse des EuG zur Erklärung EU -Türkei vom 18. März 2016*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2017, pp. 317-327; A. POPOV, *Identification de l'auteur de l'acte attaqué et recevabilité du recours en annulation: le Tribunal de l'Union estime que la «déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016» ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation*, in *Revue des affaires européennes*, 2017, pp. 101-105.

⁴⁵ La questione è divenuta rilevante a seguito di taluni ricorsi ad opera di soggetti immigrati che chiedevano in via pregiudiziale di dichiarare l'invalidità della dichiarazione UE-Turchia del Consiglio europeo del 18 marzo 2016. La Corte ha rigettato le impugnazioni come manifestamente inammissibili (Corte di giustizia, ordinanza del 12 settembre 2018, [cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P](#), *NF e altri c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:C:2018:705).

⁴⁶ Il Tribunale inoltre ha precisato che l'oggetto dell'accertamento fosse l'imputabilità dell'atto al Consiglio europeo e se detta deliberazione si riferisse ad un accordo internazionale adottato in violazione dell'art. 218 TFUE (ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 46; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punto 47; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punto 45).

⁴⁷ Il comunicato stampa della prima riunione era intitolato «Riunione dei capi di Stato o di governo del[l'Unione] con la [Repubblica di] Turchia, 29 [novembre] 2015 – Dichiarazione Ue-Turchia» e definiva «dirigenti dell'Unione europea» coloro che avevano preso parte alla riunione con la controparte turca. Anche rispetto alla seconda riunione, il titolo del comunicato stampa recante «Dichiarazione dei capi di Stato o di governo del[l'Unione]» «indicava che erano i «capi di Stato o di governo del[l'Unione]» che avevano incontrato il Primo ministro turco e che «[avevano] convenuto di lavorare sulla base dei principi contenuti [nelle proposte supplementari presentate il 7 marzo 2016 dalla Repubblica di] Turchia»: ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punti 49-51; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punti 50-52; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punti 48-50.

stampa n. 144/16») che descriveva i partecipanti alla stregua di membri del Consiglio europeo⁴⁸. Il medesimo comunicato poi presentava due diverse versioni, di cui una *web* e l'altra *PDF* cui corrispondevano due differenti descrizioni. Mentre il formato *web* conteneva rimandi al Consiglio europeo, quella *PDF* ai capi di Stato o di governo. Il Tribunale ha concluso che la differenza letterale costituisse una «volgarizzazione terminologica» dovuta al pubblico destinatario del comunicato. Quanto alla diversa formulazione, la versione *PDF* doveva considerarsi prevalente. L'atto controverso si riferiva pertanto a una deliberazione legata ad una dichiarazione dei Capi di Stato e di governo⁴⁹. Diversamente dai casi precedenti, l'individuazione dell'autore dell'atto avveniva secondo un'indagine prevalentemente fattuale, senza una previa verifica in base al sistema delle competenze attribuite dai trattati.

La questione dell'imputabilità dell'atto al Consiglio o ai rappresentanti dei governi degli Stati membri si è posta anche più di recente nella saga *Sharpston*, la cui nomina ad avvocato generale è stata revocata per effetto del recesso del Regno Unito dall'Unione. Nel caso in parola, l'ex avvocato generale inglese ha impugnato, tra le altre, la decisione degli Stati membri di nomina dell'avvocato generale Rantos, che è venuto a coprire il posto vacante⁵⁰. La Corte ha precisato che il criterio per definire la propria competenza a conoscere di atti degli Stati membri fosse l'autore dell'atto, indipendentemente dagli effetti giuridici vincolanti⁵¹; inoltre, ha confermato le pronunce del Tribunale⁵² e, fondandosi sull'art. 253 TFUE e sul contenuto dell'atto⁵³, lo ha

⁴⁸ In effetti, il comunicato stampa n. 144/16 conteneva tre riferimenti che lasciavano propendere per qualificare l'accordo alla stregua di un accordo dell'Unione. Il Tribunale ha infatti rilevato come «il comunicato stampa n. 144/16, relativo alla riunione del 18 marzo 2016 indica, in primo luogo, che la dichiarazione UE-Turchia è il risultato di una riunione tra i “membri del Consiglio europeo” e la “controparte turca”; in secondo luogo, che sono i “membri del Consiglio europeo” che hanno incontrato la controparte turca e, in terzo luogo, che sono “l'UE e la [Repubblica di] Turchia” che hanno concordato i punti di azione supplementari esposti nella suddetta dichiarazione»: ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 54; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punto 55; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punto 53.

⁴⁹ Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punti 48, 50-51, 54 e 59-60; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punti 49, 51-52, 55, 60-61 e 70; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punti 47, 49-50, 53 e 58-59.

⁵⁰ [Decisione \(UE\) 2020/1251](#) dei rappresentanti dei governi degli Stati membri del 2 settembre 2020 relativa alla nomina di tre giudici e di un avvocato generale della Corte di giustizia.

⁵¹ Ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-685/20 P, cit., punto 47; ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-684/20 P, cit., punto 40.

⁵² Tribunale, ordinanze del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, [causa T-550/20](#), EU:T:2020:475, punto 31; del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, [causa T-180/20](#), EU:T:2020:473, punto 34.

⁵³ Corte di giustizia, ordinanze della Vicepresidente della Corte del 10 settembre 2020, [causa C-423/20 P\(R\)](#), *Consiglio c. Eleanor Sharpston*, EU:C:2020:700, punto 23; del 10 settembre 2020, [causa C-424/20 P\(R\)](#), *Rappresentanti dei governi degli Stati membri c. Eleanor Sharpston*, EU:C:2020:705, punto 23; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, cit., punto 31; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, cit., punto 34.

ricondotto agli Stati membri⁵⁴. Anche in questo caso si deve dare atto di una diversità rispetto ai casi precedenti che riguarda l'oggetto dell'atto, correlato al funzionamento dell'Unione e non riconducibile, pertanto, ad una competenza normativa in senso stretto attribuita dai trattati. Ciononostante, la base giuridica dell'atto è contemplata dall'art. 253 TFUE. In ogni caso, l'autore formale o apparente dell'atto coincideva con quello che sarebbe stato competente secondo i trattati, prevalendo così l'approccio normativo.

3.1. *Segue. Un'analisi del paradigma.*

Da uno sguardo alle sentenze sopra menzionate⁵⁵ risulta che il paradigma per l'imputazione dell'atto al suo autore abbia due componenti, una normativa e una fattuale e si articola in tre passaggi. In primo luogo, occorre identificare il c.d. autore normativo⁵⁶, vale a dire il titolare delle competenze sulla base delle norme dei trattati (componente normativa). Il secondo passaggio, nocciolo duro del criterio⁵⁷, consiste nel

⁵⁴ Ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-685/20 P, cit., punto 47; ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-684/20 P, cit., punto 40.

⁵⁵ La comparazione tra i casi analizzati sembra possibile, non ricorrendo elementi tali da inficiare l'attendibilità. Per quanto, infatti, le materie affrontate dalla Corte, nei casi appena esposti, siano molto diverse tra loro, la questione giuridica alla base delle vicende ha sempre a che fare con l'individuazione dell'autore dell'atto nella fattispecie della duplice veste del Consiglio e degli Stati membri. Alcuni atti poi concernono la deliberazione sulla stipula di accordi internazionali. Solo nei casi *Sharpston* e nei casi *Ema* ed *Ela*, si tratta di atti di diritto derivato e specificamente riguardanti questioni di natura istituzionale. Neppure dal punto di vista della natura procedimentale e da quello dei soggetti coinvolti, pare ricorrano ostacoli alla comparazione. Sotto il primo profilo, infatti, si tratta di tre ricorsi in annullamento intra istituzionali (sentenza *Aets*, cit.; sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit.; sentenza *Ela*, cit.), due ricorsi per annullamento promossi da individui (ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, cit.; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, cit.; sentenza *Comune di Milano c. Consiglio (Ema)*, cit.) ed un caso di rinvio pregiudiziale di invalidità (ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit.; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit.; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit.). Neanche le differenze in punto di legittimazione per gli individui hanno inciso sul contenuto della decisione della Corte. Allo stesso modo, la presenza del Consiglio europeo come autore dell'atto non è di ostacolo dal momento che i soggetti normalmente delegati dall'istituzione sono i rappresentanti dei governi degli Stati membri. Nemmeno la direzione di applicazione del criterio impedisce in confronto. Di tutti i casi, tre atti vengono ricondotti agli Stati membri.

