

CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL
DIRITTO DELLE
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

3 / 2020

LUGLIO - SETTEMBRE

DIRETTORE RESPONSABILE: Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Iscritta con delibera 16.06.2020 nell'Elenco Speciale dei direttori responsabili di periodici o riviste a carattere scientifico annesso all'Albo dei Giornalisti della Lombardia

RESPONSABILE DEL COMITATO EDITORIALE: Prof. Gabriele Bottino

COMITATO EDITORIALE: Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof.ssa Monica Bonini, Prof. Gabriele Bottino, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita, Dr. Gherardo Carullo, Dr. Stefano D'Ancona, Dr. Paolo Provenzano

COMITATO SCIENTIFICO:

- Prof. Margaret Allars (University of Sydney, Australia)
- Prof. Ricardo Alonso (Universidad Complutense de Madrid, España)
- Prof. Jean-Bernard Auby (Sciences-Po, Paris, France)
- Prof. Patrick Birkinshaw (University of Hull, UK)
- Prof. David Capitant (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Mario Pilade Chiti (Università degli Studi Firenze, Italia)
- Prof. Stefano Cognetti (Università degli Studi di Macerata, Italia)
- Prof. Lorenzo Cotino Hueso (Universidad de Valencia, España)
- Prof. Guido Corso (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Paul Craig (University of Oxford, UK)
- Prof. Marie Crock (University of Sydney, Australia)
- Prof. José Luís da Cruz Vilaça (Universidade de Lisboa, Portugal e Corte di Giustizia dell'EU, Lussemburgo)
- Prof. Pedro Cruz Villalón (Universidad Autónoma de Madrid, España)
- Prof.ssa Daria de Pretis (Università degli Studi di Trento e Corte costituzionale, Italia)
- Prof. Rosario Ferrara (Università degli Studi di Torino, Italia)
- Prof. Guido Greco (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Constance Grewe (Université de Strasbourg, France)
- Prof. Ian Harden (University of Sheffield, UK)
- Prof. Carol Harlow (London School of Economics)
- Prof. Herwig Hofmann (Université du Luxembourg)
- Prof. Martin Ibler (Universität Konstanz)
- Prof.ssa Julia Iliopoulos-Strangas (Università Nazionale e Kapodistriana di Atene, Grecia)
- Prof.ssa Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo, Italia)
- Prof. Vittorio Italia (Università degli Studi di Milano, Italia)

- Prof. Jean-Paul Jacqu  (Universit  de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Universit  Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Universit  degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Universit  degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Universit  Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Universit  degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universit t Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Vasco Pereira da Silva (Universidade de Lisboa, Portugal)
- Prof. Ricardo Perlingeiro Mendez da Silva (Universidade Federal Fluminense e Tribunal Regional Federal de Rio de Janeiro, Brasil)
- Prof. Gloria Regonini (Universit  degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, Espa a)
- Prof. Jens-Peter Schneider (Universit t Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Universit  degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-A mann (Universit t Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universit t Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universit t Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universit t Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universit t Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Universit  degli Studi di Pavia, Italia; Universit  Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP   una rivista ad accesso libero sul sito ceridap.eu, aggiornata on-line quotidianamente e fascicolata trimestralmente. Alla fine di ogni trimestre gli articoli riprodotti nel sito sono tutti pubblicati nel fascicolo del trimestre di riferimento.

La Rivista nasce, nel 2020, nell'ambito dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Universit  degli Studi di Milano. La Rivista ed il Centro di Ricerca sono realizzati con la collaborazione scientifica dell'Universit  degli Studi di Milano, in particolare dei Dipartimenti di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale – dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale – e del Dipartimento di Scienze Sociali e Politiche.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito, e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La Rivista si uniforma agli standard internazionali definiti dal Committe on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Per la citazione dei contributi presenti in questo fascicolo di CERIDAP, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, *Titolo del contributo*, in *CERIDAP*, 2020, 3, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: ceridap.eu/rivista/invio-contributi

© 2020 CERIDAP

INDICE SOMMARIO

ARTICOLI

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, <i>The judgment of the German federal constitutional court and the court of justice of the European union – judicial cooperation or dialogue of the deaf?</i>	1
FEDERICO GAFFURI, <i>Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale</i>	18
CONSTANCE GREWE, <i>Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 sur le programme PSPP de la BCE</i>	40
DANIEL SARMIENTO E JOSEPH H.H. WEILER, <i>The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice: A Position Paper</i>	49
JOSEPH H.H. WEILER E DANIEL SARMIENTO, <i>A Reply to Our Critics (The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice)</i>	55

RASSEGNE E COMMENTI

DIANA URANIA GALETTA, <i>Sulle conseguenze giuridiche della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 nel caso Weiss</i>	68
GIOVANNI PASCERI, <i>Assenteismo e lesione all'immagine della P.A.</i>	79
GIULIA RE FERRÈ, <i>Gli obiettivi mancati della Blue Card europea: la necessità di una riforma sul modello tedesco</i>	93

NOTE

GIANLUIGI DELLE CAVE, <i>Micromobilità elettrica in sharing: il noleggio dei dispositivi free floating non costituisce servizio pubblico</i>	102
--	-----

CERIDAP

LAURA RIZZI, <i>Le ordinanze sindacali in emergenza Covid-19: il caso di Napoli e le sospensioni decretate dal T.A.R. Campania</i>	107
VINCENZO TERRACCIANO, <i>Commento sulla Raccomandazione della Commissione UE dell'8 aprile 2020</i>	114

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, Professor of EU law; Managing Partner of CVA; Former Advocate-General and Judge of the CJEU; Former President of the Court of First Instance of the European Communities (now the General Court of the EU)

GIANLUIGI DELLE CAVE, Dottorando di Ricerca e Cultore della materia in Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Brescia

FEDERICO GAFFURI, Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Avvocato nel Foro di Milano

DIANA URANIA GALETTA, Professore ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano e Direttore CERIDAP

CONSTANCE GREWE, Professeure émérite de l'Université de Strasbourg et ancienne juge à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine (2004-2016)

GIOVANNI PASCERI, Avvocato nel Foro di Milano

GIULIA RE FERRÈ, Dottoressa in Giurisprudenza

LAURA RIZZI, Dottoressa in Giurisprudenza

DANIEL SARMIENTO, Professor of Administrative and European Union Law at the Universidad Complutense of Madrid

VINCENZO TERRACCIANO, Dottore in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Milano

JOSEPH H.H. WEILER, Professor of Law at the University of New York and

Director of the Jean Monnet Center for International and Regional Economic
Law & Justice

The judgment of the German federal constitutional court and the court of justice of the European union – judicial cooperation or dialogue of the deaf?

José Luís da Cruz Vilaça

This article analyses the recent decision of the German Constitutional Court, where it considered that the PSPP (Public Sector Purchase Programme) adopted by the ECB (European Central Bank) was ultra vires. The author undertakes an in-depth analysis of the relationship between the European Court of Justice (ECJ) and the constitutional courts of the Member States, also touching upon the fundamental principles of EU law underpinning such judicial cooperation, which is one of the main features of the Union's judicial architecture. Such analysis leads to the conclusion that the German Constitutional Court misconstrued, inter alia, the principles of conferral and proportionality and threatened the very foundations of the EU legal order, of its integrity and autonomy, by replacing judicial cooperation with judicial confrontation and by ignoring the principle of equality of Member States before the Treaties and the principle of sincere cooperation between the Union and its Member States. Moreover, the decision of the German Constitutional Court defies the exclusive competences conferred to the ECJ by the Treaties, thus undermining the rule of law at the heart of the European Union. It also seriously endangers the independence of the ECB and the ESCB, including the Bundesbank, in performing their tasks in the field of monetary policy. Some final words are devoted to an assessment of the immediate consequences of the judgment, as well as possible ways to overcome it.

[La sentenza della Corte costituzionale federale tedesca e della Corte di giustizia dell'Unione europea - Cooperazione giudiziaria o dialogo tra sordi?] Questo articolo analizza la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca, che ha affermato l'ultra vires del PSPP (Public Sector Purchase Programme) adottato dalla BCE (Banca centrale europea). L'autore intraprende un'analisi approfondita del rapporto tra la Corte di giustizia europea (CGUE) e le corti costituzionali degli Stati membri, toccando anche i principi fondamentali del diritto dell'UE alla base di tale

cooperazione giudiziaria, che è una delle caratteristiche principali dell'architettura giudiziaria dell'Unione. Tale analisi porta alla conclusione che la Corte costituzionale tedesca ha frainteso, tra l'altro, i principi di attribuzione e proporzionalità e ha minacciato le fondamenta stesse dell'ordinamento giuridico dell'UE, della sua integrità e autonomia, sostituendo la cooperazione giudiziaria con il confronto giudiziario e ignorando il principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e il principio di leale cooperazione tra l'Unione e i suoi Stati membri. Inoltre, la decisione della Corte costituzionale tedesca sfida le competenze esclusive conferite alla Corte di giustizia dai trattati, minando così il principio di legalità alla base del diritto dell'Unione europea. Mette inoltre seriamente a rischio l'indipendenza della BCE e del SEBC, inclusa la Bundesbank, nello svolgimento dei loro compiti nel campo della politica monetaria. Alcune parole finali sono dedicate ad una valutazione delle conseguenze immediate del giudizio, nonché dei possibili modi per superarlo.

1. What is at stake?

The judgment of the German Federal Constitutional Court (“Bundesverfassungsgericht”, hereafter referred to as “GCC” or “BverfG”), rendered by the Second Senate on 5 May 2020 concerning the PSPP – *Public Sector Purchase Programme* of the European Central Bank (ECB), sent shock waves throughout Europe – even beyond the usual legal circles – and, in addition to many different institutional reactions, unleashed a lively debate in the media and amidst a public opinion worried about the future of the European Union (EU).

And for good reason: the jurisdictional debate between the GCC and the Court of Justice of the EU (hereafter referred to as “CJEU” or “Court of Justice” or “Court”) inevitably raises the central issue of how can the risk of constitutional disaggregation of the EU be avoided.

As a former judge of the CJEU, I have the utmost respect for the GCC – as I have for any other constitutional court of any Member State of the EU governed by the rule of law. It is however indispensable to agree on the respective role and mission assigned by the Treaties to each of the players in a world in permanent change, in which some lines cannot be crossed, if we are to preserve the essential

elements of the European project, democratically chosen by the electorates of all the Member States.

It would therefore be a mistake to consider this episode as a minor issue, which would quickly pass away without leaving a trace. What we are dealing with now is the European project not as it has been conceived and implemented after the Second World War, but as it evolved over time in shape and strategic direction to meet the new challenges as they have arisen.

Be that as it may, I frankly think that, this time, the *BVerfG* chose to fight the wrong war at the wrong time.

2. The dynamic role of the constitutional dialogue in the EU and the step forward made by the GCC

In the absence of a written catalogue of fundamental rights in the EC Treaties, the GCC played in the past a major role by fostering developments in the case-law of the Court of Justice, which contributed to strengthen the foundations of the Union's legal order. It was indeed as a result of some well-known decisions of the *BverfG*^[1] – and also of the Italian *Corte Costituzionale*^[2] – that the CJEU developed and consolidated, during last century's 60s and 70s, its “fundamental rights jurisprudence”,^[3] based on the idea that such rights, generally recognised in the constitutions of the Member-States,^[4] constitute general principles of European law, whose respect it must uphold.

Such an evolution culminated in the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the EU,^[5] to which the Lisbon Treaty has recognized the same legal value as the Treaties.^[6]

The happy ending of this story was the result of a **creative** tension and a virtuous **cross-fertilization process** between the CJEU and national constitutional courts. However, the tension becomes **destructive** when each one's missions and competences are no longer respected.

With its judgment of 5 May 2020, the GCC has taken an unfortunate step forward as compared with its own Maastricht^[7] and Lisbon Treaty^[8] case-law, as this time it was not examining the compatibility with its Constitution of a law ratifying or approving any Treaty amendments on a preventive basis.

What is at stake now goes much further: the GCC acted *ultra vires*, taking on

powers that the Treaties (by the will of each and every Member State) confer solely to the judicial body they created to say the law, in the last resort, in this legal and political area, the CJEU. In so doing, the GCC is undermining the very foundations of a legal and political democratic order of integration that has been built over the past 70 years.

This being a question of constitutional respectability, some **red-lines** should not be crossed if mutual respect is to be kept.

3. Red-lines: please do not cross

3.1. Exclusive competences of the CJEU and the binding character of its judgments

To ensure that “the law is observed” in the “interpretation and application of the Treaties” (see Article 19(1) of the Treaty on European Union - TEU), the Member-States established a judicial system adapted to the characteristics of the Union legal order (the then “Community legal order”), based upon a system of **judicial cooperation** within the framework of the *preliminary ruling mechanism*, established and regulated in general terms in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

Such a system can only function if the respective competences and role of each player is scrupulously respected.

Within this framework, the competence of the CJEU to interpret Union law in last resort and to declare, where appropriate, the invalidity of its provisions, is *exclusive* and cannot be *delegated or shared* with any other court. Otherwise, it would neither be possible to ensure the autonomy of EU law and its effective and uniform application throughout its entire territory, nor to prevent any discrimination between nationals of or residents in different Member States. That would inevitably occur if different courts were called upon to give final judgment on the content and scope of individual rights and obligations resulting from Union law.

This **exclusive competence of the CJEU** is a *first red line* that cannot be crossed by any authority or judicial body of a Member State without jeopardising the ability of that Court to carry out its mission of safeguarding the *integrity of*

the EU legal order and the *specific structure of the EU judicial system*. This has already been considered by the Court of Justice to form part of the very foundations of the Union, that cannot be called into question even by a Treaty revision.

The inevitable consequence of such understanding is that, in the exercise of its judicial responsibilities and competences, the CJEU does not give opinions or mere advices: its preliminary ruling judgments are mandatory to all addressees, to begin with the referring national court, upon which it is incumbent to apply the EU law to the dispute at stake, with the meaning given to it by the Court of Justice.

All this has been reiterated, in substance, by the Court, in its only public reaction to the *BVerfG*'s ruling, in a press release of 8 May 2020.