⁵⁶ Questo passaggio in particolare viene definito dall'avvocato generale Bobek, come la «riattribuzione della paternità formale [dell'atto] in base al contenuto». Vale la pena fare due osservazioni terminologiche preliminari. In primo luogo, l'espressione paternità formale, nello specifico, è utilizzata al punto 53 delle conclusioni, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. – per la prima volta e nel prosieguo – per individuare il rapporto che intercorre tra l'autore formale di un atto, o meglio l'autore apparente, e l'atto medesimo. In secondo luogo, la locuzione «riattribuzione della paternità formale» postula una difformità dell'autore apparente da quello normativo.

⁵⁷ Il termine «criterio» viene qui utilizzato per fare riferimento all'approccio della Corte alla questione dell'imputabilità dell'atto al suo autore. Occorre dare atto, tuttavia, che il paradigma a questo fine risente delle diversità di oggetto e di circostanze alla base delle sentenze analizzate. Pertanto, il termine viene per convenzione inteso in senso lato, pur nella consapevolezza che l'utilizzo in questo contesto non è caratterizzato da coerenza e da razionalità.

verificare la paternità formale dell'atto *a posteriori*⁵⁸, accertando se colui che figura apparentemente come autore dell'atto (paternità formale) abbia anche il potere di adottarlo in base alle norme dei trattati (paternità sostanziale - autore sostanziale), potendo l'autore formale e l'autore sostanziale non coincidere⁵⁹. Infine, occorre accertare se sussista la competenza giurisdizionale della Corte. Questo approccio, in definitiva, implica un'analisi del «contenuto e [de]l complesso delle circostanze»⁶⁰ di adozione dell'atto della cui paternità si discute e mira ad evitare che la prevalenza della forma sulla sostanza impedisca il sindacato giurisdizionale sull'atto stesso⁶¹ (componente fattuale).

Il criterio normativo si riflette sulla ripartizione della competenza giurisdizionale tra i giudici degli Stati membri e la Corte di giustizia⁶². La legittimazione della Corte a conoscere del ricorso in annullamento, infatti, dipende dalla competenza normativa ma anche da quella sostanziale in capo all'Unione nella materia su cui l'atto contestato verte. Dunque, il criterio normativo è fondamentale per chiarire la natura istituzionale o intergovernativa dell'atto.

La componente normativa e quella fattuale possono operare nella medesima direzione. Si tratta di tutte le ipotesi in cui l'autore apparente o formale che risulti dalle circostanze fattuali coincida con l'autore normativo. È quanto pare sia accaduto nel caso *Parlamento c. Consiglio*, in cui gli atti, a prima vista riconducibili agli Stati membri, sono poi stati effettivamente attribuiti ai loro rappresentanti in ragione della natura concorrente dell'attribuzione. In effetti, la proposta della Commissione, cui si riferiva l'atto impugnato e il coinvolgimento della Commissione nella gestione del conto, su cui gli Stati membri avrebbero potuto scegliere di accreditare il danaro, non era un indice

⁵⁸ Va aggiunto inoltre che il giudizio della Corte attuato in sede di verifica della coincidenza dell'autore formale (che sembra emergere dai fatti) con l'autore normativo pare avere le sembianze di un «giudizio prognostico basato su un criterio normativo», secondo le norme dei trattati che attribuiscono la competenza. Nel momento in cui la Corte verifica la coincidenza, è come se si proiettasse al momento dell'adozione dell'atto per verificare quale sarebbe stato l'autore dell'atto secondo i trattati. Si spiega in quest'ottica, l'indagine che la Corte effettua nel caso *Aets* quando, ai punti 30-32 della citata sentenza, constata che dato che «qualsiasi iniziativa presa fuori dall'ambito delle istituzioni comuni si deve ritenere incompatibile con l'unicità del mercato comune». Del pari, nel caso *Parlamento c. Consiglio c. Commissione*, la Corte ha accertato che «agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia» (punto 16) come a dire che gli Stati avrebbero potuto agire al di fuori del Consiglio.

⁵⁹ Preliminarmente, è opportuno chiarire i termini che saranno utilizzati. L'autore apparente o formale coincide con l'autore dell'atto, quale risulta dalle circostanze fattuali. L'autore normativo, invece, identifica il soggetto competente secondo i trattati ad adottare l'atto controverso. In questo quadro, l'autore sostanziale o effettivo non coincide necessariamente né con l'autore apparente o formale, né con quello normativo.

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 1993, [cause riunite C-181/91 e C-248/91](#), *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:1993:271, punto 14.

⁶¹ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 55; sentenza *Ema*, cit., punto 62; sentenza *Ela*, cit., punto 38.

⁶² Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 53.

certo e univoco della natura comunitaria dell'atto. Allo stesso modo nel caso *Sharpston*, le circostanze fattuali parevano convergere con la base giuridica dell'atto (art. 253 TFUE) in favore della natura intergovernativa, dal momento che il contenuto menzionava la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati come autore.

Altre volte, tuttavia, le due componenti normativa e fattuale possono obbedire ad una logica antitetica, fino a condurre a risultati opposti. È cioè possibile che l'autore formale dell'atto diverga da quello a cui condurrebbe l'applicazione delle norme dei trattati che attribuiscono la competenza. È quanto è accaduto nel caso *Aets*, in cui, mentre le circostanze di adozione dell'atto sembravano dimostrarne la natura intergovernativa, la competenza esclusiva della Comunità ha condotto a identificarne l'autore con il Consiglio. È quanto sarebbe inoltre potuto succedere nel caso *NG c. Consiglio europeo* se il Tribunale avesse esaminato la base giuridica della competenza unitamente all'art. 3, par. 2, TFUE. Mentre le circostanze parevano rivelare la paternità intergovernativa dell'accordo, la competenza avrebbe indotto la Corte a concludere per la matrice istituzionale. Infatti, per quanto i comunicati stampa recassero l'intestazione degli Stati membri come autori dell'accordo, per la giurisprudenza della Corte sul principio del parallelismo, aggiornato agli sviluppi successivi alla sentenza *Aets*, non si può escludere che la Corte avrebbe potuto imputare all'Unione l'accordo (*rectius*, la deliberazione) in quanto atto di esercizio della competenza ad adottare atti in materia di rimpatrio⁶³. Segnatamente, esso concerne la riammissione di cittadini di paesi terzi. Tale competenza è espressamente prevista dall'art. 79 TFUE che al par. 1 dispone che «l'Unione svilupp[i] una politica comune dell'immigrazione» e al par. 3 conferisce all'Unione la facoltà di concludere accordi con paesi terzi per consentire la riammissione nei paesi di origine o di provenienza di coloro che siano sprovvisti dei requisiti per l'ingresso, la presenza o il soggiorno in uno degli Stati membri. La possibilità di ricondurre la dichiarazione UE-Turchia nell'ambito della politica di riammissione trova conferma nell'art. 1 dell'accordo che la definisce come «il trasferimento da parte dello Stato richiedente e l'ammissione, da parte dello Stato richiesto, di persone (cittadini dello Stato richiesto, cittadini di paesi terzi o apolidi) di

⁶³ Segnatamente, trattandosi di una materia che ha costituito oggetto in parte di una normativa comunitaria in vista della sua graduale armonizzazione, è precluso agli Stati membri adottare impegni, sebbene non in contrasto con il diritto comunitario. In dottrina, si veda: K. BABICKÁ, *EU-Turkey Deal Seems to Be Schizophrenic*, in *Migrationonline.cz*, 22 March 2016, reperibile [online](#); S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, cit.; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, in *European Papers*, 2016, pp. 1097-1104, reperibile [online](#); S. PEERS, *The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: Is It Legal?*, in *EU Law Analysis*, 16 March 2016, reperibile [online](#); J. POON, *EU-Turkey Deal: Violation of, or Consistency with, International Law?*, in *European Papers*, 2016, pp. 1195-1203, reperibile [online](#); T. SPIJKERBOER, *Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law*, in *European Papers*, 2016, pp. 533-558, reperibile [online](#); G. DE BAERE, *The Framework of EU External Competences for Developing the External Dimensions of EU Asylum and Migration Policy*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper n. 50, 2010, May. Corte di giustizia, parere 2/91, cit., punti 25-26.

cui sono stati riscontrati l'ingresso, la presenza o il soggiorno illegali nello Stato richiedente, conformemente alle disposizioni del presente accordo»⁶⁴.

Nel novero delle ipotesi in cui sia riscontrabile un'asimmetria tra la componente normativa e quella fattuale del paradigma, si possono rinvenire due tendenze. Quella in cui l'ago della bilancia sia totalmente a favore della soluzione cui conduce la componente normativa e, viceversa, quella in cui l'ago penda totalmente a favore di quella fattuale. Nell'ordinanza *NG. c. Consiglio europeo*, ad esempio, si nota un disequilibrio netto a favore della componente fattuale. In ogni caso, risulta prevalente la componente normativa. In tutte e tre le sentenze recanti l'analisi della base giuridica, infatti, la soluzione coincide con l'autore normativo. Così nel caso *Aets*, l'autore dell'atto è il Consiglio, mentre nel caso *Parlamento c. Consiglio* e nel caso *Sharpston* è la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, così come previsto dalle relative basi giuridiche.

Ci si può chiedere a questo punto quale sia il *discrimen* che induce la Corte ad attribuire l'atto impugnato agli Stati membri o all'Unione. È importante avvertire che, in presenza di un ridotto campione di sentenze della Corte che concerne il criterio di imputazione in commento, mancano i presupposti per verificare l'esistenza di una tendenza generale sul ruolo della competenza esclusiva sul piano esterno dell'Unione per ricollegare l'atto controverso al suo autore. Ciononostante, è possibile formulare un'ipotesi sulla base delle pronunce esistenti.

Si può inoltre osservare che nei casi sin qui esaminati, esclusi il caso *Sharpston* e i casi *Ema* ed *Ela*⁶⁵, tutte le competenze normative, infatti, avevano al tempo dei fatti un carattere concorrente con quello degli Stati membri. La circostanza che gli atti controversi fossero correlati ad accordi internazionali, tuttavia, faceva in modo che, per effetto del c.d. principio del parallelismo, tendenzialmente nelle materie di competenza concorrente l'esercizio delle competenze divenisse esclusivo per le allora Comunità europee e per la successiva Unione europea. Ciò è accaduto in special modo in forza della giurisprudenza della Corte successiva⁶⁶ al caso *Aets*, secondo cui, perché l'esercizio della competenza normativa diventi esclusivo, è sufficiente, anche quando la

⁶⁴ M. GATTI, *The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 2 of 2)*, in *EJIL:Talk!*, 19 April 2016, reperibile [online](#). Il riferimento è all'[Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'Unione europea e la Repubblica di Turchia](#), stipulato nel 2014 tra l'Unione e la Turchia al fine di instaurare una cooperazione per il rimpatrio dei migranti irregolari. Vista la continuità per oggetto dell'accordo con la dichiarazione UE-Turchia, è ragionevole ipotizzare che vi sia anche una continuità nella terminologia adottata.

Qualora poi non venga condivisa la proposta di qualificare la materia alla stregua di una competenza esterna esclusiva, parte della dottrina propone di considerare l'accordo UE-Turchia un accordo misto, tra gli Stati membri e l'Unione (S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me!*, cit., p. 8).

⁶⁵ Casi in cui gli atti impugnati hanno un oggetto istituzionale.

⁶⁶ Corte di giustizia, parere 1/76, cit., punto 4.

competenza sul piano interno non sia mai stata esercitata, che il suo esercizio su quello esterno sia funzionale al perseguimento di uno degli obiettivi previsti dai trattati.

Ciò premesso, pare ragionevole osservare che il carattere esclusivo dell'esercizio sul piano esterno della competenza comunitaria e oggi europea sia un elemento determinante nella giurisprudenza della Corte, come è accaduto nel caso *Aets*⁶⁷. Conferma tale ipotesi l'attribuzione, nel caso *Parlamento c. Consiglio*, della deliberazione in materia di aiuti umanitari agli Stati membri, definita un'ipotesi di competenza «non esclusiva»⁶⁸. Anche qui è necessaria una precisazione. È altamente probabile che con questa espressione la Corte intendesse alludere alle c.d. competenze concorrenti parallele, non ancora codificate dai trattati al tempo dei fatti e che si caratterizzano per conservare il carattere concorrente dell'attribuzione, anche quando l'Unione l'abbia esercitata. Depone a favore di tale interpretazione l'inserimento della materia tra quelle oggi enumerate all'art. 4, par. 4, TFUE, introdotte dal trattato di Lisbona⁶⁹.

Inoltre, l'esercizio esclusivo delle competenze nei casi sin qui esaminati attiene a materie che incidono strettamente sull'integrazione economica. È su queste basi che la Corte potrebbe aver riservato espressamente all'Unione l'esercizio delle competenze nel settore dei trasporti internazionali, dal momento che qualsiasi atto al di fuori delle istituzioni comunitarie avrebbe danneggiato il mercato unico⁷⁰ e, con esso, l'applicazione uniforme del diritto comunitario. È possibile affermare allora che la logica alla base del principio del parallelismo e con esso delle competenze esclusive fosse proprio l'uniformità del diritto comunitario. In quest'ottica, non sembrava invece minacciare di pregiudicare il mercato unico l'esercizio non esclusivo delle competenze in materia di aiuti umanitari.

3.2. *Segue. I limiti del criterio normativo e gli effetti sulla competenza giurisdizionale della Corte di giustizia.*

⁶⁷ Sentenza *Aets*, cit., punti 16-19.

⁶⁸ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit., punto 16, ai sensi del quale «occorre ricordare che nel campo degli aiuti umanitari la competenza della Comunità non è esclusiva e che pertanto agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia».

⁶⁹ L'art. 130 X, TUE, disponeva che «la Comunità e gli Stati membri coordinano le rispettive politiche in materia di cooperazione allo sviluppo e si concertano nei rispettivi programmi di aiuto. Essi possono intraprendere azioni congiunte. Gli Stati membri contribuiscono, se necessario, all'attuazione dei programmi di aiuto comunitario». Nel momento in cui il trattato legittimava azioni congiunte della Comunità e degli Stati membri, implicitamente ammetteva la connivenza delle rispettive competenze, finanche dopo l'esercizio delle stesse ad opera dell'allora Comunità.

⁷⁰ Sentenza *Aets*, cit., punti 30-32.

Il criterio normativo⁷¹ in commento è finalizzato ad individuare chi è competente ad adottare l'atto in base ai trattati. Esso non consente quindi di giungere necessariamente all'accertamento del concreto autore dell'atto⁷². Secondo l'analisi dell'avvocato generale Bobek resa nei casi *Ema* ed *Ela* in relazione all'imputabilità dell'atto al suo autore, le ragioni risiedono nel fatto che il criterio sia stato enucleato, nella già citata sentenza *Aets*, per accertare se l'atto stesso fosse produttivo di effetti giuridici vincolanti. Sul punto, tuttavia, preme precisare che, per quanto nel caso *Aets* il paradigma a carattere prevalentemente normativo sia stato utilizzato per accertare l'efficacia giuridica nella deliberazione controversa, la Corte, nell'escludere che l'atto avrebbe potuto essere legittimamente adottato «al di fuori delle istituzioni comuni»⁷³, ha implicitamente accertato la sua natura comunitaria e dunque la sua imputabilità al Consiglio, *rectius* ai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio e agenti in veste di membri del Consiglio. Quest'affermazione trova conferma nella circostanza che i punti 34-37 della sentenza stessa danno atto del fatto che il Consiglio, tra l'altro, avesse dedotto la natura di «concertazione politica degli Stati membri in sede di Consiglio» come argomento a favore della non impugnabilità dell'atto contestato. La Corte, nel prendere posizione su tale versante, ai punti 52-55 ha affermato l'imputabilità dell'atto al Consiglio nel momento in cui ha disposto che «[d]a quanto precede si desume che la deliberazione del Consiglio verteva su un oggetto che rientra nella competenza della Comunità; di conseguenza gli Stati membri non potevano agire fuori dall'ambito delle istituzioni comuni». Pertanto, l'analisi dell'avvocato generale Bobek va a mio parere interpretata nel senso che il passaggio relativo al previo inquadramento della competenza normativa ha senso nella misura in cui si tratti di verificare globalmente l'efficacia giuridica dell'atto impugnato. Esso ha perso invece di significato nel momento in cui è stato estrapolato da quel contesto, isolato e utilizzato per accertare la veste giuridica in concreto indossata dall'autore dell'atto. Secondo l'avvocato generale, infatti, nel caso *Aets*, trattandosi di una caratteristica intrinseca dell'atto – quale la sua efficacia giuridica – il parametro ha operato senza alcuna difficoltà. La sua implementazione in un contesto differente, qual è quello alla base della sentenza *Parlamento c. Consiglio* e dell'ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, ha invece privato il criterio della sua efficacia nell'accertare chi fosse effettivamente l'autore dell'atto⁷⁴. In queste pronunce, partendo dal contenuto e dalle circostanze di