3.2. The problem: the boundaries of competences between the EU and the member States and the need for an impartial, independent and equidistant arbiter

Of course a problem may occur when it is necessary to determine, in a given case, the scope of the powers of the Union and its institutions against the competences claimed by a constitutional body of a Member State.

The GCC did not reinvent the wheel when it recalled that the delimitation of powers of the Union is determined by the **principle of conferral**, as it is laid down in Article 5(1) TEU and regularly and consistently interpreted by the CJEU.

On the other hand, as set forth in Article 4(2) TEU, the Union shall respect the **national identities** of Member States, inherent in their *fundamental structures*, political and constitutional.

It must be kept in mind that from the moment that such notion of national or constitutional identity was enshrined in the Treaty, it became a **common notion** whose interpretation is the sole responsibility of the ultimate impartial, independent and equidistant arbiter, the Court of Justice of the EU, which alone is entitled to do it in such a way that the *integrity* and the *autonomy* of the Union's legal order are preserved.

This is no surprise, and could not be otherwise, as the Court of Justice is the sole

judicial body set up by the Treaties whose DNA guarantees that, in decisions of a constitutional nature, the majority if not the whole of the legal orders and traditions of the Member States, and related sensitivities, are represented. Moreover, its working is based on a permanent dialogue with the courts of all Member States, in a continuous effort, within or without the preliminary ruling framework, to build a “constitutional culture community”^[9].

Such a message is therefore addressed to both sides. In any border dispute, no solution can be reached if both parties are not able to listen to the other’s reasons. A recent and striking example of open-minded attitude as regards interinstitutional relationships is given by the sequence of two judgments known as the “Taricco saga”,^[10] where the CJEU brought about a subtle adjustment in its (not necessarily wrong) initial position to accommodate the fact that the statute of limitation in Italian criminal law is of a substantive, not merely procedural, nature thus impacting on the protection of individuals against the retroactive application of incriminating rules in case of serious breach of the VAT rules involving fraud against the financial interests of the EU in the field of its own resources. This was the first reference for preliminary ruling from the Italian *Corte Costituzionale*, and it refrained therein from drawing any “nuclear threat” from its *controlimiti* doctrine.

By contrast, the *BverfG*, by announcing in its reference for preliminary ruling that whatever the decision of the CJEU would be it reserved itself the right to submit the ECB’s action to its constitutionality control, appears to forget that genuine respect must be mutual, without which it turns unacceptably into **arrogance** against required **subservience** from the other party – if not institutional isolationism capable of drying up all life in and around.

After having acknowledged the competence of the CJEU to interpret EU law, this amounts to throw a stone and hide the hand behind your back, as an old Portuguese saying has it.

One thing is sure: an exclusive competence conferred to a court of law does not cease to exist simply because another court of law with territorially limited powers does not agree with a judgment which it asked for. But refusing recognition of such exclusive competence is bound to have a destabilising impact on the integrity and the functioning of the EU legal order.

3.3. Direct effect and primacy of EU law; the principles of sincere cooperation and of equality between Member States

Of course, if ideological *a priori* visions and dogmatism must be given limited recognition in public life, so does institutional relativism. The ultimate limit in this regard is respect for common principles and values that underpin European integration amongst 27 sovereign States and 450 million people.

In this context, a *second red line* should not be crossed: the **autonomy of the Union's legal order** cannot be called into question unilaterally by any of its creators, possibly angry with itself.

The principles of **direct effect** and **primacy** are the legal tools that have secured such outcome for more than 60 years since *Van Gend en Loos*, 26/62, 5.2.1963, *Costa/ENEL*, 6/64, 15.7.1964, and *Simmenthal*, 106/77, 9.3.1978, have laid the foundations of the Community legal order and given support to its very existence.

In a complex institutional structure such as the EU – a sort of pluralistic constitutionalism at various levels – there can be no competing “constitutional courts” in the same area without turning the Union into a variable geometry construction in a semi-permanent state of institutional chaos.

Neither is it possible to select which “national identities” must be safeguarded, or to recognise a privileged status to a given national constitutional court or even to assign to one of them the role of representing all the others. The real challenge here is to find out how is it possible to accommodate, within the specific EU constitutional framework, the various identities concerned while respecting the **principle of equality between Member States** as set out in Article 4(2) TEU, having in mind the **principle of sincere cooperation** between the Union and the Member States in view of assisting each other in the fulfilment of the obligations arising out of the Treaties and facilitating the achievement of the Union's tasks, as laid down in Article 4(3) TEU.

4. On the merits

The above considerations concern the *hardware* of the problem, which is, in my view, what lies at the core of the constitutional debate here.

Nevertheless, the substantive issues that have been raised by the GCC in its references for preliminary ruling provide an excellent opportunity to clarify a number of issues, which are key to the very survival of the Union, not only of its legal order.

The CJEU addressed those issues, in identical or complementary terms, in the two cases concerning the purchase of public debt in the secondary market by the European Central Bank System (ECBS): *Gauweiler* –OMT programme,^[11] and *Weiss* – the PSPP^[12].

Some remarks must be made as regards those decisions.

4.1. The boundaries of monetary policy and its impact on economic policy

They concern, in the *first place*, the relationship between **monetary policy**, an exclusive competence of the EU for the Member States whose currency is the euro, and **economic policy**, a competence of the Member States, which they shall conduct with a view to contributing to the achievement of the objectives of the Union and which they shall regard as a matter of common concern and coordinate within the Council, as determined by Articles 120 and 121 TFEU:

- i) In the absence in the Treaty of a definition of monetary policy, it is by reference to its **objectives** – to maintain price stability and to support the general economic policies in the Union – and to the **tasks** to be carried out that the CJEU controls the respect of the limits of that policy;
- ii) The **objectives** aimed at by the ECB programs fit into that framework: they are intended to preserve the unity of the monetary policy for the whole euro zone and to secure a correct transmission to the economy of the measures taken;
- iii) **A measure of monetary policy does not become an economic policy measure** just because it may have effects on the stability of the euro area – any monetary policy disconnected from its impact in the economy is useless as these are not closed compartments;
- iv) The **means** that have been used by the ECB (*open market operations*) are classical in monetary policy and are provided for in EU primary law: any expert in monetary policy will easily explain that they are crucial to the effectiveness of a central bank intervention on the financial markets, when confronted with

asymmetrical shocks, especially within the framework of a common currency of 19 sovereign States with distinct economic structures and policies and at different levels of development. No central bank can manage a single currency for a major part of a multinational continent with its hands tied by a national or regional central bank;

v) Lastly, as long as disturbances in the transmission mechanism may result from the specific situation of some economies, it is impossible not to adjust the intervention to those specificities, taking in consideration, where appropriate, the macro-economic adjustment programs they may be submitted to.

4.2. The proportionality test

In the *second place*, the GCC raised the conundrum of the **proportionality test**. Actually the CJEU has carried out that test in both judgments, which allowed it to conclude that the measures adopted conformed with its requirements.

Not surprisingly, the Court applied its settled case law according to which, whenever an institution or body, like the ECB or the ESCB, when preparing and implementing an open market operations programme, is required to make choices of a technical nature and to undertake complex forecasts and assessments, it must be allowed a broad discretion.^[13] Judicial control is then focused on the duty to state reasons, the need to examine all the relevant facts and circumstances as well as on whether the measures at stake are suitable for attaining the legitimate objectives pursued, without going beyond what is necessary, and is intended to prevent any manifest error of assessment.

Regarding in particular such delicate and controversial matters as those involved in the definition and application of monetary policy or competition policy, the CJEU has always rightly refused, in the absence of a manifest error, to substitute its own assessment for the one made by the competent body, adequately equipped with the necessary expertise and technical resources, which allow it to properly fulfil its mandate.

I believe this attitude of restraint is required by the basic constitutional principle of the **separation of powers**. Provided that the objectives and limits laid down in the Treaties for an action of an EU institution or body within the field of an

EU policy are respected, the judicial mandate conferred to the Court of Justice does not allow it to encroach upon the ambit of competences of the executive branch in complex technical matters, beyond the case of manifest error of appreciation.

Nevertheless, the GCC appears to lean towards a tighter scrutiny, however sometimes in a rather incomprehensible way.

Paragraph 139 of the judgment of 5 May provides an example of that attitude and of the perplexities it raises.

First and foremost, the GCC purports to apply the principle of proportionality to the distinction between monetary policy (an exclusive competence of the Union as regards the “euro-area”) and economic policy (competence, in principle, of the Member States) and, more generally, to the delimitation of the competences of the Union. This amounts to a manifest error of law since, according to Article 5(1)(2) and (4) TEU, the limits of the Union competences are governed by the principle of conferral (as decided by the Member States in the Treaties) and the principle of proportionality applies only to the use of the competences conferred therein!^[14]

This should suffice to dismiss the argument as manifestly unfounded. Nevertheless, the GCC goes much further in drawing inferences from its understanding of the principle of proportionality.

Indeed, it requires the CJEU (and not only the ECB and the ESCB) to conduct its review of proportionality in a way that takes account of the effects that the PSPP might have on, for example, public debt, personal savings, pension and retirement schemes, real estate prices and the keeping afloat of economically unviable companies! Apart from the question of whether and to what extent is it possible to carry out such a review in the context of a reference for preliminary ruling without substituting its assessment to that of the ECB, one wonders how would it be possible, as the GCC is also inviting the CJEU to do, to weigh such *effects* against the monetary policy *objective* that the PSPP aims to achieve!

What is more, as Jacques Ziller has also observed,^[15] the GCC goes as far as to require that the Court of Justice assesses its own competence “according to recognized methodological principles” – in fact the GCC’s own principles, considered as unique and universal -, which is tantamount to submit the methods of legal interpretation used by the CJEU to the “Solange reservation”!

Anyway, the CJEU concluded, at the end of its detailed analysis, that the contentious programme was subject to appropriate conditionality and to preventive and monitoring measures intended to circumscribe the risk of losses for the ESCB, to limit its exposure in the event of a default and to prevent the position of a central bank of one Member State from being weakened in the event of an issuer in another Member State failing to make a repayment.^[16]

Moreover, the Court emphasized that under the PSPP the ESCB is not entitled to purchase bonds directly from public authorities and bodies of the Member States, but can only do it indirectly, on the secondary markets, so that the intervention by the ESCB provided for by that programme cannot be equated with a measure granting financial assistance to a Member State, in breach of Article 123(1) TFEU, or reducing the impetus of the Member States concerned to conduct a sound budgetary policy.^[17]

4.3. The independence of the ECB and the ESCB, including the *Bundesbank*

It is true - and this is my *third observation* - that the GCC has recognized that it was not competent to directly control the validity of a legal act of an EU institution. However, it used instruments of an equivalent effect to reach the same result, by requiring the Federal Government and the German *Bundestag* to take steps seeking to ensure that the ECB conducts a proportionality assessment and to use the means at their disposal to ensure that the ESCB stays within the limits of its mandate.

Furthermore, the GCC ordered the *Bundesbank*, following a transitional period of no more than three months, to no longer participate in the implementation and execution of the ECB decisions at issue, unless the ECB Governing Council adopted a new decision complying with the requirements laid down by the *BVerfG* itself in its Weiss decision.

It is impossible not to see in this assertiveness a skewed way of declaring the invalidity of an act of an EU institution for being contrary to the constitutional concepts prevailing within a given Member State, as interpreted by its Constitutional Court. The institutional perversity of such a position becomes clear when we realize that the GCC is concerned only (within the national limits

of its jurisdiction and mandate) with the domestic impact of what it considered to be an *ultra vires* action. In the GCC's own words, the act in question is not to be applied in Germany and would have no binding effect in relation to German constitutional organs, administrative authorities and courts.

One would hardly find a way to better illustrate how to turn the Treaties into a kind of constitutional Swiss cheese full of jurisdictional holes.

Another important consequence of the judgment of 5 May seems to have escaped the GCC's attention.

It follows from Article 130 TFEU that the ESCB and its members exercise their powers and carry out the tasks and duties conferred upon them by the Treaties and the Statute **in full independence**. Indeed, neither the ECB nor a national central bank, nor any member of their decision-making bodies shall seek or take **instructions** from Union institutions, bodies, offices or agencies, from any government of a Member State or from any other body. In the same vein, the Union institutions and bodies as well as the governments of the Member States shall undertake to respect this principle and not to seek to influence the members of the decision-making bodies of the ECB or of the national central banks in the performance of their tasks (see also Article 7 of the Statute of the ESCB and of the ECB).

Moreover, according to Article 14.3. of the Statute of the ESCB and of the ECB, the national central banks are an integral part of the ESCB and, in that capacity, they shall act in accordance with the guidelines and instructions of the ECB.

None of this was invented by the Court of Justice in its case-law: insofar as the Member States do not renege on their commitments under the Treaties, this is the constitutional law in force in the EU.

By inciting an institution of the Union and its integral parts to act in breach of the Treaties, the *BVerfG* is paying lip service to the rule of law in Europe.

5. Immediate implications and constructive suggestions

Faced with the above described situation, doomsayers would see no way out, whereas optimists or cynics may pretend the implications of the 2nd Senate decision not to be very significant.

In my view, it is fair to say that we have here a serious problem of principle,

which has imminent practical and political implications. The first of these is expressed in the immediate announcement by the Prime Minister of Hungary that he would refuse to abide by the judgments of the CJEU that he will consider to be contrary to the Hungarian Constitution.

The second implication is also in sight: the constitutional appeals of Messrs. Weiss, Gauweiler and others aim at promoting a nationalistic, sovereigntist, ultra-conservative and euro sceptical political agenda, to which the GCC judgment have given strength. Since they are far from having won the war against the European institutions and the European project, they will certainly return to the charge, taking as a pretext e.g. the ECB program designed to respond to the COVID-19 pandemic emergency or the measures that are awaiting the European Council's approval next week, following the Commission's proposal and the initiative of the French and German leaders, involving the use of the Union's budget or any kind of common debt issuing (or of debt risk sharing), whatever the final outcome may be and even in the absence of moral hazard.