⁷¹ Con la locuzione «criterio normativo» si intende la componente normativa del paradigma.

⁷² Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 64.

⁷³ Sentenza *Aets*, cit., punti 30-32.

⁷⁴ Mentre nel caso *Aets*, i fatti da accertare atenevano all'esistenza di effetti giuridici vincolanti dell'atto, la questione dell'identità dell'autore dell'atto invece era una questione incidentale. Secondo l'avvocato generale, l'utilizzo del criterio normativo per l'accertamento degli effetti giuridici dell'atto controverso, e dunque elementi oggettivi e concreti, non ha posto problemi. Il trasferimento isolato del criterio normativo avulso dall'efficacia vincolante dell'atto in un contesto in cui l'oggetto

adozione, rispettivamente la Corte ed il Tribunale hanno tentato di identificarne gli autori, nonostante la loro identità materiale, vale a dire le ventisette persone presenti all'adozione delle deliberazioni contestate, fosse già in concreto nota. Ciò che invece era controverso era la funzione o il ruolo che i rappresentanti dei governi avrebbero dovuto esercitare in quel contesto in base ai trattati, una questione dunque meramente normativa. Ora, tentare di dedurre da circostanze fattuali – quali la natura delle riunioni dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, i termini utilizzati, il contenuto della dichiarazione, la forma della sua pubblicazione, i documenti della riunione – la prova di un concetto normativo, quale la «veste giuridica» indossata, appare una verifica non sempre dirimente, soprattutto se si tiene conto del fatto che una decisione intergovernativa adottata a margine di una riunione del Consiglio sarà molto simile alla decisione adottata dai rappresentanti dei governi degli Stati membri in veste di componenti del Consiglio. Il contenuto sarà, infatti, correlato al diritto dell'Unione. Analogamente, potrebbe essere previsto il coinvolgimento delle altre istituzioni e la pubblicazione dell'atto sulla Gazzetta ufficiale dell'UE⁷⁵. Anche dal punto di vista fattuale, la distinzione delle «vesti» è piuttosto sottile⁷⁶. Conferenza dei rappresentanti dei governi e Consiglio, infatti, condividono la medesima composizione. La conferenza riunisce i rappresentanti dei governi degli Stati membri. L'art. 16, par. 2, TUE identifica i membri del Consiglio con i rappresentanti dei governi di ogni Stato membro, che siano in grado di esprimere la posizione dello Stato di appartenenza in maniera vincolante. Anche la congruenza rispetto ad alcune funzioni concorre ad accrescerne le similarità sino ad includere il potere decisionale. In materia di accordi stipulati tra gli Stati membri e lo Stato terzo⁷⁷, la competenza decisionale è esercitata dai rappresentanti dei governi degli Stati membri a margine di una riunione del Consiglio, anche se non in veste di consiglieri. Il Consiglio, poi, quando decide all'unanimità, a volte pare rivestire il ruolo esercitato da una conferenza intergovernativa nel contesto della procedura di

dell'accertamento è divenuta, invece, una caratteristica soggettiva e immateriale, quale la distinzione tutta normativa (nel senso di convenzionale), qual è la veste giuridica di membro del Consiglio o di rappresentanti dei governi degli Stati membri, ne ha compromesso le funzionalità.

⁷⁵ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punti 70, 62 e 64. Dello stesso avviso è l'avvocato generale nel momento in cui afferma che «la distinzione tra gli atti emanati dal Consiglio come organo della Comunità e le sue deliberazioni adottate come organo di armonizzazione tra gli Stati membri non è formalmente mai percettibile a prima vista»: avvocato generale Dutheillet De Lamothe, conclusioni del 10 marzo 1971, [causa 22/70](#), EU:C:1971:23.

⁷⁶ D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice*, cit., p. 26; G. TESAURO, A. CIRCOLO, *Saturno che divorza i suoi figli. La Corte di giustizia «conferma» la legittimità della decadenza dell'avvocato generale Sharpston*, in *Eurojus*, 2020, pp. 188-204, spec. p. 201, reperibile [online](#). Si vedano altresì le conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 64.

⁷⁷ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit., punto 16.

revisione dei trattati ai sensi dell'art. 48, parr. 6 e 7, TUE⁷⁸. È il caso, ad esempio, delle deliberazioni volte all'integrazione dei diritti nascenti dalla cittadinanza europea (art. 25, c. 2, TFUE), delle decisioni concernenti la procedura uniforme per l'elezione a suffragio universale diretto (art. 223, par. 1, c. 2, TFUE), le finanze proprie (art. 311, c. 3, TFUE), il conferimento alla Corte di talune controversie riguardanti la proprietà intellettuale (art. 262 TFUE). Non sono mancate, poi, situazioni nelle quali il Consiglio medesimo abbia deliberato all'unanimità l'adozione di accordi in forma semplificata miranti a modificare i trattati, approvati senza la ratifica degli Stati membri, come è accaduto nel caso dei compromessi di Lussemburgo e Ioannina⁷⁹.

Il criterio normativo, inoltre, sembra prestarsi a pratiche elusive⁸⁰. Se la paternità sostanziale dell'atto coincide con l'autore normativo secondo i trattati, la ricevibilità del ricorso e la giurisdizione della Corte nell'ambito del ricorso per annullamento sono in definitiva ancorati alla competenza⁸¹. Di conseguenza, gli atti adottati dagli Stati membri non sono impugnabili⁸². Gli Stati membri nella duplice veste del Consiglio o del Consiglio europeo possono allora essere indotti ad emanare atti che non hanno il potere di adottare, strumentalizzandone la natura politica. Il problema si è presentato ad esempio nel caso *Defrenne c. Sabena*⁸³, laddove gli Stati membri hanno adottato una

⁷⁸ U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 20, reperibile [online](#).

⁷⁹ U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 21.

⁸⁰ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato CE, La natura comunitaria dell'atto impugnato e la sua imputabilità alle istituzioni*, in B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, pp. 109-140, spec. p. 124; C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei governi in sede di Consiglio*, in AA. VV. *Studi di diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, 1977, pp. 175-203, spec. p. 175. Di recente, si constata un aumento della tendenza degli Stati membri a preferire il metodo intergovernativo rispetto a quello comunitario (U. VILLANI, *Metodo comunitario ed intergovernativo nell'attuale fase dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 268-269, reperibile [online](#); U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 18). Su questo punto, in effetti, sono stati avanzati da più parti in dottrina (D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice*, cit., p. 10; U. VILLANI, *Metodo comunitario ed intergovernativo*, cit., p. 267; K.J. MORTELMANS, *The extramural meetings of the Ministers of the Member States of the Community*, in *Common Market Law Review*, 1974, p. 82; P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities after the Accession of the New Member States*, London, 1973, p. 122) avvertimenti in ordine al pericolo di elusione dei principi e dei valori fondanti dell'Unione, tra cui lo stato di diritto. L'ipotesi che i membri del Consiglio finiscano per avvalersi della veste intergovernativa per sottrarsi a talune disposizioni inderogabili dei trattati non è quindi così inverosimile (conclusioni del 10 marzo 1971, pp. 286-287). Sulla tendenza degli Stati membri dell'Unione a indossare la veste di membri del Governo in luogo di quella di membro del Consiglio o del Consiglio europeo, cfr. A.R. WESSEL, *The EU Solution to Deal with the Dutch Referendum Result on the EU-Ukraine Association Agreement*, in *European Papers*, 2016, p. 1306, reperibile [online](#), secondo cui «[u]sually, they are needed once Decisions cannot (solely) be taken by the Institutions, and Member States in their capacity as «states» need to step in. Indeed, not being an EU decision, the «Decision» thus adopted seems to be nothing less than an international agreement».