All this seems to show that the current controversy is not, strictly speaking, a mere legal one. It is more fundamentally rooted in perceptions, cultural beliefs and ideology.^[18] Judge Peter Meier-Beck did not hesitate in labelling the judgment of the 2nd Senate as "an attack on the European Union as a legally constituted community of European democracies".

It is a cynical view to pretend that such obstinate opposition to the exercise of the competences of the CJEU stems from the protection of democracy and the sovereignty of the people in Europe, when at stake is the scrupulous respect for the powers and responsibilities entrusted to the EU institutions by all the Member States in the Treaties that they unanimously signed and ratified "to attain objectives they have in common" (Article 1 TEU).

It is my firm belief that the full compliance with the rules and principles of delimitation of constitutional competences coupled with the effective use of the existing procedural mechanisms, all of which are inherent in the structure of the legal and judicial system that provides support to the European integration agenda from the very inception of the European Communities, shall be sufficient in the future to ensure that the obstacles that may result from the distinct perceptions and conceptions existing at different institutional levels in the EU are avoided or overcome.

The President of the EU Commission has threatened legal action before the CJEU against Germany for infringement of EU law attributable to the GCC, and I think she is right.^[19] That said, I do not think she will go on to the end and it very likely will not be necessary. Nevertheless, this would not be the first time, as it successfully happened two years ago against France concerning some decisions of the French *Conseil d'État*.^[20] After all, respect for the equality between Member States before the Treaties is a fundamental principle of EU law, as enshrined in Article 4(2) TEU alongside the respect for their national identities.

Moreover, it should be noted that, in case of doubt or disagreement, the GCC has always the right to refer a new question for preliminary ruling on the same or similar issues, based on new arguments or considerations. This would have been indeed the right path to take.

In addition, according to media reports, “a pragmatic and reasonable appeasement solution” seems to be in sight. The ECB could agree to communicate to the president of the *Bundesbank* complementary non-published documents demonstrating that the ECB has complied with the proportionality principle in the adoption of its PSPP decision. The new member of the *BVerfG*, Judge Astrid Wallrabenstein, who replaced the retired judge and former president Andreas Vosskuhle, has even expressed publicly her views in favour of such pragmatic solution.

Nonetheless, different suggestions have been put forward in favour of setting up appropriate mechanisms intended to accommodate frictions or tensions and to replace, where needed, unilateral demonstrations of force with a common effort of understanding within the framework of a formal procedure.

Daniel Sarmiento and Joseph Weiler^[21] proposed the establishment of a new appeal jurisdiction within the Court of Justice, strictly and narrowly confined to *Weiss* type cases, where at issue would be the delineation of the jurisdictional line between the Member States and the EU.

Of course, other alternative remedies could be envisaged, such as a type of pre-judicial dialogue Forum between the CJEU and the national constitutional and supreme courts, kind of **informal alert mechanism** analogue to the one that exists for national Parliaments on the subsidiarity principle. If adequately organised having regard to the judicial and constitutional nature of the matter, such mechanism could play a constructive role on a preventive basis, affording

the Court of Justice the possibility of hearing the voices of a representative number of constitutional and supreme courts before taking its decision on important and delicate constitutional issues, without weighing heavily on an already complex institutional machinery.

There is no urgent need, but I do not exclude that it might be worth reflecting on it in the future.

(Translated into English from the original Portuguese version and updated on June/July 2020)

1. Decision of 18.10.1967, and judgment of 29.5.1974, *BverfG* 37, para. 271 (known as *Solange I*), in *Europarecht*, 1975, pp 150 e fl., as well as judgment of 22.10.1986, *Solange II*, *BverfG* 73, para. 339. In substance, the *BverfG* held that as long as (“Solange”) the EU legal order did not dispose of a democratically elected parliament, with legislative and political control powers, as well as of a catalogue of fundamental rights guaranteeing German citizens, within the framework of Community law, an equivalent level of protection, the GCC would reserve itself the right to make its own control of the compatibility with the German Constitution of the rules of EC law. The evolution of the case-law of the Court of Justice allowed the GCC to conclude, appeased, in *Solange II*, that while the Court of Justice continued to ensure the adequate level of protection of rights, it would refrain from exercising its own constitutional control.
2. Judgment n. 183, *Frontini*, 27.12.1973, in *Foro Italiano*, 1974, I, col. 8 et seq., and judgment n. 170, *Granital*, in *Foro Italiano*, 1984, I, col. 2077 et seq. In these judgments, the Italian CC reserved for itself the possibility to reexamine the constitutionality of the law approving Italy’s participation in the Communities where the European legislation could be in breach of fundamental rights. Yet, the *Corte Costituzionale* stated that it did not want to use, in practice, such prerogative of control, as a tribute to the quality of the human rights jurisprudence of the Court of Justice and as long as the degree of protection of fundamental rights in the EU conformed with the parameters of the Italian Constitution (judgment of 21.4.1989, n. 232).
3. The landmarks of this jurisprudence are, in the initial “negation” period, cases *Stork v. High Authority ECSC*, 1/58, 4.2.1959, *Sgarlata v. Comission*, 40/64, 1.4.1965, and, in the “revision” period, cases *Stauder*, 29/69, 12.11.1969, *Internationales Handelsgesellschaft*, 11/70, 17.11.1970, *Nold*, 4/73, 14.5.1974, and, later, *Rutili*, 36/75, 28.10.1975, and *Hauer*, 44/79, 13.12.1979.
4. And included in international law instruments for the protection of human rights, notably the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
5. Proclaimed by the EP, the Council and the Commission at the occasion of the European Council of 7.12.2000 in Nice, as adapted at Strasbourg on 12.12.2007. The Charter was

CERIDAP

preceded by the adoption of various documents and European institutions declarations, namely the Joint Declaration of the EP, the Council and the Commission of 5.4.1977 - OJ C103/1, the Declaration of Rights and Fundamental Freedoms, of the EP - OJ C120/51, 12.4.1989, and the Charter of the Fundamental Social Rights of Workers (European Social Charter), adopted by the European Council of December 1989 in Strasbourg.

6. See Article 6(1) TEU. Protocol No. 30 attached to the Lisbon Treaty introduced restrictions to the application of the Charter in Poland and the UK.
7. When examining the constitutionality of the German law ratifying the Maastricht Treaty in 1992, the GCC, though accepting the primacy of Union law, held that it was dependent on the respect of the limits of the Treaty provisions approved by that law, in conformity with the principles of conferral, subsidiarity and proportionality.
8. By decision of 30.6.2009, the GCC examined the German law ratifying the Lisbon Treaty in the light of the German Constitution. It then required several modifications to the powers of control of the Federal Parliament and announced that it would intervene to prevent any manifest non-compliance with the limits of the powers conferred to the EU institutions, in case they acted “ultra-vires” or in breach of the essential core of the “constitutional identity” of the German Fundamental Law. It also pointed out that any progress in the European integration should keep within the limits of a Union of sovereign States and thus respect their economic, social and cultural identity in such a way that a possible transformation of the Federal Republic in a mere “Land” would require a constitutional change.
9. To use the expression of Advocate General Pedro Cruz Villalón, in case C-62/14, *Gauweiler*, par. 61, quoting Andreas Voskuhle, until very recently (6 May) the president of the *BVerfG*.
10. Judgments of 8.9.2015, *Taricco e.a.*, C-105/14, EU:C:2015:555, and of 5.12.2017, *M.A.S and M.B. (Taricco II)*, C-42/17, EU:C:2017:936.
11. Judgment of 16.6.2015, *Peter Gauweiler e.a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400.
12. Judgment of 11.12.2018, *Heinrich Weiss e.a.*, C-493/17, EU:C:2018:1000.
13. *H. Weiss*, C-493/17, para. 72, 73; *Gauweiler*, C-62/14, para. 67, 68.
14. As already noted by Jacques Ziller, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand*, available at <https://blogdroiteuropeen.com/> (in English: <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-pspp/>). On the same topic, in general, see also: Diana-Urania Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=Karlsruhe%2B%C3%BCber%2Balles%3F%2BIl%2Bragionamento%2Bsul%2Bprincipio%2Bdi%2Bproporzionalit%C3%A0%2Bnella%2Bpronunzia%2Bdel%2B5%2Bmaggio%2B2020%2Bdel%2BBVerfG%2Btedesco%2Be%2Ble%2Bsue%2Bconseguenze&content_auth=%

3Cb%3EDiana%2DUrania%2BGaletta%3C%2Fb%3E&Artid=42380 (in English: <https://ssrn.com/abstract=3598873> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3598873>; Miguel Poiares Maduro, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, at <https://verfassungsblog.de/some-preliminary-remarks-on-the-pspp-decision-of-the-german-constitutional-court/>; Inês Quadros, *O braço de ferro do Tribunal Constitucional alemão*, at jornaleconomico.sapo.pt.

15. See J. Ziller, cit.
16. *H. Weiss*, C-493/17, paras. 71-100.
17. See *H. Weiss*, C-493/17, paras. 101-158.
18. Surprisingly enough, while advocating a stricter judicial control of the limits of monetary policy and of the proportionality principle, the GCC claims that the «*distinction between economic policy and monetary policy is a fundamental political decision with implications beyond the individual case*» (Judgment of 5 May, paragraph 159).
19. On this issue, see Daniel Sarmiento, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, at <https://eulawlive.com/op-ed-an-infringement-action-against-germany-after-its-constitutional-courts-ruling-in-weiss-the-long-term-and-the-short-term-by-daniel-sarmiento>
20. Judgement of 4.10.2018, *Commission v. France (précompte immobilier)*, C-416/17, EU:C:2018:811.
21. *The EU Judiciary after Weiss – Proposing a new mixed chamber of the Court of Justice*, at <https://verfassungsblog.de/the-eu-judiciary-after-weiss/>

Note in merito alla nozione di conflitto di interessi procedimentale

Federico Gaffuri

L'art. 6 bis della legge n. 241/1990 disciplina il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo; detta norma, tuttavia, non fornisce una definizione di conflitto di interessi "procedimentale" e non delimita la natura dell'interesse che impone al funzionario agente l'obbligo di astensione. Nel presente studio si analizzano gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali formati in ordine alla predetta nozione in esame e si tenta di individuare il campo di applicazione dell'istituto.

[Notes on the notion of the procedural conflict of interest] Article 6bis of Law no. 241/1990 governs the conflict of interest in exercising administrative power; however, this legal rule does not provide a definition of "procedural conflict of interest" and it does not define the nature of the procedure requiring the public servant to abstain. The present study analyses the doctrinal and jurisprudential orientations formed with regard to the aforementioned notion and attempts to identify the application area of the institute.

1. L'art. 6 bis della legge n. 241/1990: origine, ratio e questioni interpretative sorte riguardo alla nozione di conflitto di interessi ivi delineata

L'art. 6-bis della legge n. 241/1990, avente ad oggetto il «*Conflitto di interessi*», prescrive che «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*».

In linea generale, il conflitto di interessi è la situazione in cui un interesse

secondario (privato e personale) di un soggetto agente interferisce, ovvero potrebbe tendenzialmente interferire, con l'interesse primario di un'altra parte (principale), verso cui la prima ha precisi doveri e responsabilità^[1].

Il precetto innanzi riferito è stato inserito nella legge generale sul procedimento amministrativo per effetto dell'art. 1, comma 41, della legge 6 novembre 2012, n. 190, contenente «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione dell'illegalità nella pubblica amministrazione*» (c.d. legge anticorruzione e nota anche come legge Severino)^[2]. Con la nuova norma introdotta è stata innanzitutto data attuazione nell'ordinamento nazionale all'art. 6 della Convenzione ONU adottata dall'Assemblea generale del predetto Organismo internazionale il 31 novembre 2003 (e meglio conosciuta come convenzione di Merida) e ratificata dall'Italia con legge n. 116/2009^[3]. L'art. 8, comma 5, di detta convenzione stabilisce che «*Ciascuno Stato Parte si adopera...al fine di attuare misure e sistemi che obblighino i pubblici ufficiali a dichiarare alle autorità competenti, in particolare, ogni loro attività esterna, impiego, investimento, bene e ogni dono o vantaggio sostanziale dal quale potrebbero risultare un conflitto di interessi con le loro funzioni di pubblico ufficiale*»^[4].

Con il menzionato art. 6-bis della legge n. 241/1990 sono state, inoltre, recepite le indicazioni e le raccomandazioni provenienti da altri importanti organismi internazionali, come il Consiglio di Europa, il quale si è espresso in materia^[5] attraverso il c.d. gruppo GRECO, costituito al suo interno, e l'OECD (ovvero l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), che ha predisposto apposite linee guida per la gestione del conflitto di interessi nei pubblici servizi^[6].

La citata legge 190/2012 costituisce il primo intervento normativo, organico e generale, avente la specifica funzione di contrastare i fenomeni corruttivi e, più in generale, i fenomeni di malcostume e malfunzionamento nella Pubblica Amministrazione (c.d. «*maladministration*»). Per il raggiungimento di tali obiettivi, il legislatore del 2012 ha stabilito una serie di meccanismi preventivi a tutela e difesa della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità dell'apparato pubblico; tra le diverse misure previste (piano di prevenzione, misure di trasparenza, garanzie per chi denuncia illeciti, *pantouflage*) è stata predisposta anche la disciplina del conflitto di interessi che poi è confluita nell'art. 6-bis della legge n. 241/1990^[7].

Tale ultima disciplina ha lo scopo primario e fondamentale di impedire un uso distorto dell'interesse pubblico o, comunque, il verificarsi di indebiti condizionamenti, distorsioni e sviamenti del potere amministrativo dai suoi fini istituzionali, dovuti a interessi egoistici e personali del funzionario agente^[8].

In particolare l'istituto accolto e regolato dal succitato art. 6-*bis* della legge generale sul procedimento amministrativo rappresenta uno strumento applicativo del principio di trasparenza, il quale assume una importanza fondamentale nell'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione^[9].