⁸¹ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile*, cit., p. 124.

⁸² In tutte le ipotesi di incompetenza assoluta.

⁸³ Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, [causa 43/75](#), *Defrenne c. Sabena*, EU:C:1976:56, punti 56-58.

risoluzione al fine di prorogare il vigore di una norma transitoria contenuta nell'allora art. 119 TCEE. Nel caso di specie, tuttavia, la modifica dell'art. 119 TCEE avrebbe dovuto essere disposta mediante ricorso alla procedura di revisione. Per quanto la Corte abbia concluso per l'impossibilità dell'atto di interferire con l'efficacia nel tempo della disposizione del trattato, l'adozione dell'atto da parte degli Stati membri dell'atto controverso ha rappresentato un ostacolo al suo annullamento⁸⁴.

Anche la circostanza che l'autore sia normalmente in grado di intervenire sul contenuto dell'atto, nonché sulle circostanze di adozione e che dalla sua identificazione dipenda la ricevibilità del ricorso per annullamento sembra costituire un limite alla funzionalità del criterio in esame⁸⁵. Se si tiene conto del fatto che l'accertamento dell'autore possa dipendere dal contenuto dell'atto⁸⁶ ovvero dalle circostanze di adozione (quali l'allestimento e l'organizzazione delle riunioni), aspetti tutti facilmente plasmabili dagli autori dell'atto, è possibile che le istituzioni e gli Stati membri incidano sull'apparenza delle circostanze nel modo a loro più conveniente, alterando l'esito applicativo del criterio. Se così fosse, tale risultato sarebbe contrario alla stessa *ratio* del criterio normativo, che consiste nell'impedire che l'apparenza prevalga sulla sostanza, pregiudicando così il sindacato della Corte.

Va aggiunto, infine, che le circostanze su cui la Corte fonda la propria indagine non sembrano essere sempre coerenti. Infatti, gli stessi argomenti che in taluni casi hanno fondato la paternità formale dell'autore dell'atto, in altri sono stati ritenuti irrilevanti. Ad esempio, mentre nei casi *Parlamento c. Consiglio e Sharpston*⁸⁷, la Corte ha negato importanza al titolo dell'atto controverso ai fini dell'individuazione del suo

⁸⁴ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile*, cit., p. 124; J. KLABBERS, *Informal instruments before the european Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1994, pp. 997-1023; C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei Governi in sede di Consiglio*, cit., pp. 184-185.

⁸⁵ Non a caso, la Commissione e il Consiglio europeo hanno potuto invocare il tenore letterale degli atti come argomento a favore della loro posizione al punto 30 della citata ordinanza *NG c. Consiglio europeo*. Per le ragioni sopra esposte, (limitatamente al diritto ad una tutela giurisdizionale), parte della dottrina ha evidenziato come l'apposizione della forma dell'atto come requisito di ricevibilità del ricorso di annullamento finisca per pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva del privato, in D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in D. NASCIBENE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, pp. 53-108, spec. p. 87; P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, pp. 171-194, spec. p. 175; S.M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, Padova, 1973, p. 39.

⁸⁶ *Rectius*: dal tenore letterale del titolo e dai rimandi che un altro atto faccia all'atto controverso come ad esempio nelle sentenze *Ema* ed *Ela* in commento ovvero dal contenuto dell'atto (si veda sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 18) e il riferimento al testo dell'atto impugnato ovvero di un altro atto che richiami quello controverso (si veda sentenza *Ema*, cit., punto 101).

⁸⁷ Ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, cit. punto 31; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, cit., punto 34.

effettivo autore, la medesima circostanza è invece stata valorizzata nel caso *NG c. Consiglio europeo*⁸⁸.

Analogamente, mentre nel caso *Parlamento c. Consiglio* certi argomenti, quali il coinvolgimento delle istituzioni ovvero l'utilizzo di un'espressione allora comunitaria (quale l'utilizzo del «criterio del PNL» all'interno dell'atto controverso), che, secondo il Parlamento europeo, costituisce un concetto squisitamente comunitario, sono stati ritenuti insignificanti⁸⁹ al fine dell'identificazione dell'autore dell'atto, nel caso *NG c. Consiglio europeo* hanno fondato l'accertamento della natura intergovernativa dell'atto⁹⁰.

I limiti del criterio normativo appena analizzati incidono sulla competenza giurisdizionale della Corte. A questo proposito, l'utilizzo del parametro è indubbiamente apprezzabile nella misura in cui conduce all'applicazione delle norme sulla competenza⁹¹ e, dal punto di vista della tutela giurisdizionale effettiva, conferisce alla Corte di giustizia la competenza a conoscere dell'atto, quando questo derivi dalla collettività degli Stati membri e risulti adottato dai rappresentanti dei governi degli Stati in veste di membri di un'istituzione, Consiglio o Consiglio europeo.

Il medesimo approccio, tuttavia, sembra avere l'effetto di far dichiarare ricevibili solo i ricorsi contro atti che siano stati adottati da soggetti che siano normativamente competenti, in tutti i casi in cui l'atto rientri astrattamente nella competenza dell'Unione, anche quando sia stato adottato in concreto dagli Stati membri. Nel momento in cui la Corte identifica l'atto impugnabile con quello delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione di cui all'art. 263 TFUE, facendo coincidere dunque il legittimato passivo con il soggetto che è competente ai sensi delle norme dei trattati, dà infatti l'impressione di subordinare l'impugnabilità dell'atto all'assenza di vizi di competenza (assoluta). Ciò pone però dei dubbi circa il rispetto del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE) e della competenza giurisdizionale che ha la Corte nell'ambito di tale ricorso. In tal modo, infatti, il paradigma limita l'accesso alla tutela giurisdizionale, subordinando l'utilizzo di uno strumento che mira a rimuovere, tra gli altri, vizi di incompetenza assoluta

⁸⁸ Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punti 50-51; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punti 51-52; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punti 49-50. Il Tribunale poi nella medesima pronuncia, nonostante abbia ritenuto rilevante il titolo in relazione ai comunicati stampa delle prime due riunioni, ha considerato non significativo il comunicato della terza. La differenza di formulazione tra la versione *PDF* del comunicato e quella cartacea è giustificata, infatti, dalla «volgarizzazione terminologica» imputabile al tipo di documento. La medesima considerazione potrebbe allora valere con riguardo ai casi sopra analizzati dal momento che, anche nel caso *Parlamento c. Consiglio*, il documento preso in esame era un comunicato stampa.

⁸⁹ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit., punti 19-23.

⁹⁰ Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 62; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punto 63; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punto 61.

⁹¹ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 72.

dell'atto all'assenza stessa di tali difetti. Risulta quindi preclusa l'impugnazione dell'atto per vizi di incompetenza assoluta, contrariamente a quanto il combinato disposto dell'art. 263 TFUE e dell'art. 47 CDFUE sembra permettere all'individuo.

Il criterio in esame potrebbe inoltre contraddire il limite di giurisdizione. Facendo coincidere l'identità dell'autore dell'atto contestato con quella dell'autore normativo, esso ha l'effetto di sottoporre al giudizio della Corte atti che in realtà potrebbero di fatto essere stati adottati dagli Stati membri, in aperta contraddizione dunque con il confine di competenza della Corte di giustizia. Analogamente, esso può condurre ad un diniego di giurisdizione di atti che concretamente siano stati adottati dalle istituzioni. Anche in questo caso, questo risultato pone dei dubbi di compatibilità con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 CDFUE, dal momento che impedisce all'individuo di essere tutelato contro un atto delle istituzioni, il monopolio del controllo di legittimità del quale è riservato alla Corte di giustizia.