Il principio da ultimo ricordato, dapprima sancito dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, e poi assunto a regola di rilevanza costituzionale con il d.lgs. n. 150/2009 - che lo ha elevato a «*livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili*», ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. - è divenuto, con la legge n. 190 del 2012, anche la principale misura preventiva, ai fini della lotta alla corruzione, come si ricava dalla lettura combinata dei commi 15, 16, e 31 dell'art. 1 della legge in questione^[10]. Non a caso in quest'ultimo provvedimento normativo si rinvennero numerose disposizioni dirette a promuovere ed incentivare la pubblicità e la conoscibilità dell'organizzazione amministrativa e dell'attività svolta dai pubblici apparati^[11].

È, del resto, indubbio che il controllo sociale sull'esercizio delle funzioni pubbliche costituisce un forte incentivo a comportamenti corretti e virtuosi da parte degli organi preposti^[12].

Valorizzando i profili ora descritti della legge n. 190/2012, una parte della dottrina^[13] e della giurisprudenza^[14] che si è occupata del tema relativo al conflitto di interessi, è giunta ad affermare che l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 ha, per sua natura, una finalità essenzialmente organizzativa giacché - come si è testé sottolineato - essa è preordinata ad assicurare innanzitutto l'integrità del funzionario, ai sensi degli artt. 54 e 98 Cost.^[15], e, per tale via, la legalità ed il prestigio dell'apparato pubblico, nonché la fiducia del cittadino nel corretto esercizio del potere amministrativo^[16].

A sostegno di tale ricostruzione si può osservare che la predetta disposizione si riferisce «*ad ogni situazione di conflitto, anche potenziale*», in tal modo mostrando nitidamente la volontà del legislatore di impedire *ab origine* il verificarsi di situazioni di interferenza idonee, anche solo in astratto, a

compromettere l'immagine, l'imparzialità ed il buon andamento dell'apparato pubblico agente^[17]. Dalla medesima disposizione si può desumere, inoltre, che il conflitto di interessi è rilevante e comporta l'obbligo di astensione per il funzionario in posizione di conflitto anche nel caso in cui la situazione di incompatibilità segnalata od accertata d'ufficio non abbia determinato effettivi pregiudizi all'interesse primario perseguito né concreti vantaggi per il titolare dell'interesse inconciliabile con l'esercizio della funzione esercitata^[18]. In sostanza, la norma, di cui si discute, pone a carico del soggetto agente un obbligo di comportamento che prescinde dall'esito, dallo specifico risultato del procedimento^[19]: il legislatore ritiene chiaramente che anche il semplice sospetto di una possibile influenza sull'agire dell'amministrazione di interessi personali riconducibili ad organi coinvolti nella formazione della decisione autoritativa è idoneo a pregiudicare l'immagine della pubblica amministrazione, la credibilità della stessa e, in ultima analisi, l'affidamento dell'amministrato sul comportamento imparziale e corretto dei pubblici apparati^[20].

Secondo il regime positivo qui considerato hanno l'attitudine, almeno potenziale, ad incidere sull'attività amministrativa posta in essere e, come tali, devono essere assoggettati al dovere di astensione non solo gli interessi personali diretti, ma anche quelli indiretti; l'interesse individuale in conflitto può, inoltre, essere di qualsiasi natura, quindi non necessariamente di natura economica, ma anche di natura morale.

L'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 ha suscitato non poche critiche e perplessità da parte della dottrina^[21].

È stato sottolineato - non senza ragione - che tale precetto ha un contenuto generico e lacunoso^[22]: è agevole rilevare che la norma non fornisce una definizione di conflitto di interessi e non delimita la natura dell'interesse che impone al titolare l'obbligo di astensione^[23]. Questa indeterminatezza concettuale - è stato fatto notare^[24] - è destinata inevitabilmente a sollevare problemi interpretativi ed applicativi di non agevole soluzione.

L'enunciato legislativo, di cui si tratta, non detta, inoltre, alcuna disciplina relativa al procedimento d'accertamento ed eventuale contestazione della situazione di conflitto^[25]; in particolare non specifica quali siano gli effetti immediati che discendono dalla dichiarazione di astensione, non regola la necessaria fase di controllo sulla predetta dichiarazione, finalizzata a verificare

l'esistenza della ragione ostativa fatta valere dal funzionario, né contiene alcuna indicazione utile per individuare l'organo o l'autorità destinataria della comunicazione di astensione^[26]. Nella norma in esame non si fa, altresì, alcun accenno all'istituto della ricsuzione^[27].

Sotto altro profilo, il citato art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 omette completamente di considerare e circoscrivere i tempi dell' "incidente procedimentale" originato dalla presentazione dell'istanza di astensione o ricsuzione: la disposizione, infatti, non stabilisce alcun termine per la segnalazione della causa di incompatibilità e per la decisione sulla questione da parte del responsabile dell'ufficio^[28].

Il tenore del precetto non chiarisce neppure se dalla comunicazione della volontà di astenersi discenda l'automatica sospensione od interruzione del procedimento avviato^[29]. Nulla si prevede poi riguardo ai meccanismi sostitutivi da attivare, nel caso in cui sia riscontrata l'esistenza della posizione di conflitto denunciata dal funzionario agente o dalle parti coinvolte nel procedimento, attraverso l'istanza di ricsuzione^[30].

Non sono, infine, determinate le conseguenze che produce la violazione della regola posta dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 sul provvedimento finale^[31].

Per le suesposte ragioni, è diffuso il convincimento^[32] che la nuova norma, introdotta dalla legge n. 190/2012, abbia natura meramente programmatica e di indirizzo^[33] e sia, quindi, priva di una effettiva portata innovativa; c'è addirittura chi sostiene che l'inserimento della regolamentazione relativa al conflitto di interessi nel contesto della legge n. 241/1990 costituisca una forzatura^[34] e chi^[35] ritiene che l'estrema indeterminatezza del disposto normativo, di cui si discetta, sia sintomatica della crisi, ormai da tempo in atto, del principio di legalità.

Nel presente scritto si intende, in particolare, verificare la fondatezza dell'indirizzo interpretativo da ultimo riportato, propenso a sminuire la portata del precetto in esame; al tal fine, si procederà, nella successiva trattazione ad esaminare, più approfonditamente, la nozione di conflitto di interessi emergente dalla disposizione, di cui si discute.

2. Il quadro normativo di riferimento

Se ci si sofferma ad esaminare gli ordinamenti sovranazionali e nazionali che

hanno sottoposto ad una apposita disciplina positiva le situazioni di conflitto di interessi che intervengono nell'esercizio delle funzioni pubbliche, ci si avvede facilmente che vi è la propensione a non indicare puntualmente ed in modo esaustivo le singole ipotesi che ricadono nell'ambito di applicazione della normativa all'uopo dettata^[36]: così, ad esempio, l'art. 57, par. 2, del regolamento finanziario per la redazione del bilancio generale dell'Unione Europea (regolamento Ue n. 966/2012) prescrive che «...*esiste un conflitto di interessi quando l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente finanziario o di un'altra persona di cui al paragrafo 1, è compromesso da motivi familiari, affettivi, da affinità politica o nazionale, da interesse economico o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario*»^[37].

Da quest'ultima norma europea, come da molte altre norme nazionali e sovranazionali aventi il medesimo oggetto, si desume chiaramente l'intenzione del legislatore di non stabilire un *numerus clausus* né di individuare a priori la tipologia dei casi, in cui è possibile configurare una interferenza, anche solo astratta e teorica, tra la sfera istituzionale e la sfera personale del funzionario pubblico; lo scopo è evidentemente quello di non cristallizzare le fattispecie rilevanti, escludendo così dall'ambito di operatività del regime predisposto altre ipotesi non codificate ma aventi ugualmente l'attitudine ad incidere sulla serenità di giudizio degli organi agenti.

Tale scelta legislativa appare comprensibile, posto che gli stati soggettivi potenzialmente in grado di influire sull'imparzialità dell'attività amministrativa sono molteplici, difficilmente enucleabili a priori e, al pari dei traffici giuridici e delle relazioni intersoggettive, in continua evoluzione.

Non si può, tuttavia, sottacere che la mancata predeterminazione delle cause di astensione per conflitto di interessi è foriera di oggettivi problemi interpretativi e di difficoltà applicative per gli operatori giuridici chiamati a dare attuazione alla norma. Il contenuto generico della previsione positiva comporta, altresì, inevitabilmente che al giudice sia attribuito un ruolo suppletivo e, dunque, una discrezionalità molto estesa nella valutazione dei singoli casi concreti: un simile ampiezza dei poteri giurisdizionali non giova, tuttavia, alla certezza del diritto, in quanto può dar luogo facilmente a pronunciamenti contraddittori e trattamenti differenziati di posizioni giuridiche identiche.

Come si è già notato, la regolamentazione in materia, introdotta dall'art. 6-*bis*

della legge n. 241/1990, non si discosta dalla tendenza generale innanzi descritta, giacché in essa è prospettata una nozione sommaria e sostanzialmente atipica di conflitto di interessi.

Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto dall'indirizzo dogmatico pocanzi richiamato, tale nozione non appare assolutamente vaga ed incerta e, quindi, priva di una effettiva portata cogente.

Infatti, le carenze definitorie, rinvenibili nel testo della disposizione in esame, sono state, almeno in buona parte, colmate da norme di rango secondario - *in primis* il d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62, contenente il «*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*»^[38] - emanate successivamente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012 ed aventi la funzione di integrare e rendere operativa la disciplina del conflitto di interessi "procedimentale", delineata in via legislativa.

Innanzitutto gli artt. 5 e 6 del regolamento da ultimo menzionato indicano puntualmente le posizioni e le relazioni personali che sono sottoposte agli obblighi di segnalazione preventiva, cui l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 fa solo un accenno fugace e confuso^[39].

Inoltre, l'art. 7 del medesimo regolamento, riguardante l' «*Obbligo di astensione*», statuisce che «*Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero, di enti, associazioni, anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente*». La disposizione riportata contiene poi, nel penultimo periodo, una *clausola di chiusura*: *ivi si stabilisce che "Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza"*. Nell'ultimo periodo della norma, si specifica, altresì, che «*Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza*».

Come l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, anche i precetti dettati nel d.p.r. n. 62/2013 accolgono una nozione "aperta" e sostanzialmente atipica di conflitto di interessi: ciò nondimeno le disposizioni regolamentari innanzi riferite enucleano,

senza dubbio, in modo più nitido e specifico rispetto alla norma di rango primario attuata, le situazioni di conflitto che impongono l'obbligo di astensione del dipendente: le ipotesi di incompatibilità, indicate nei citati artt. 6, comma 2, e 7 del d.p.r. n. 62/2013, ricalcano del resto, in larga misura, l'elencazione, contenuta nell'art. 51 c.p.c., dei casi che conducono all'astensione obbligatoria o facoltativa del giudice civile.

Ulteriori indicazioni utili per la ricostruzione dei contorni generali dell'istituto regolato dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 sono desumibili dai provvedimenti di *soft law* emanati dall'Autorità nazionale anticorruzione, segnatamente dalle Linee guida dettate dalla predetta Autorità, al fine di agevolare l'adozione dei codici di comportamento da parte delle singole amministrazioni^[40].

L'Anac mostra di intendere il conflitto di interessi in una accezione molto ampia, giacché, nei suoi atti di indirizzo, raccomanda generalmente alle amministrazioni, cui si rivolge, di imporre ai propri dipendenti l'obbligo di astensione anche nel caso in cui sia rinvenibile una causa di incompatibilità solo apparente, «*ovvero che può essere percepita come tale dall'esterno*» (così si prescrive, ad esempio, nell'art. 6 delle «*Linee guida per l'adozione dei Codici di comportamento negli enti del Servizio Sanitario Nazionale*», definite dall'Anac con delibera 29 marzo 2017, n. 358).

Si rammenta che l'ipotesi di conflitto di interessi "apparente" ricorre quando una persona esterna all'amministrazione è indotta a supporre - ragionevolmente, seppur erroneamente - che l'interesse primario del soggetto decisore sia messo in pericolo da determinate situazioni personali riferibili a funzionari pubblici che intervengono nell'*iter* di formazione della decisione^[41].

Per l'indirizzo interpretativo sopra richiamato, condiviso anche da una parte della dottrina^[42], nella formula «*ogni situazione di conflitto*», contenuta nell'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, rientrerebbe necessariamente anche l'ipotesi da ultimo descritta^[43].

Tale inclusione, peraltro, desta perplessità, in quanto appare eccessiva e, per molti aspetti, controproducente sia per la pubblica amministrazione, che per i destinatari della sua azione.

In effetti, la sussunzione nella categoria delle situazioni personali incompatibili con l'esercizio del potere delle situazioni di conflitto meramente esteriori è una soluzione normativa (*rectius* interpretativa, considerata l'assenza di qualsiasi

riferimento nell'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 alla forma di conflitto, di cui si discute) potenzialmente idonea a produrre effetti negativi sulla continuità, sull'efficacia e sull'economicità dell'azione amministrativa^[44]. Attribuendo rilevanza anche al conflitto meramente apparente, vi è, infatti, il concreto rischio di rendere oltremodo difficile l'espletamento delle funzioni amministrative, se non addirittura di provocarne una sostanziale paralisi. L'estensione dell'obbligo di astensione alla fattispecie ora considerata potrebbe, inoltre, determinare una pericolosa, quanto pregiudizievole "fuga dalle responsabilità" connesse al ruolo istituzionale svolto, da parte degli organi preposti alla cura degli interessi pubblici affidati all'amministrazione.

Si deve aggiungere poi che è quantomeno incerta la conformità dell'opzione ermeneutica qui posta in discussione con i principi generali di matrice europea, in particolare con il principio di proporzionalità^[45], la cui diretta attinenza con il tema trattato è esplicitamente attestata, tra l'altro, dall'art. 35 della Direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 23, in materia di concessioni di servizi^[46].

Si rammenta che, in ossequio a quest'ultimo principio, le misure restrittive, conformative e regolative adottate dal legislatore o dall'amministrazione pubblica devono essere contenute nei limiti dello stretto necessario per il raggiungimento del fine prefissato^[47].