Da quanto precede, emerge dunque che il criterio normativo può essere fuorviante. Agli aspetti sopra segnalati, se ne aggiungono altri che concorrono a renderne incerta l'applicazione. Nelle materie di competenza concorrente (sul piano interno), ad esempio, è difficile comprendere nella pratica se l'Unione abbia effettivamente esercitato la propria competenza normativa⁹². Risulta, infine, dubbia l'applicazione del parametro alle deliberazioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri al di fuori delle riunioni del Consiglio⁹³.

4. Osservazioni conclusive.

Nei casi *Ema* ed *Ela*, la Corte di giustizia sembra essersi distaccata dall'approccio precedente nel momento in cui, pur constatando la competenza normativa dell'atto contestato in capo al legislatore dell'Unione, ha imputato l'atto ai rappresentanti dei governi degli Stati membri. Dall'altro lato, l'elemento di continuità rispetto alla giurisprudenza pregressa risiede nell'aver esaminato la base giuridica dell'attribuzione in relazione agli atti contestati. Anche le circostanze verificate per accertare l'identità dell'autore dell'atto costituiscono un ulteriore elemento in linea con le sentenze precedenti⁹⁴.

⁹² Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 76.

⁹³ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 77. Per quanto, infatti, la giurisprudenza della Corte lo ha applicato sia verso gli Stati membri che verso le istituzioni, la questione non è mai stata affrontata espressamente dalla stessa Corte.

⁹⁴ La Corte ha infatti valorizzato il titolo della decisione impugnata, il riferimento ai capi di Stato o di governo di cui al verbale della riunione nel caso *Ema* (sentenza *Ema*, cit., punto 101), nonché il titolo e il preambolo della decisione contestata nel caso *Ela* (sentenza *Ela*, cit., punto 77), elementi che facevano entrambi riferimento ai «rappresentanti dei governi degli Stati membri», a fronte della loro irrilevanza nel caso *Parlamento c. Consiglio*, nonché nel caso *NG c. Consiglio europeo*. Analogamente, nei casi *Ema* ed

Il nuovo modo della Corte di accertare la paternità dell'atto presenta diversi aspetti positivi. In primo luogo, preserva il principio dell'equilibrio istituzionale. La Corte, infatti, ribadisce la necessità che il legislatore dell'Unione adotti un atto giuridico secondo la procedura legislativa prevista per la materia cui l'Agenzia si riferisce, l'unico atto giuridicamente vincolante nel definire la sede degli organi e degli organismi dell'Unione. Essa, inoltre, pone l'accento sull'importanza della legittimazione democratica nell'adozione di tali decisioni, quando osserva che l'equilibrio geografico della sede di un ente è rispettato dal processo legislativo dell'Unione che mira a «rafforzare il sostrato democratico di una decisione relativa alla designazione del luogo della sede di un organo o di un organismo dell'Unione»⁹⁵.

La più recente prospettiva promuove altresì la tutela giurisdizionale effettiva perché, se le decisioni contestate non sono impugnabili, certamente lo sono gli atti giuridici che il legislatore deve adottare separatamente affinché possano essere validamente individuate le sedi delle agenzie. È, infatti, onere del legislatore l'adozione, all'interno delle procedure contemplate dai trattati, di una decisione che confermi o si allontani dal contenuto delle decisioni impugnite⁹⁶.

Specificamente la sentenza *Ela* presenta l'ulteriore pregio di chiarire i rapporti tra i rimedi previsti dal trattato. Come già accennato sopra, in essa si afferma il principio della gerarchia e della tassatività dei rimedi.

La medesima ottica, poi, rimarca il principio di legalità. Volgendo lo sguardo a entrambe le sentenze in commento, la Corte ha ricordato che, in assenza di una base giuridica specifica, un atto non è in grado di produrre effetti giuridici vincolanti (come le due decisioni oggetto di causa). Le sentenze della grande sezione rappresentano dunque la riaffermazione dello stato di diritto⁹⁷, sotto il profilo delle procedure di adozione degli atti giuridici vincolanti, nonché della tutela giurisdizionale effettiva.

L'emancipazione della Corte dal criterio normativo evita, inoltre, le difficoltà, talora di non poco conto, legate alla possibile violazione dei limiti di giurisdizione e al diniego di giurisdizione. Infatti, nell'ipotesi in cui l'autore formale o apparente coincida con l'autore normativo (sia nel caso in cui la Corte abbia imputato l'atto alla conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, sia che lo abbia ricondotto al Consiglio) la componente fattuale e quella normativa del paradigma sono in perfetto equilibrio, senza che si verifichino problemi in tal senso. È tuttavia possibile che

Ela, i medesimi argomenti quali il coinvolgimento delle istituzioni, la natura delle riunioni, le loro modalità di svolgimento e la forma di pubblicazione dell'atto impugnato non sono stati ritenuti significativi ai fini della valutazione della paternità dell'atto adottato in capo agli Stati membri (sentenza *Ema*, cit., punti 103-104; sentenza *Ela*, cit., punti 80-81).

⁹⁵ Sentenza *Ema*, cit., punto 45; sentenza *Ela*, cit., punto 71.

⁹⁶ Sentenza *Ema*, cit., punto 11; sentenza *Ela*, cit., punto 90.

⁹⁷ Al punto 59 della sentenza *Ema* e al punto 35 della sentenza *Ela*, la Corte ricorda anzitutto che «[l']Unione europea è un'Unione di diritto dotata, dal Trattato FUE, di un sistema completo di rimedi giurisdizionali».

l'autore formale o apparente diverga dall'autore normativo. In queste situazioni, si prospettano invece due possibili inconvenienti. Nell'ipotesi in cui l'autore formale o apparente coincida con la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri e l'autore normativo con il Consiglio ma l'autore concreto non sia l'autore normativo, l'imputazione dell'atto a quest'ultimo, sulla base delle norme dei trattati sulla competenza, potrebbe avere l'effetto di attrarre nella giurisdizione della Corte atti per cui essa non è formalmente competente, con la conseguenza di violare il limite di giurisdizione. La legittimazione della Corte a conoscere del ricorso cessa allora di avere quale presupposto la competenza dell'Unione europea a emanare atti, in violazione dunque del principio di attribuzione delle competenze. Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'autore formale o apparente sia il Consiglio e l'autore normativo la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, l'imputazione dell'atto alla conferenza esclude la giurisdizione della Corte. In tal modo, il suo sindacato è precluso contrariamente al diritto ad una tutela giurisdizionale e all'obbligatorietà del sindacato della Corte come richiesto dai trattati⁹⁸.

Oltre a ciò, il distacco della Corte dall'autore normativo nell'imputazione dell'atto supera gli inconvenienti legati all'inidoneità delle circostanze fattuali a dimostrare l'identità dell'autore normativo, analizzate dall'avvocato generale Bobek. Il fatto che non si debba dimostrare la convergenza dell'autore normativo con l'autore concreto evita i problemi legati alla fisiologica incapacità delle circostanze fattuali di dimostrare l'identità fattuale di chi avrebbe dovuto essere l'autore dell'atto secondo i trattati⁹⁹.

Sebbene amputato del criterio normativo e degli inconvenienti ad esso collegati, il paradigma conserva aspetti negativi.

In primis, si è già anticipato come la Corte nelle sentenze in commento abbia constatato l'inefficacia dell'atto agli effetti del diritto dell'Unione¹⁰⁰. Ebbene, per quanto tale constatazione rimarchi in positivo l'importanza del principio della certezza del diritto per il diritto dell'Unione, dall'altro lato l'atto contestato è comunque frutto dell'incontro della volontà degli Stati membri¹⁰¹ e come tale, con il mero consenso degli Stati membri, sia pur sul piano del diritto internazionale, rischia di aprire un canale che consenta agli stessi di venir meno agli obblighi da loro assunti in virtù della loro appartenenza all'Unione europea.