Nel caso in questione, la misura rappresentata dall'obbligo di astensione risulta oggettivamente sproporzionata rispetto alla *ratio* fondamentale dell'istituto, consistente - come noto - nella tutela dell'imparzialità e della trasparenza delle scelte amministrative; a tal fine, appare adeguato e sufficiente un semplice intervento chiarificatore dell'autorità agente, che abbia ricevuto una segnalazione riguardante un conflitto di interessi solo apparente, volto a dissipare ogni dubbio in merito alla posizione (non incompatibile) rivestita dell'organo sospettato di parzialità.

Per tutte le suesposte ragioni, sembra preferibile richiamarsi al principio secondo cui *ubi lex voluit dixit* e ritenere, pertanto, esclusa dalla sfera applicativa della norma sul conflitto di interessi la specifica ipotesi di cui si discorre^[48].

3. Gli orientamenti giurisprudenziali formati più di

recente in ordine alla nozione in esame; osservazioni conclusive

Dalla giurisprudenza che si è sinora formata in merito al regime predisposto dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990 non si desumono contributi significativi per la ricostruzione dei caratteri generali dell'istituto delineato da tale norma.

I Giudici amministrativi, che si sono occupati del tema, si sono normalmente concentrati sui singoli casi concreti sottoposti al loro scrutinio, senza svolgere indagini particolarmente approfondite sui connotati fondamentali della figura.

Riguardo agli aspetti più squisitamente teorico-sistematici della fattispecie considerata, la giurisprudenza è, infatti, solita affermare, in modo tralatizio, che *«in materia di conflitto di interessi può farsi tuttora applicazione, in quanto non contraddetto dalla disciplina attualmente vigente, del costante orientamento giurisprudenziale, per cui le situazioni di conflitto di interessi, nell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite. Per l'effetto, al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve comunque ritenersi rilevante a tal fine»*^[49].

Vi è stato, tuttavia, un recente pronunciamento del Consiglio di Stato, che offre spunti certamente più importanti ed utili di quelli innanzi richiamati per definire i lineamenti ontologici e funzionali del conflitto di interessi "procedimentale": ci si riferisce al già citato parere 5 marzo 2019, n. 667, che il predetto Giudice è stato chiamato ad esprimere sullo schema delle Linee Guida Anac in tema di conflitto di interessi nelle procedure di gara (tali Linee guida - si ricorda - sono state successivamente adottate dall'Autorità anticorruzione con la delibera n. 494/2019, parimenti menzionata in precedenza).

In quest'ultimo parere il supremo Organo della Giustizia amministrativa osserva preliminarmente che, da un punto di vista logico-giuridico (oltre che lessicale), la situazione di conflitto, prefigurata dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, riguarda propriamente gli interessi, *«vale a dire la tensione verso un bene giuridico che soddisfi un bisogno»*; la relativa disciplina attiene, quindi, *«non a comportamenti*

ma a stati della persona».

Il conflitto di interessi non consiste, dunque, in una condotta dannosa per l'interesse pubblico, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale può scaturire il rischio che siano posti in essere comportamenti pregiudizievoli per l'amministrazione. Di conseguenza, per la configurabilità dell'obbligo di astensione prescritto dalla disposizione da ultimo indicata, è sufficiente che il funzionario pubblico abbia «...l'opportunità di anteporre i propri interessi privati ai propri interessi professionali.....indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio»^[50].

Secondo il Consiglio di Stato, la rilevanza *in subiecta materia* del semplice "pericolo di interferenza" tra la sfera istituzionale e la sfera personale del dipendente pubblico discende direttamente dal principio d'imparzialità dell'azione amministrativa, espresso dall'art. 97 Cost., anche «*sub specie del principio 'della moglie di Cesare' che deve non solo essere onesta, ma anche apparire onesta*».

Una volta chiariti i profili generali e la *ratio* dell'istituto regolato dall'art. 6-bis della legge n. 241/1990, il Consiglio di Stato si sofferma, nel parere n. 667/2019, ad analizzare la previsione, contenuta nella disposizione esaminata, secondo la quale l'obbligo di astensione sussiste anche nel caso in cui sia ravvisabile un "conflitto potenziale".

Sul punto il supremo Organo della Giustizia amministrativa fa notare - non senza ragione - che l'espressione "conflitto potenziale", utilizzata nel precetto, costituisce una mera tautologia, posto che - come si è pocanzi evidenziato - «*il conflitto di interessi è, di per sé, una situazione di pericolo e qualunque pericolo è, per sua natura, una potenza e non un atto*».

Ciò premesso, il Consiglio di Stato - al fine di attribuire un significato effettivo e concreto alla suindicata previsione normativa - teorizza che, con essa, il legislatore abbia voluto, in realtà, estendere il regime dettato alle ipotesi di conflitto non tipizzate - ovvero a quelle ipotesi di conflitto diverse da quelle conclamate, palesi e, soprattutto, codificate (quali i rapporti di parentela o di coniugio e le altre posizioni personali puntualmente elencate dall'art. 7 del d.p.r. n. 62/ del 2013) - che siano comunque idonee a determinare il rischio di condizionamenti dell'interesse privato sulle scelte pubbliche. Tali ipotesi, non definite dalle legge, ma qualificate teleologicamente, sono sostanzialmente identificabili - ad avviso

dell'Organo giurisdizionale che ha reso il parere qui riportato - con le "gravi ragioni di convenienza", contemplate dall'art. 7, ultimo periodo, del d.p.r. n. 62 del 2013, e dall'art. 51 c.p.c..

In particolare, il Consiglio di Stato sostiene che alle situazioni di " conflitto potenziale", cui si riferisce l'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, siano riconducibili, in primo luogo, quegli stati personali che, pur non rientrando nei casi espressamente contemplati, sono, per loro natura, destinati in futuro ad evolversi in una delle fattispecie stabilite dalla legge (ad esempio, un fidanzamento che può dar luogo ad un matrimonio e, quindi, ad un rapporto di coniugio). Per il medesimo Giudice, nella categoria dei " conflitti potenziali" sarebbero, inoltre, annoverabili le posizioni e le relazioni soggettive - astrattamente inquadrabili in una della ipotesi di conflitto tipizzate - che, seppur passate, esaurite o non più attuali, siano comunque in grado di influire ancora sull'operato del funzionario e di provocare interferenze indebite nell'attività amministrativa. Si pensi ad una pregressa frequentazione abituale (ad esempio, un vecchio compagno di scuola) che ben potrebbe risorgere (da qui la potenzialità) o, in ogni caso, sollevare dubbi di parzialità (da qui, le gravi ragioni di convenienza).

Per l'opinione giurisprudenziale qui analizzata, entrambe le situazioni innanzi descritte, sia quelle che tendono ad evolversi *de futuro* verso ipotesi di conflitto positivamente definite sia quelle che favoriscono *de praeterito* il conflitto, costituiscono, al contempo, declinazioni delle "gravi ragioni di convenienza", richiamate dagli artt. 7 del del d.p.r. n. 62 del 2013 e 51 c.p.c. e del "potenziale conflitto", evocato nell'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990.

Nel parere in esame il Consiglio di Stato giunge, quindi, alla conclusione che «*la qualificazione 'potenziale' e le 'gravi ragioni di convenienza' sono espressioni equivalenti, perché teleologicamente preordinate a contemplare i tipi di rapporto destinati, secondo l'id quod plerumque accidit, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto per la loro identità o prossimità alle situazioni tipizzate*»,

L'indirizzo interpretativo sopra illustrato appare condivisibile, almeno in linea di principio: indubbiamente la disciplina sul conflitto di interessi "procedimentale" è finalizzata a prevenire l'insorgenza di situazioni capaci di compromettere, anche solo in via teorica ed astratta, l'imparzialità amministrativa; per queste ragioni la disciplina, di cui si discute, non richiede né presuppone, ai fini della configurabilità dell'obbligo di astensione, che sia accertata una concreta e

specifica attitudine dell'interesse privato sospettato d'incompatibilità a determinare puntuali pregiudizi per l'autorità agente ed apprezzabili vantaggi per il soggetto portatore dell'interesse.

Del resto, anche quando la situazione di incompatibilità è certa e conclamata (si pensi, ad esempio, al caso in cui la determinazione da adottare influisca direttamente sul godimento di un bene appartenente all'organo cui spetta il compito di provvedere) non è detto che tale situazione incida effettivamente sulla decisione finale (può accadere, infatti, che il funzionario titolare della posizione coinvolta non si faccia condizionare dal suo interesse personale e agisca correttamente).

Come giustamente ha osservato il Consiglio di Stato nel parere in precedenza richiamato *«l'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti»*: il regime introdotto dall'art.6-bis della legge n. 241/1990 si occupa, in particolare, del primo aspetto.

L'obbligo di astensione, dettato dal predetto regime, opera, quindi, in tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una situazione personale, di fatto o giuridica, che - secondo un giudizio prognostico fondato *sull'id quod plerumque accidit* - può ingenerare un rischio, anche solo potenziale, di distorsioni, sviamenti ed ingerenze nell'esercizio del potere, determinati da interessi attinenti alla sfera privata dell'organo agente.

Certamente possiedono una simile attitudine tutte quelle situazione che, pur non tipizzate, sono comunque strettamente collegate a quelle espressamente previste dalla legge, in quanto analoghe, strumentali, propedeutiche o consequenziali rispetto a queste ultime.

In definitiva, con la novella introdotta nella legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 190/2012, il legislatore ha voluto evitare che potesse sorgere negli amministratori il semplice sospetto di una eventuale influenza sull'agire dell'autorità procedente di interessi personali riferibili a organi coinvolti nella formazione della decisione autoritativa. Tale situazione di pericolo è giudicata infatti, di per sé, capace di minare, oltre che l'imparzialità, anche l'immagine della pubblica amministrazione, la credibilità della stessa e, in ultima analisi, l'affidamento dei cittadini sul comportamento imparziale dei pubblici apparati. Per questi motivi la norma, di cui si discetta, ha generalizzato il dovere di astensione, imponendolo anche per i motivi meno gravi (ovvero per le ipotesi di

conflitto meramente teorico, indiretto o addirittura solo apparente): in detti ultimi casi, tuttavia - in ossequio al principio di proporzionalità e in un'ottica di bilanciamento delle diverse esigenze che deve soddisfare la funzione amministrativa - sarebbe stata adeguata e sufficiente ad assicurare la trasparenza, l'integrità del dipendente pubblico e la correttezza del suo operato la previsione di un obbligo di segnalazione preventiva e della facoltà, per l'organo interessato, di astenersi per ragioni di convenienza, così come stabilisce l'art. 51, comma 2, c.p.c..

1. Cfr. S.A. Frego Luppi, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, 684, nota 38; E. De Carlo, *Conflitti di interessi nelle organizzazioni produttive*, in *Rivista di Politica Economica*, luglio sett. 2010/2011, 1 ss.. In particolare l'OECD (ovvero l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), nelle Linee guida aventi ad oggetto *Managing Conflict of Interest in the Public Service* (p. 10), in aderenza alla nozione generale riportata nel testo, dà la seguente definizione del conflitto di interessi nell'amministrazione pubblica: «*a conflict between the public duty and private interests of public officials have private-capacity interests wich could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities*».
2. Per approfondimenti sulla legge anticorruzione si rinvia a B.G. Mattarella - M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*; M. Clarich - B.G. Mattarella, *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, *ivi*, 64 ss.; B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 123 ss.; F. Merloni, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 349 ss.. Sul tema generale della corruzione nelle pubbliche amministrazioni si veda F. Manganaro, *La corruzione in Italia* in *Foro amm.*, 2014, 1861 ss.; M. Del Signore - M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ss., e, prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, F. Merloni - L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Astrid, Firenze, 2010, *passim*.
3. Così prevede l'art. 1, comma 1, della legge n. 190/2012.
4. In argomento si rimanda a V. Quintiliani, *L'astensione come strumento di prevenzione del conflitto di interessi*, in *www.lexitalia.it*, spec. 5 ss..
5. Si veda sul punto la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 10/2000 relativa ai Codici di comportamento dei funzionari pubblici.
6. Si fa riferimento, in particolare, alle Linee guida OECD, *Managing Conflict of Interest in the Public Service*, già citata nella precedente nota 1; sul punto si veda pure *Guidelines and Country experiences*, Pubblicazioni OECD, Parigi, 2004. Per ulteriori approfondimenti in argomento si rinvia a S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 671 ss., spec. 674-676. Per un

- confronto tra la regolamentazione nazionale relativa al conflitto di interessi e quella vigente in altri Stati dell'Unione europea ed extracomunitari si rimanda a M. Argentati, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 953 ss.; C. Marchetta, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi. La legge 20 luglio 2004, n. 215. Orientamenti applicativi, criticità e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2013, 52 ss.; B. Auby, E. Breen, T. Perroud, *Corruption and conflicts of interest: a comparative law approach*, in EEP pubblicazioni, Parigi, 2014, *passim*; Y. Meny, *De la confusion des interets*, in *Pouvoirs*, 2013, spec. 14 ss..
7. In generale, sul tema del conflitto di interessi si vedano, tra gli altri, G. Colaviti, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza e imparzialità*, in *Nomos*, 2002, 67 ss.; A. Pertici, *Il conflitto di interessi*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*; S. Cassese, *Conflitti di interessi: il fiume di Eraclito*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 235 ss.; E. Veltri - F. Paola, *Il governo dei conflitti*, Giuffrè, Milano 2006, *passim*; M. Catricalà, *La disciplina del conflitto di interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. amm.*, 2011, 381 ss.; C. Marchetta, *ult. op. cit.*, *passim*; M.R. Spasiano, *Conflitto di interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove autonomie*, 2013, 45 ss.; A. Lalli, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 155 ss.; E. Lubrano, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*. Sia, inoltre, consentito rinviare a F. Gaffuri, *Il conflitto di interessi nell'esercizio del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*.
 8. Cfr. S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 671-672; G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, 33 ss..
 9. Sul principio di trasparenza la letteratura è estesa. Senza alcuna pretesa di esaustività si segnalano qui di seguito alcuni contributi dottrinali per eventuali approfondimenti sull'argomento: R. Villata, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 528 ss.; R. Marrama, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, *ivi*, 1989, 416 ss.; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1994, 101 ss.; F. Trimarchi Banfi, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001, 343 ss.; G. Arena, *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2004, *passim*; F. Merloni, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in F. Merloni, G. Arena, G. Corso, G. Giardini, C. Marzuoli (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, *passim*; M.R. Spasiano, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice della azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, 118 ss.; M. Occhiena, *I principi di pubblicità e trasparenza*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *I principi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 141 ss.; M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 795 ss.; A. Simonati, *La trasparenza amministrativa ed il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, 749; D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della*

pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013, in www.federalismi.it; S. Vaccari, L'evoluzione del rapporto tra la Pubblica Amministrazione e le persone nel prisma dello sviluppo della "trasparenza amministrativa", in www.jus.vitapensiero.it.