⁹⁸ Sentenza *Defrenne c. Sabena*, cit., punto 34.

⁹⁹ Si è già visto sopra come il criterio normativo deleghi le circostanze fattuali a dare prova dell'afferenza dell'atto controverso all'autore normativo e si è dato conto dell'inidoneità delle predette circostanze a dimostrare una mera distinzione normativa, qual è la veste giuridica indossata in occasione dell'emanazione dell'atto. Mentre i fatti possono dimostrare l'identità materiale dell'autore concreto dell'atto, analoga prova non possono fornire con riguardo all'identità normativa di colui che avrebbe dovuto adottare l'atto secondo i trattati. Ebbene, il fatto che non occorra più dimostrare l'identità dell'autore normativo rimuove l'inconveniente legato alla fisiologica inidoneità di circostanze fattuali a dimostrare un elemento normativo, non verificatosi.

¹⁰⁰ Sentenza *Ema*, cit., punto 110; sentenza *Ela*, cit., punto 90.

¹⁰¹ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile*, cit., p. 124.

In secundis, restano le difficoltà nel discernere il Consiglio dalla conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, agendo entrambi nella persona dei capi di Stato o di governo o loro delegati¹⁰², nonché il problema dell'ambiguità delle circostanze fattuali come il contenuto dell'atto e le sue circostanze di adozione che, in quanto neutre, sono ambivalenti. Anche la componente fattuale del paradigma, pertanto, rischia di condurre a un accertamento non del tutto risolutivo quanto all'identità dell'autore dell'atto.

Cionondimeno, le difficoltà di accertamento nell'imputazione dell'atto al suo effettivo autore potrebbero essere parzialmente accantonate con riguardo a quegli atti aventi un oggetto istituzionale, come ad esempio le decisioni che definiscono la sede di un organo od organismo dell'Unione ovvero quelle di nomina o di revoca di un giudice della Corte di giustizia. Il contenuto oggettivo in questi casi sottolinea il collegamento di tali atti con i trattati, dal momento che i primi trovano la propria base giuridica negli ultimi e dal momento che incidono sul funzionamento dell'Unione. È infatti nell'esistenza stessa dell'Unione che risiede la loro ragion d'essere.

Al di là delle valutazioni sull'opportunità della distinzione¹⁰³ della doppia veste giuridica del Consiglio e della conferenza dei governi, si potrebbe ipotizzare

¹⁰² Dall'altro lato, però, si è già segnalato come la «frode delle vesti» sia dannosa sia dal punto di vista della tutela giurisdizionale che da quello dell'interesse collettivo al buon funzionamento dell'Unione per l'estromissione del Parlamento europeo dalla procedura di adozione dell'atto e dalla giurisdizione della Corte (M. GATTI, *The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 2 of 2)*, cit.; J. S. VARA, *Soft International agreements*, cit., p. 36). A quest'ultimo proposito, va segnalato che nell'assetto istituzionale odierno si osserva un'accentuata asimmetria a favore della componente intergovernativa a pregiudizio di quella non governativa (U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 21), soprattutto a seguito dell'acquisto della qualifica di istituzione ad opera del Consiglio europeo avvenuta con Lisbona; le affinità nella composizione intergovernativa che la nuova istituzione condivide con il Consiglio sono aumentate. Così, le due istituzioni sintetizzano la volontà collegiale dei governi degli Stati membri. In base all'art. 235, par. 1, c. 2, TFUE, il Presidente del Consiglio europeo e quello della Commissione, sebbene membri del Consiglio europeo, non prendono parte al voto quando l'istituzione di indirizzo politico delibera mediante votazione (R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, pp. 61, 66). La presenza di una duplice sede di rappresentanza della componente governativa finisce peraltro per conferire rilevanza alla struttura gerarchica in seno agli esecutivi degli Stati membri. Il Consiglio costituisce, pertanto, un duplicato del Consiglio europeo.

Inoltre, anche in considerazione della spettanza al Consiglio europeo di talune funzioni in grado di incidere formalmente sui processi decisionali dell'Unione, l'asimmetria a favore della componente governativa rispetto a quella non governativa nell'assetto istituzionale dell'Unione è ulteriormente marcata. In un quadro in cui la presenza governativa è alterata rispetto a quella non governativa e che si fonda sulla *rule of law*, la modificazione dell'equilibrio istituzionale suggerisce di minimizzare il più possibile il rischio che l'incertezza giuridica finisca per agevolare abusi. Al contrario, lo sbilanciamento rilevato pone l'attenzione sull'esigenza di ripristinare l'equilibrio istituzionale, quello stesso valore che ha indotto la Corte nel caso «*Les Verts*» (Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, [causa 294/83](#), *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, EU:C:1986:166) ad estendere il proprio sindacato di legittimità anche agli atti del Parlamento europeo. Analogamente, *a fortiori* potrebbe non essere così peregrina l'ipotesi che giustifica l'estensione del sindacato giurisdizionale agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, alla luce del significativo mutamento che il complesso istituzionale ha registrato a partire da Lisbona.

¹⁰³ Ci si può chiedere se sia tuttora opportuna, nonostante lo stadio di avanzamento dell'integrazione dell'Unione europea, la distinzione tra Consiglio e rappresentanti dei governi degli Stati

l'introduzione di un criterio, mediante la modifica dei trattati, che consenta di determinare la competenza della Corte in funzione dell'oggetto dell'atto adottato dai rappresentanti dei governi degli Stati membri. Sul punto, occorre prendere atto che secondo la Corte, in grande sezione, l'estensione della nozione di atti impugnabili ai fini dell'art. 263 TFUE porterebbe a un'elusione dei rimedi giuridici previsti dai trattati¹⁰⁴. Va anche detto che, se gli Stati membri operano alla stregua di soggetti sovrani quando approvano atti che riguardano materie in relazione alle quali non hanno ceduto quote di sovranità, essi sembrerebbero agire invece in qualità di organo dell'Unione europea, quando adottano atti relativi a soggetti, quali le agenzie, ascrivibili al sistema di funzionamento dell'UE, al fine di garantirne la regolarità (così come, nel caso *Sharpston*, agendo come corpo elettorale dei membri della Corte di giustizia)¹⁰⁵. L'organo è per definizione un elemento costitutivo di una totalità, quale parte che possiede una specifica funzione armonizzata all'interno di un dato sistema¹⁰⁶. I corrispondenti atti di designazione dei giudici e degli avvocati generali, nonché di definizione delle sedi degli organismi Ema ed Ela, pertanto, potrebbero agevolmente essere considerati imputabili all'Unione europea¹⁰⁷. D'altra parte, l'adesione del trattato a tale accezione di organo all'art. 263 TFUE parrebbe potersi dedurre dai termini selezionati nelle differenti versioni linguistiche della medesima disposizione. In inglese, ad esempio, la nozione di «organi ed organismi dell'Unione europea» è resa mediante ricorso alle parole «*bodies, offices or agencies*», «*organes ou organismes*» in francese,

membri in tutte quelle deliberazioni che concernono il funzionamento dell'Unione europea, come la scelta delle sedi delle agenzie ovvero delle istituzioni, nonché la nomina dei membri della Corte di giustizia. In tutti questi casi, infatti, la soluzione non sembra al passo con i tempi se si considera che attualmente le organizzazioni internazionali, che pure fondano il proprio funzionamento sul metodo intergovernativo, si avvalgono delle proprie istituzioni per adottare le decisioni sul funzionamento della stessa organizzazione (U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 17).

¹⁰⁴ In particolare, la statuizione della Corte sull'aggiramento dei rimedi previsti dai trattati (sentenza *Ela*, cit., punto 86) nasce dalla deduzione del Parlamento che propone di ascrivere la decisione sulla sede delle agenzie agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri che definiscono, ai sensi dell'art. 341 TFUE, la sede delle istituzioni. Secondo il Parlamento, poi, la predetta decisione sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE, in quanto atto del Consiglio o comunque in quanto atto degli Stati membri, la verifica della cui legittimità si impone per «verificare il rispetto delle attribuzioni conferite alle istituzioni dai Trattati, nel senso indicato dall'articolo 13, paragrafo 2, TUE»: sentenza *Ela*, cit., punti 26, 31-32.