10. In tal senso M. Lucca *Estensione del conflitto di interessi e codice di comportamento*, in www.lexitalia.it.
11. Sul punto si rinvia a G. Iudica, *ult. op. cit.*, 41-42; S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 676. In particolare l'art. 1, comma 15, della legge ora citata nel testo pone in rilievo che la trasparenza amministrativa costituisce un livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti politici e sociali, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.. Tale livello essenziale è, tra l'altro, garantito dalla medesima legge n. 190/2012 attraverso la pubblicazione, nei siti *web* delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti i procedimenti amministrativi. In sostanza, secondo la norma ora citata, tutte le informazioni aventi rilievo ed incidenza sull'attività amministrativa più esposta al rischio di corruzione - quale è, per l'appunto, l'attività procedimentale - devono essere, almeno in linea di principio, essere rese pubbliche ed accessibili ai cittadini: in tal senso G. Iudica, *ult. op. cit.*, 41-42; F. Di Cristina, *I piani per la prevenzione della corruzione*, in B. G. Mattarella - M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, cit., 102.
12. Così S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 673. Si ricorda che, nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (contenente il «*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*»), la trasparenza è definita come «*accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*».
13. Cfr. F. Siciliano, *Conflitto di interessi e arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, L. n. 241/1990*, Giuffrè, Milano, 2018, passim, spec. 34 e 127; anche G. Iudica, *ult. op. cit.*, 34, pur ritenendo non decisiva, ai fini della qualificazione dell'art. 6-*bis* come norma d'organizzazione, la sua collocazione nel Capo II della legge n. 241/1990, dedicata al Responsabile del procedimento, giunge, tuttavia, alla conclusione che «*l'art. 6-bis, come le norme contenute nei codici disciplinari, è una norma d'indirizzo, cioè una norma che vuole indirizzare il dipendente pubblico ad un condotta integra, che suscita fiducia nei cittadini. L'illegittimità procedimentale è solo una conseguenza, ma non è l'oggetto principale della norma, per cui la misura d'annullamento è solo eventuale e collegata agli effetti del provvedimento, cioè una disparità di trattamento*» (così in *ult. op. cit.*, 71). L'Autore ora richiamato rileva poi (in *ult. op.cit.*, 96) che «*L'art. 6-bis è norma che legittima il dipendente pubblico: mediante l'adempimento del suo dovere d'integrità si ottiene il consenso e la fiducia da parte dei cittadini nei confronti dell'amministrazione. In sostanza si tratta di una norma di ordine pubblico che tutela un interesse di carattere superiore rispetto ai meri adempimenti procedimentali*». L'orientamento dottrinale ora segnalato si pone in linea di continuità con l'indirizzo interpretativo tradizionale propenso

- a rinvenire il fondamento giuridico dell'obbligo di astensione ricadente sul funzionario pubblico in conflitto di interessi nell'art. 97 Cost., inteso come norma attinente, primariamente e direttamente, ai profili organizzativi dell'amministrazione pubblica: in tal senso si veda M. Nigro, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, in *Foro it.*, 1953, 74 ss.; Id., *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, 67 ss. A. Savagnone, *Le incompatibilità amministrative*, Giuffrè, Milano, 1909, 59 ss.; V. Caianiello, *Astensione e ricasazione*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, *ad vocem*, spec. 1. In particolare secondo G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968, *passim*, spec. 56 ss., l'art. 97 Cost. è una norma attinente esclusivamente all'organizzazione amministrativa.
14. Si veda Cons. St., sez. V, sentenza 5 novembre 2014, n. 5465, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si rileva che «l'astensione è espressione del principio generale di imparzialità e di trasparenza al quale ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione»; Id., 11 luglio 2017, n. 3415, in *www.lexitalia.it*, in cui si osserva che «...ogni P.A. deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost., tanto che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della P.A., ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo». In epoca antecedente all'entrata in vigore della legge n. 190/2012, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 13 giugno 1958, n. 6, in *Cons. Stato*, 1958, I, 536, aveva affermato che le norme in materia di incompatibilità, previste dall'ordinamento pubblicistico, sono dettate primariamente e specificamente a tutela dell'amministrazione, che deve rispettare il principio di imparzialità.
 15. Cfr. F. Siciliano, *ult. op.cit.*, 34.
 16. Sul punto si rinvia ancora alla dottrina e alla giurisprudenza citate, rispettivamente, nelle precedenti note 13 e 14.
 17. Anche nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 25 gennaio 2013, n. 1, avente ad oggetto «Legge n. 190 del 2012 – Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» (p. 10) è sottolineata l'attitudine del conflitto di interessi, anche solo potenziale, a pregiudicare la corretta gestione dei beni e delle risorse pubbliche, comprimendo il buon andamento dell'agire pubblico e l'immagine della complessiva organizzazione amministrativa.
 18. Per approfondimenti sul punto si rinvia a S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 685 ss.; V. Quintiliani, *L'astensione come strumento di prevenzione del conflitto di interessi*, cit., 2-4. Sul punto si rimanda, altresì, a Cons. St., sez. V, sentenza 11 luglio 2017, n. 3415, cit..
 19. Sul concetto di "amministrazione di risultato" si rinvia a L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza in diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579 ss.; Id., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; Id., *Prevenzione e risultato nella*

- pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss..
20. Sottolinea, infatti, S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 673, che la legge n. 190/2012 è finalizzata a promuovere e valorizzare, oltre che la trasparenza nella pubblica amministrazione, anche l'integrità del pubblico funzionario: tale ultimo obiettivo fondamentale - oltre ad essere espressamente richiamato dai commi 2 e 17, del citato art. 1 della legge in esame - è, altresì, previsto dall'art. 3, comma 2, del d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62 (contenente il «*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*»): quest'ultima norma dispone, in particolare, che «*Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione d'indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi*». Già prima della legge n. 190/2012, il d.lgs. n. 150/2009 (c.d. legge Brunetta), all'art. 11, comma 2, lett. b), aveva imposto alle pubbliche amministrazioni l'obbligo di predisporre appositi programmi per la trasparenza e l'integrità, al fine di assicurare la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità nell'ambito dell'organizzazione interna.
21. Si veda sul punto G. Iudica, *ult. op. cit.*, 39-47; S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 683 ss.; F. Siciliano, *ult. op. cit.*, spec. 36-38, 82-89 e 228: in particolare, per quest'ultimo Autore, *ult. op. cit.*, 180, «*l'assetto programmatico, generico e gravemente indeterminato*» della norma in esame «*finisce solo per complicare le cose*», essendo privo il precetto di qualsiasi utilità sotto il profilo giuridico. Si rimanda, inoltre, a A. Marra, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018, 152, il quale osserva che l'art. 6-bis della legge n. 241/1990 «*non fa distinzione, quanto ai rimedi applicabili, tra conflitto potenziale e conflitto attuale nel senso che in entrambi i casi il funzionario avrebbe sia l'obbligo di astenersi sia l'obbligo di segnalare. Tale disciplina, tuttavia, alla luce delle difficoltà...circa la definizione di conflitto di interessi potenziale e la riconoscibilità dello stesso da parte del funzionario, risulta largamente insoddisfacente sul piano applicativo in quanto, estendendo eccessivamente l'area del conflitto di interessi, rischia di determinare una paralisi dell'azione amministrativa*». Critiche alla norma in questione sono espresse, altresì, da F. Merloni, *La legge anticorruzione e le garanzie dell'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici*, in F. Cingari (a cura di), *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University press, Firenze, 2013, 7 ss.. Sulla disposizione in esame si veda, altresì, G. Fonderico, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in B.G. Mattarella - M. Pelissero, *La legge anticorruzione*, cit., 671 ss.; E. Lubrano, *ult. op. cit.*, spec. 139 ss.. Sia, inoltre, consentito rinviare ancora a F. Gaffuri, *ult. op. cit.*, spec. 67 ss..
22. Al riguardo si rinvia alla dottrina, alle opere ed ai luoghi indicati nella nota precedente. In particolare S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 683-684, osserva, riguardo alla norma di cui si discute, che «*si tratta invero di disposizione alquanto scarna, che porta all'estremo le pur condivisibili esigenze di sintesi normativa e che lascia spazi ampi all'interpretazione*»; la dottrina ora richiamata sottolinea, tuttavia che la medesima norma ha «*il merito di attribuire carattere di generalità all'istituto de quo e di colmare una lacuna all'interno della legge che disciplina in via generale la funzione amministrativa e che richiama all'art. 1, tra i suoi principi ispiratori, l'imparzialità e l'efficacia*» (così in *ult. op. e loc. cit.*).

23. Cfr. S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 684; F. Siciliano, *ult. op. cit.*, 89.
24. Così F. Siciliano, *ult. op. cit.*, 90.
25. In tal senso G. Iudica, *ult. op. cit.*, 39.
26. *Ibidem.*
27. *Ibidem.*
28. *Ibidem*, 45.
29. *Ibidem.*
30. *Ibidem.*
31. L'art. 6-bis della legge 241/1990 non si preoccupa, infatti, di qualificare in termini di validità o invalidità i singoli atti posti in essere dal funzionario in posizione di conflitto di interessi: così F. Siciliano, *ult. op. cit.*, 183. Gli aspetti critici, ora indicati nel testo, della disposizione in esame saranno oggetto di specifica analisi nel paragrafo 5 del capitolo terzo, cui si rinvia per eventuali approfondimenti.
32. Cfr. F. Siciliano, *ult. op. cit.*, 37; G. Iudica, *ult. op. cit.*, 71.
33. In particolare G. Iudica, *ult. op. e loc. cit.*, osserva che «...anche l'art. 6-bis...è una norma d'indirizzo, cioè una norma che vuole indirizzare il dipendente pubblico ad una condotta integra, che susciti fiducia nei cittadini. L'illegittimità procedimentale è solo una conseguenza, ma non è l'oggetto principale della norma, per cui la misura d'annullamento è solo eventuale e collegata agli effetti del provvedimento, cioè ad una disparità di trattamento».
34. Così F. Siciliano, *ult. op. cit.*, 36-37 e 180, secondo cui «...difettano argomenti sistematici solidi a fondamento della scelta di inserire la disciplina del conflitto di interessi monosoggettivo nella legge n. 241/1990...» (cfr. *ult. op., cit.*, 36); anche M. Clarich - B.G. Mattarella, *ult. op. cit.*, 66, esprimono critiche e riserve riguardo alle «*intromissioni*» della legge n. 190/2012 nella disciplina della legge n. 241/1990 relativa all'organizzazione e alle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, giacché - secondo gli Autori ora richiamati - tali aspetti dell'amministrazione pubblica in senso oggettivo esulano, a stretto rigore, dagli obiettivi fondamentali della stessa legge n. 190/2012.
35. Cfr. G. Iudica, *ult. op. cit.*, 153; in particolare, secondo l'Autore, «*Sul piano sistematico il conflitto di interessi è cartina tornasole per capire meglio la crisi del principio di legalità. Vi è obiettiva difficoltà di "tipizzare" determinati comportamenti mediante norme di rango primario e ulteriori norme subordinate (quali codici disciplinari)*»: così in *ult. op. e loc. cit.*.
36. Per approfondimenti sul punto si rinvia alla dottrina indicata nelle precedenti note 1 e 6.
37. Riguardo alla norma europea ora richiamata nel testo il Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, nel parere n. 667, reso il 5 marzo 2019 (e consultabile in *Foro amm.*, II, 2019, 3, 475) in merito allo schema delle Linee Guida Anac in tema di conflitto di interessi nelle procedure di gara, ha avuto modo di osservare che «*la definizione di cui al regolamento della UE è talmente generale e generica da ricomprendere, praticamente, qualsiasi rapporto umano che non sia puramente occasionale, e dunque si pone al di fuori della nostra tradizione giuridica che richiede una precisa individuazione dei casi di conflitto*».

38. Si rammenta che il regolamento ora richiamato è stato adottato in attuazione dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come sostituito dall'art. 1, comma 44, della legge 6 novembre 2012, n. 190: quest'ultima norma prescrive che ogni pubblica amministrazione deve dotarsi di un codice di comportamento per i dipendenti *«al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico»*.
39. Si ricorda che l'art. 5 del regolamento in esame richiede che il dipendente comunichi *«tempestivamente»* al responsabile dell'ufficio di appartenenza la propria adesione ad associazioni od organizzazioni, *«a prescindere dal loro carattere riservato o meno, i cui ambiti di interessi possano interferire con lo svolgimento dell'attività dell'ufficio. Il presente comma non si applica all'adesione a partiti politici o a sindacati»*. Giova, inoltre, segnalare che, nei piani triennali di prevenzione della corruzione, che ogni amministrazione è tenuta a predisporre, in ossequio all'art. 1, comma 8, della legge n. 190/2012, possono essere fissati *«obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge»*: così prevede l'art. 1, comma 9, della legge da ultimo citata. L'art. 6 del d.p.r. n. 62/2013 impone, altresì, al dipendente di informare per iscritto il dirigente responsabile, all'atto di assegnazione all'ufficio, *«di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati, in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione; b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate»*. Il comma 2 della disposizione ora riferita stabilisce, infine che *«Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici »*.
40. Al riguardo si vedano, ad esempio, le Linee Guida redatte dall'Anac, nella delibera 5 giugno 2019, n. 494 (consultabile in *www.lexitalia.it*) e recanti l' *«Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici»*.
41. In particolare, l'ipotesi di conflitto ora prospettata si può verificare, ad esempio, nel caso in cui vi sia una omonimia tra il membro di una commissione di concorso e un candidato oppure nel caso in cui un parente di un funzionario pubblico intrattenga relazioni contrattuali con l'ente, ma con uffici del tutto distinti ed autonomi rispetto a quello in cui presta servizio il funzionario in questione: in argomento si veda S.A. Frego Luppi, *ult. op. cit.*, 686.
42. Così, ad esempio, S.A. Frego Luppi, *ult. op. e loc. cit.*, la quale si richiama sul punto a precedenti giurisprudenziali e a orientamenti consolidati in ordinamenti giuridici stranieri.

43. *Ibidem*.
44. Osserva giustamente G. Iudica, *ult. op. cit.*, 44-45, che «è necessario un (opportuno) bilanciamento tra dovere d'integrità del funzionario e le esigenze dell'azione amministrativa: in sostanza, se si viene a generalizzare un meccanismo di astensione anche per motivi non gravi, è compromessa l'efficienza dell'azione amministrativa. Anche a voler configurare l'astensione non solo come dovere del dipendente (in relazione all'integrità), ma come diritto a non esercitare la funzione in caso di conflitto di interessi, un bilanciamento fra esigenza di astenersi ed efficienza dell'amministrazione deve essere effettuato».
45. Sul principio ora richiamato si veda, tra gli altri, S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 149 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998, *passim*; F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss..
46. In particolare, la norma comunitaria ora menzionata nel testo prescrive che «Per quanto riguarda i conflitti di interesse, le misure adottate non vanno al di là di quanto sia strettamente necessario per prevenire un conflitto di interessi potenziale o eliminare il conflitto di interessi identificato».
47. Sul punto si rinvia agli Autori, alle opere ed ai luoghi citati nella precedente nota 45.
48. Per le ragioni ora illustrate nel testo non sembra che il c.d. conflitto di interessi apparente possa assumere - in linea generale - rilevanza ai fini dell'applicazione della disciplina normativa qui in esame; ciò non esclude, tuttavia, che anche tale tipologia di conflitto possa essere fonte dell'obbligo di astensione in casi particolari, qualora sia il legislatore a prevedere espressamente una simile estensione: in tal senso sembra, ad esempio, disporre l'art. 42 del codice degli appalti: quest'ultima norma, infatti, prescrive, al comma 2, che «*Si ha conflitto di interessi.....quando il personale della stazione appaltante.....ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità ed indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione*».
49. Così T.a.r. Piemonte, sez. I, sentenza 14 agosto 2019, n. 948, in *www.lexitalia.it*. In senso sostanzialmente conforme si veda, da ultimo, Cons. St., sez. V, sentenza 11 luglio 2017, n. 3415, *ivi*; T.a.r. Abruzzo, Pescara, sez. I, sentenza 9 gennaio 2017, n. 21, *ivi*; T.a.r. Veneto, sez. I, sentenza 23 settembre 2019, n. 1021, *ivi*. Per ulteriori approfondimenti sulla giurisprudenza ora richiamata sia consentito rinviare a F. Gaffuri, *ult. op. cit.*, 30 ss..
50. Le considerazioni ora richiamate nel testo inducono, quindi, il Consiglio di Stato ha definire, nel parere n. 667/2019, il conflitto di interessi «*come una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una*

CERIDAP

riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato».

Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 sur le programme PSPP de la BCE

Constance Grewe

The judgment of the German Constitutional Court was necessarily expected as such, but it had undergone a lengthy preparation: since its Maastricht and Lisbon Treaty judgements, the BVerfG had indeed laid the groundwork which enabled to unfold its reasoning in Weiss. They are two: standing for appeal and arguments to put forward. Overall, one can indeed regret the decision's weaknesses in reasoning, to the point of where the BVerfG falls into ultra vires. In terms of legal theory, the judgement puts a fundamental debate back on the agenda, namely monism v. pluralism. [The judgment of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 on the ECB's PSPP programme]

Pour présenter cet arrêt, je ne puis résister au plaisir de citer un commentaire de Franz Mayer qui introduit ses propos comme suit:

«La deuxième Chambre de la Cour constitutionnelle a constaté que le programme PSPP de la BCE porte atteinte à la Loi Fondamentale. Plus précisément, elle a constaté que le programme PSPP n'est pas compatible avec la Loi Fondamentale parce qu'en raison d'un dépassement des compétences européennes il n'est pas compatible avec le droit de l'Union. Non, ce n'est pas ça non plus. Encore une fois».

Et là, en désespoir de cause, Franz Mayer cite le dispositif de l'arrêt en relevant que le gouvernement fédéral et le Bundestag ont porté atteinte à la Loi Fondamentale (principe démocratique) en omettant de prendre les mesures appropriées pour que la BCE examine et démontre que le programme PSPP correspond au droit européen (principe de proportionnalité). Pour parfaire la confusion, Franz Mayer ajoute que précédemment la Cour de justice de l'UE

(CJUE) avait déjà jugé ce programme conforme au droit européen. C'est en effet sur renvoi par la Cour constitutionnelle allemande que la CJUE a rendu l'arrêt Weiss. Pour rejuger cette affaire, il était donc nécessaire pour la Cour constitutionnelle allemande de mettre de côté l'obstacle constitué par cette décision de la CJUE. Ce qui sera fait en déclarant l'arrêt inapplicable sur le territoire allemand car rendu *ultra vires*, en violation donc du principe **d'attribution des compétences**.

Dans un premier temps, il conviendra de situer ce jugement dans son contexte et d'expliquer le raisonnement qui aboutit à ce constat. Je voudrais préciser à cet égard que je m'en tiendrai seulement aux grandes articulations de ce raisonnement (l'arrêt fait 72 pages!), d'autant plus que je ne suis pas spécialiste du droit économique et encore moins du droit monétaire de l'Union. Dans un deuxième temps, je voudrais me livrer à quelques interrogations sur ce qu'il faut penser de cet arrêt en guise d'incitation au débat.

1. Le raisonnement suivi par la Cour ou le droit de l'Union vu de Karlsruhe

L'arrêt du 5 mai était sinon attendu, du moins longuement préparé. Depuis l'arrêt Maastricht en passant par celui sur le traité de Lisbonne, la Cour avait en effet posé les jalons (1.1.) qui lui ont permis en l'espèce de dérouler son raisonnement (1.2.).

1.1. Les jalons

Ils sont essentiellement au nombre de deux : le droit de recours et les moyens invocables.

1.1.1. Le droit de recours

En l'occurrence, la Cour a été saisie par des recours constitutionnels, donc des voies de droit normalement destinées à faire juger des atteintes aux droits fondamentaux commises par la puissance publique. Normalement encore, de tels recours sont soumis à un filtrage sévère de telle sorte que moins de 1% d'entre eux sont déclarés admissibles. A l'occasion de l'arrêt sur le traité de Maastricht⁽¹⁾, la

Cour a inauguré une saisine extravagante : elle a déclaré admissibles des recours fondés sur l'art. 38 Loi Fondamentale (droit de vote) en estimant que le droit de vote comprend le droit pour tous les citoyens allemands de pouvoir influencer les décisions principales prises par leurs représentants. Pour que ce droit demeure une réalité, il était essentiel que l'Allemagne garde des compétences substantielles et ne les délègue pas à l'UE (principe démocratique).

On peut donc constater qu'à ce stade déjà, la conception de la Cour prend des colorations plus ou moins eurosceptiques, plus visibles encore dans les requêtes qui lui seront soumises notamment à l'occasion du traité de Lisbonne ^[2].

1.1.2. Les moyens invocables

Esquissés seulement dans l'arrêt Maastricht, les deux moyens de l'identité constitutionnelle et de l'acte ultra vires seront ensuite développés dans la jurisprudence Lisbonne, Honeywell ^[3] et OMT ^[4]. S'agissant de l'acte adopté ultra vires qui nous occupe ici, la Cour avait entouré l'exercice de ce contrôle d'un grand nombre de précautions formulées dans l'arrêt Honeywell. Trois conditions doivent être remplies pour pouvoir reprocher à la CJUE d'avoir agi ultra vires. La Cour constitutionnelle doit d'abord renvoyer la question à la Cour de justice, elle doit ensuite tolérer des dissensions et ne déclencher son contrôle qu'en cas de jugement arbitraire qui entraîne un «*glissement structurel des compétences préjudiciable aux États membres*». On aura reconnu ici les principaux griefs adressés par la Cour allemande en 2020 à la Cour de justice. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle est donc en quelque sorte tombée dans le piège qu'elle s'était elle-même fabriquée en voulant protéger la Cour de justice d'actions par trop intempestives ^[5].

1.2. Le raisonnement suivi dans l'arrêt sur la BCE

Saisie en l'occurrence de quatre recours constitutionnels, la Cour constitutionnelle les a joints dans une seule décision. Elle retient deux griefs: celui relatif à l'arrêt Weiss rendu par la CJUE sur renvoi préjudiciel par la Cour constitutionnelle allemande statuant sur la conformité du programme PSPP au droit de l'Union et celui concernant l'observation par la BCE du principe de proportionnalité. Elle rejette notamment le moyen selon lequel le programme

PSPP relevait de la politique économique et non pas de la politique monétaire.

1.2.1. L'objet du litige

Relativement à l'objet du litige, la Cour constitutionnelle constate au préalable que les agissements des organes, institutions et autres organismes de l'Union sont insusceptibles d'être remis en cause par la voie du recours constitutionnel. Seule la Cour de justice peut se prononcer à cet égard (art. 19 TUE) et seuls des actes issus d'autorités nationales peuvent être attaqués par le recours constitutionnel (art. 93-4 a) Loi Fondamentale). C'est pourquoi la Cour insiste ensuite sur la responsabilité particulière incombant au gouvernement et au Parlement allemands en matière d'intégration européenne. Ainsi devient-il possible d'autoriser un recours constitutionnel; encore faut-il accepter qu'une omission soit constitutive d'une atteinte aux droits fondamentaux. En général, ce n'est admis qu'en cas d'obligation de protection de l'État, l'une des très rares obligations positives en droit constitutionnel allemand. En l'espèce, ce pas est franchi sans aucune justification. Les recours sont alors valablement dirigés contre les omissions du gouvernement et du Parlement ainsi que, accessoirement, de la Banque centrale allemande.

1.2.2. Le monopole interprétatif de la CJUE

Reste l'obstacle du monopole interprétatif de la CJUE. Après avoir souligné à plusieurs reprises l'existence et la nécessité de ce monopole, la Cour évoque la primauté du droit de l'Union, fondé en droit allemand sur le principe d'attribution des compétences tel qu'inscrit dans la Loi Fondamentale (art. 23 combiné avec l'art. 20). Elle en déduit qu'une interprétation du droit de l'Union conduisant à étendre les compétences européennes dépasse le mandat de la CJUE. La Cour constitutionnelle allemande retrouve alors sa compétence pour se prononcer sur la portée de la délégation consentie par l'Allemagne.

1.2.3. Le contrôle ultra vires

Nous voilà au cœur du contrôle ultra vires. La Cour constitutionnelle doit donc faire usage des critères développés à cet égard dans la jurisprudence Honeywell.

En conséquence, le détournement de compétence doit être manifeste (*offensichtlich*), il doit être effectué de manière objectivement arbitraire et déboucher sur une réduction structurelle des compétences des États membres. Le caractère manifeste de la méconnaissance des compétences nécessite pourtant un examen alambiqué. À cet égard, la Cour insiste sur la signification et la portée des méthodes d'interprétation en droit de l'Union. Ne pas tenir compte des principes d'interprétation communs à l'espace juridique européen n'est plus couvert, selon la Cour constitutionnelle, par le mandat attribué à la CJUE à l'Art. 19 TUE. Il me semble que c'est la première fois que les méthodes d'interprétation se voient ainsi "*sanctifiées*".

La faute que la Cour constitutionnelle reproche concrètement à la Cour de justice tient au contrôle de proportionnalité qui n'aurait pas respecté les canons européens. Pour un comparatiste, il est fort surprenant de lire sous la plume de la Cour constitutionnelle allemande que ce contrôle est pratiqué de la même façon, c'est-à-dire en trois étapes, en Allemagne, en France, en Espagne, en Suède, en Italie, en Autriche, en Pologne, en Hongrie et au Royaume Uni ! Bref, c'est parce que la CJUE opère un contrôle superficiel, réduit pour l'essentiel à l'examen d'une erreur manifeste, que son jugement mérite le qualificatif d'«*arbitraire*», «*incompréhensible*» ou «*insaisissable*» (*nicht nachvollziehbar*).

La Cour allemande examine ensuite les autres critères pour conclure qu'en présence d'une compétence discrétionnaire de la BCE pour décider des programmes PSPP, l'absence d'un contrôle de proportionnalité plus poussé par la Cour de justice vide ce contrôle de sa fonction. Il deviendrait ainsi impossible de connaître précisément les répercussions économiques de la politique monétaire poursuivie par la BCE. Or, comme la politique économique relève surtout de la compétence des États membres, ce relâchement du contrôle est de nature à entraîner une réduction structurelle des compétences des États membres. L'*ultra vires* est donc consommé et, par suite, l'arrêt Weiss n'est pas applicable sur le territoire allemand.

La Cour demande alors à la BCE de livrer dans les trois mois à venir les éléments d'appréciation nécessaires pour effectuer un contrôle digne de ce nom et aux autorités politiques allemandes d'agir dans ce sens.

2. Que penser de cet arrêt?

Les réactions engendrées par cet arrêt sont vigoureuses et contrastées. Outre les réflexions d'ores et déjà entamées sur les suites concrètes, tel qu'un recours en manquement de la Commission, force est d'abord de constater à quel point il est politiquement inopportun, suscitant même la question de l'émergence d'un populisme juridique (2.1.). On peut regretter ensuite les faiblesses de son raisonnement jusqu'à tomber lui-même dans l'ultra vires (2.2.), d'autant que, sur le plan de la théorie juridique, il réactualise un débat fondamental, celui entre monisme et pluralisme (2.3.).