¹⁰⁵ P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities*, cit., p. 120; D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice*, cit., p. 25.

¹⁰⁶ In Enciclopedia Treccani si legge che si definisce organo un'«[u]nità capace di esplicare una determinata funzione, sia isolatamente, sia come parte di un sistema. Unità anatomica, fisiologica e funzionale costituita da diversi tipi di tessuti associati per svolgere specifiche funzioni che interessano l'intero organismo» (reperibile [online](#)).

¹⁰⁷ C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei Governi in sede di Consiglio*, cit., pp. 182-183. L'Autore, nel delineare il campo di indagine della propria analisi, sottolinea l'importanza di espungere dal novero degli atti che vi confluiscono quelli integrativi del Trattato, tra i quali menziona specificamente «gli atti della collettività degli Stati membri relativi alla nomina dei (...) giudici e degli avvocati generali della Corte comunitaria ed alla fissazione della sede delle istituzioni comunitarie».

nonché attraverso il riferimento ad «*organos u organismos*» in spagnolo. Le presenti locuzioni sembrano volte ad enfatizzare la funzionalità dell'ente, quale parte di un quadro organico e coordinato di elementi convergenti verso il medesimo obiettivo, ossia il corretto funzionamento del sistema.

Da ultimo, distinguere gli atti degli Stati con oggetto istituzionale dagli altri atti degli Stati membri ai fini della loro impugnabilità pare coerente con la *ratio* della riforma attuata con il trattato di Lisbona¹⁰⁸. La necessità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, infatti, ha spinto la Corte ad estendere la sindacabilità degli atti anche a soggetti non classificabili quali istituzioni nel momento in cui ne ha riconosciuto la legittimazione passiva. Allo stesso modo, ferma l'inderogabilità dei limiti di giurisdizione per via pretoria, l'esigenza di preservare la coerenza del sistema dovrebbe indurre a riflettere circa l'opportunità di distinguere la conferenza degli Stati membri dal Consiglio.

¹⁰⁸ L'estensione del novero dei legittimati passivamente, infatti, si deve alla codificazione della giurisprudenza della Corte, inaugurata con la pronuncia del caso *Les Verts*, che ha affermato la necessità di flessibilità nell'interpretazione dei presupposti di ricevibilità del ricorso di annullamento. Con quella sentenza, la Corte ha avuto modo di constatare, *inter alia*, che il ruolo del Parlamento europeo si era andato accrescendo nel tempo laddove la sua legittimazione passiva era proporzionata al ruolo meramente consultivo ufficialmente rivestito in base alle norme del Trattato di quel tempo (sentenza *Les Verts*, cit. punto 24. Per taluni commenti in dottrina, si veda *ex plurimis*, J. BUISSON, *De la nature juridique des actes comptables de dépenses publiques*, in *Revue française de droit administratif*, 1989, pp. 1031-1039; L. DANIELE, *La Corte di giustizia «ridisegna» il ruolo del Parlamento europeo nel contenzioso comunitario*, in *Il Foro italiano*, 1989, IV, cc. 169-178; V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pp. 401-402; J.P. JACQUÉ, *Parlement européen*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1989, pp. 225-243). In queste circostanze, l'esigenza di preservare l'equilibrio istituzionale ha indotto la Corte a rivisitare l'ampiezza della legittimazione passiva del Parlamento europeo. Diversamente, infatti, quest'ultimo avrebbe potuto invadere con atti illegittimamente adottati, peraltro non sindacabili, le competenze delle altre istituzioni (sentenza *Les Verts*, cit., punto 25).

ABSTRACT: Il recesso del Regno Unito dall'Unione europea ha determinato la cessazione del mandato di due giudici e di un avvocato generale, nonché il trasferimento di sedi di due agenzie europee, l'Agenzia europea per i medicinali (Ema) e l'Autorità europea per il lavoro (Ela). La Corte di giustizia, attraverso due sentenze emesse il 14 luglio 2022, ha dichiarato l'inoppugnabilità, per difetto di giurisdizione, delle decisioni adottate formalmente dai rappresentanti dei governi degli Stati membri che hanno determinato tali cambiamenti istituzionali.

Secondo l'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), sono impugnabili solo gli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea, senza alcun riferimento esplicito agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri. Si tratterebbe di limiti giurisdizionali esplicitamente previsti per preservare l'autonomia delle decisioni degli Stati membri da interferenze delle istituzioni dell'Unione. Tuttavia, l'identificazione dell'autore effettivo di tali atti presenta difficoltà oggettive, poiché non è sempre chiaro se i rappresentanti dei governi degli Stati membri abbiano agito come membri del Consiglio, del Consiglio europeo o come soggetti sovrani. Per affrontare tali problemi, la Corte sembra aver sviluppato nel corso degli anni un criterio basato sulla valorizzazione dell'autore dell'atto impugnato secondo quanto stabilito dai trattati (componente normativa) e sull'analisi delle circostanze di adozione dell'atto e del suo contenuto (componente fattuale). Questo approccio presenta però notevoli incertezze, poiché l'interazione tra le due componenti può portare a risultati diversi a seconda della loro prevalenza, senza una previsione sempre chiara del fattore determinante. In alcuni casi, ciò può condurre alla negazione della giurisdizione da parte della Corte, anche quando i presupposti sembrano esserci, o all'affermazione della giurisdizione quando sembra non esserci.

In questo contesto, il presente articolo si propone di analizzare come la Corte di giustizia abbia attribuito gli atti impugnati al loro autore nelle recenti sentenze *Ema* ed *Ela*, al fine di indagare i limiti di tale approccio e, più in generale, gli effetti che ne derivano. L'analisi conclude per l'inidoneità del paradigma a identificare l'autore effettivo dell'atto.

PAROLE CHIAVE: sedi delle agenzie europee; atti adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri; criterio di imputazione dell'atto; competenza giurisdizionale della Corte; imputazione formale e imputazione normativa.

The qualification of decisions taken by the representatives of the governments of the Member States for the purposes of their reviewability: some observations in the margin of the twin judgments of the Court of Justice of the Union in the Ema and Ela cases

ABSTRACT: The withdrawal of the United Kingdom from the European Union resulted in the change of institutional seats of two European agencies, such as the European Medicines Agency (Ema) and the European Employment Authority (Ela), implemented through certain decisions of the representatives of the governments of the member states that were declared unobjectionable by the Court of Justice for lack of jurisdiction. This loophole could, however, lead Member States to disguise acts that were actually adopted by the Council or the European Council.

According to Art. 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), only acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the European Union are appealable, without any explicit reference to acts of the representatives of the governments of the Member States. The Court has excluded the possibility of challenging such acts on the basis of jurisdictional limits explicitly provided for in order to preserve the autonomy of the decisions of the Member States from interference by the institutions of the Union. However, some scholars argue that this jurisdictional loophole could lead Member States to disguise acts adopted by the Council or the European Council in order to avoid the involvement of the European Parliament or the judicial review of the Court of Justice. Moreover, identifying the actual author of such acts presents objective difficulties, as it is not always clear whether the representatives of the governments of the Member States acted as members of the Council, the European Council or as sovereign entities. In order to address these problems, the Court seems to have developed over the years a criterion based on the appreciation of the author of the contested act as established by the Treaties (normative component) and on the analysis of the circumstances of the adoption of the act and its content (factual component). However, this approach presents uncertainties, as the interaction between the two components may lead to different results depending on their prevalence, without a clear prediction of the determining factor at all times. In some cases, this may lead to the denial of jurisdiction by the Court, even when the preconditions seem to be there, or to the affirmation of jurisdiction when it seems not to be there.

Against this backdrop, this article sets out to analyse how the Court of Justice attributed the challenged acts to their author in the recent Ema and Ela judgments, in order to investigate the limits of this approach and, more generally, its effects. The analysis concludes for the unsuitability of the paradigm to identify the actual author of the act.

KEYWORDS: headquarters of European agencies; acts adopted by representatives of Member State governments; criterion for imputation of the act; jurisdiction of the Court; formal imputation and normative imputation.