2.1. L'inopportunité : l'émergence d'un populisme juridique?

L'inopportunité paraît criante: à l'heure des populismes ascendants en Pologne et en Hongrie, il n'était sans doute pas souhaitable de rajouter une désobéissance à la jurisprudence de la Cour de justice; de fournir un argumentaire et un exemple à suivre à ces régimes. A l'heure du Covid 19 et de la crise économique majeure qu'il provoquera, il était certainement maladroit de mettre en cause les actions menées par la BCE. A l'heure du Brexit et de l'afflux des réfugiés, en bref, à l'heure des dissensions européennes, il n'était peut-être pas nécessaire d'en ajouter un autre désaccord. On notera d'ailleurs à ce propos que les réactions en Allemagne sont souvent bien plus positives que partout ailleurs^[6]. Le moment était, certes, très mal choisi.

C'était la veille de la fin du mandat du président de la Cour, M. Vosskuhle. Les interviews donnés par celui-ci ainsi que par le juge rapporteur, Peter Huber, dans les jours qui ont suivi la publication de l'arrêt n'ont pas contribué à l'apaisement^[7]. M. Vosskuhle y a évoqué une action contre les «*élites libérales*» en direction des «*gens normaux*»^[8] et M. Huber a insisté sur l'idée que la Cour s'est bornée à dire le droit, sous-entendu que c'était là la seule solution «*juste*»^[9]. Ces déclarations font penser à une sorte de populisme juridique.

2.2. Les faiblesses du raisonnement : l'ultra vires de la Cour constitutionnelle

La question de savoir si la Cour constitutionnelle a eu raison ou non de mettre en cause le programme PSPP, si un contrôle plus approfondi était souhaitable et seulement faisable reste controversée parmi les juristes et les économistes. Sur ce point, j'ai pu lire à peu près toutes les opinions^[10] ; je ne rentrerai donc pas dans ce débat.

Ce qui me paraît plus clair en revanche, c'est qu'en poussant si loin le contrôle de la conformité au droit de l'Union, la Cour constitutionnelle a elle-même commis un ultra vires^[11]. Si la diminution des compétences nationales était si évidente, pourquoi nécessitait-elle une si longue démonstration^[12] ? Est-ce que le contrôle de proportionnalité était un instrument adéquat pour apprécier cette diminution des compétences^[13] ? Et enfin, l'argument employé, la technique du contrôle de proportionnalité, est tout simplement erroné. C'est un secret de polichinelle des comparatistes qu'en dépit de la convergence européenne sur les grandes notions telles que l'État de droit, les droits fondamentaux et le contrôle de proportionnalité, la mise en œuvre concrète de ces notions diverge très largement dans les États membres. Ce raisonnement compromet la crédibilité de la Cour constitutionnelle et de sa tentative, peut-être louable, de contrôler davantage les organes européens.

2.3. Le risque: l'oubli de l'enjeu principal

Du coup, on risque de perdre de vue ou de ne pas débattre suffisamment de l'enjeu principal en cause, le choix entre monisme et pluralisme. En effet, la primauté, telle qu'elle est défendue par la CJUE se présente comme un principe absolu: tout le droit de l'Union – y compris le droit secondaire – prime tout le droit national – y compris le droit constitutionnel. C'est pourquoi un certain nombre de juristes européens estiment qu'il faut interdire aux juridictions nationales de pratiquer des contrôles ultra vires. Une déclaration avec ce contenu circule actuellement.^[14] D'autres proposent l'institution d'une déclaration d'incompatibilité^[15] ou la création d'une sorte de tribunal des conflits^[16].

Les partisans du pluralisme voient dans la primauté un principe relatif. Si en règle

générale, le droit de l'UE doit avoir la priorité, il peut y avoir des cas où cette priorité est refusée lorsqu'elle se heurte à un principe ou à une valeur nationale fondamentale. Évidemment, et l'arrêt sur la BCE le montre, il n'existe pas, dans ce cas, de règle de conflit ni de dernier mot. La fameuse question de la compétence de la compétence reste suspendue.

Seul le dialogue, une négociation donc, peut alors aider à résoudre le problème^[17]. L'avantage de cette situation inconfortable est qu'elle permet un jeu de checks and balances; de corriger, le cas échéant, des excès commis à un niveau ou un autre. Ainsi la CJUE n'est pas davantage au-dessus de tout soupçon: on pensera à l'idolâtrie dont elle a entouré l'autonomie du droit de l'UE dans son avis sur l'adhésion à la CEDH.

Bien d'autres questions mériteraient d'être posées. Par exemple, est-ce aux juges de mener ce débat ou n'entre-t-on pas ici dans le champ du politique? Ou encore, est-ce que l'ultra vires, c'est-à-dire une divergence sur la répartition des compétences peut constituer une exception à la règle de la primauté? Car l'ultra vires déploie ses effets *erga omnes*: la modification des compétences vaut pour tous les États membres. En revanche, l'identité constitutionnelle concerne un problème bilatéral; c'est la rencontre entre le droit de l'Union et un seul ordre juridique national qui met en cause la primauté.

Ces questions risquent d'être mises en sourdine alors qu'elles auraient pourtant mérité, à mon avis, de plus amples réflexions.

1. BVerfG, 12 octobre 1993, BVerfGE 89, 155.
2. BVerfG du 30-6-2009, BVerfGE 123, 267.
3. BVerfG du 6 juillet 2010, BVerfGE 126, 286
4. BVerfG du 21 juin 2016, BVerfGE 142, p. 123.
5. F. Mayer, Auf dem Weg zum Richterfaustrecht?, *Verfassungsblog*, 7 mai 2020, p.2; D. Grimm, Jetzt war es soweit, *FAZ* 18 mai 2020, p. 7.
6. Voir parmi d'autres W. Kahl, Ein Befreiungsschlag, *FAZ* 19-5-2020.
7. Voir J. Jahn, Verfassungsrichter in der Defensive, *VerfBlog*, 2020/5/21, <https://verfassungsblog.de/verfassungsrichter-in-der-defensive/> qui estime que ces prises de position excèdent la politique de communication de la juridiction.
8. *Die Zeit*, 13-5-2020.
9. *FAZ*, 12-5-2020.
10. A. Brade, M. Gentzsch, *PSPP mit „PEPP“*: Der währungspolitische Kontrollmaßstab des BVerfG als „Ultra-vires-Akt“?, *VerfBlog*, 2020/5/07,

- <https://verfassungsblog.de/pspp-mit-pepp/> le nient; pour un point de vue plus nuancé entre droit allemand et droit de l'UE, voir F. Bignami, Law or Politics?: The BVerfG's PSPP Judgment, *VerfBlog*, 2020/5/21, <https://verfassungsblog.de/law-or-politics/>.
11. Au moins aurait-il fallu renvoyer une nouvelle fois à la CJUE : H.-J. Hellwig, Das Bundesverfassungsgericht hätte vorlegen müssen, FAZ 12-05-2020.
 12. Voir l'interprétation donnée par P. Eleftheriadis, Germany's Failing Court, *VerfBlog*, 2020/5/18, <https://verfassungsblog.de/germanys-failing-court/>.
 13. J. Ziller, L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemand. A propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne, www.rivista.eurojus.it, Fasc. 2, 2020, p.6 et C. Pegatzky, Wasser auf die Mühlen der Euroskeptiker, FAZ 6-5-2020.
 14. R. D. Kelemen, P. Eeckhout, F. Fabbrini, L. Pech, R. Uitz, National Courts Cannot Override CJEU Judgments: A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order, *VerfBlog*, 2020/5/26, <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments/>.
 15. O. Garner, Squaring the PSPP Circle: How a 'declaration of incompatibility' can reconcile the supremacy of EU law with respect for national constitutional identity, *VerfBlog*, 2020/5/22, <https://verfassungsblog.de/squaring-the-pspp-circle/>.
 16. D. Sarmiento and J.H.H. Weiler, The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice: A Position Paper, *Int'l J. Const. L. Blog*, June 2, 2020, at: <http://www.icconnectblog.com/2020/06/the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-a-position-paper/>; voir aussi A Hatje, Gemeinsam aus der Ultra-vires-Falle, <https://verfassungsblog.de>.
 17. M. van den Brink, Unquestioned supremacy still begs the question, *VerfBlog*, 2020/5/29, <https://verfassungsblog.de/unquestionedsupremacy-still-begs-the-question/>.

The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice: A Position Paper

Daniel Sarmiento e Joseph H.H. Weiler

The authors present their proposal, written in the form of a Position Paper, for the creation of a Mixed Chamber at the Court of Justice as a means, in part, of addressing the issues highlighted by the May 5th Weiss decision of the German Constitutional Court. This Chamber, to be composed of sitting members of the Court of Justice of the EU alongside judges of constitutional courts of the Member States, would have jurisdiction to solve, in last instance, conflicts of competence between the Union and its Member States.

There is little point in rehearsing in length, yet again, the all too justified laments about the unfortunate decision of the German Constitutional Court (“BVerfG”) in the case of Weiss on the European Central Bank’s public asset purchase program.

Given the trivial nature of the BVerfG’s substantive “beef” with the European Central Bank (“ECB”), the economic impact will be correspondingly trivial. A simple question by an MEP to the ECB which, it seems someone needs reminding, is only answerable to EU Institutions, will enable it to point to its publically available records which will demonstrate, *Urbi et Orbi*, the breadth and depth of its deliberative process. And, ironically, in a spectacular twist of the Law of Unintended Consequences, many believe that the dramatic shift in Merkel’s approach to the crisis, is due in no small part as a reaction to the Weiss decision.

But the profound damage to the integrity of the Union’s legal order and its rule of law cannot be overstated. Yes, there can be, though hardly in this case,

legitimate concerns about jurisdictional overreach of the Union. It is the ease with which the BVerfG brushed aside a decision of the Court of Justice and the grounds given for such, given the reputation (previously) enjoyed by the BVerfG, which will leave indelible traces with a potentially grave spill-over effect.

If every constitutional or high court of each of our Member States were to emulate the German example, it would really spell the end of the Union as an integrated legal space of justice and the rule of law and fatally damage the single market.

In the name of the Rule of law, the rule of law was breached; in the name of proportionality, the German court trammled all over the exigencies of proportionality in the delicate, dialogical, relationship between Member State courts and the Court of Justice; and complaining about the alleged ‘incomprehensibility’ of the Court of Justice’s decision, the BVerfG issued a decision which even Germany’s most authoritative commenters regard the reasoning though clear as a matter of language, incomprehensible in its legal logic.

The toothpaste cannot, alas, be pushed back into the tube. So the pressing questions now are two: How to address and mitigate the damage, and how to prevent its repetition.

An infringement proceeding is no panacea and comes with certain risks – in this case it will be mostly of a symbolic nature. But symbols sometimes are powerful and necessary. A failure to start such a procedure against Germany will be widely seen as an instance of One Law for the Rich and Powerful and One Law for the Meek. We would advocate limiting such a procedure to that part of the German ruling which concerns the Court of Justice and declares the Weiss judgment ultra vires in Germany. This is the most damaging effect of the ruling which deserves immediate reaction from the Commission, since it goes well beyond the intricacies of monetary policy and has systemic effects in the entire EU legal order. This would also allow the Commission to position the ruling in its proper context, pointing out and fighting the most damaging and threatening part of the judgment. An infringement in such terms would leave the underlying case of Weiss in a secondary place, focusing on the (lack of) dialogue of the BVerfG when dealing with a matter of EU constitutional relevance.

Prominent in the EU definition of the violation should be the failure of the

German Court, faced in what it considered an incomprehensible decision, to make a second preliminary reference to the Court of Justice seeking clarification. The Italian Constitutional Court, not long ago, in the *Taricco* saga gave an exemplary lesson to all its brethren in the EU of how that must be done. It faced a judgment of the European Court of Justice which, in its eyes, if followed would compromise a fundamental human right guaranteed by the Italian Constitution. Let it also be said that the issue was far graver than the alleged lack of reasons in the ECB's Public Asset Purchase Programme.

The Italian Constitutional Court, setting aside superficial concerns of ego and prestige, and before resorting to the Nuclear Button of Defiance, referred a second preliminary reference to the Court of Justice, explaining its concerns and offering, in the most delicate and dignified manner, a ladder by which the Luxembourg court could climb down from the tree in which it had found itself. In this way it showed itself not only to be the guarantor of legality within the Italian legal order, but also a deep understanding of the indispensable dialogical imperative in the relationship between the highest courts of the European Union. Just imagine how different things could have been if the BVerfG had adopted this, legally required, approach before resorting to defiance.

Be this as it may, there are also limits to this approach. The Italians did indeed speak softly, but they were at the same time carrying a big stick. Had the Court of Justice's ruling not given satisfaction and, instead, insist on a European norm that would upend a fundamental right guaranteed by the Italian constitution the threat of defiance was unmistakable.

Although dealt with in Panzer fashion, the problem the BVerfG faced was real and acute: What is a national constitutional court, which has ultimate responsibility for ensuring the rule of law, human rights, and the principles of democracy within its jurisdiction to do, when faced with a Union measure which in its view violates such? And what should that court do when a judgment of the Court of Justice, the guarantor of all those values within the sphere of competences of the Union, legitimates that Union measure in a manner which the national court regards as inadequate?

The matter is at its most acute when at issue is the line delimiting the respective competences of the Union and its Member States. After all, the Union derives its competences and powers by delegation from its Member States as enshrined in

the Treaties, its *de facto* constitution. So even if procedurally the Court of Justice is the sole court empowered to pronounce as a matter of European Union law on such issues, is it not, at least partially, a matter of national law to define what could constitutionally be delegated?

The matter is further complicated by several additional considerations.

First, in its preliminary reference jurisdiction the European Court of Justice, like several other international and national tribunals, is a court of first and last instance. There is no appeal to a higher court from its decisions. This is an uncomfortable legal situation. After all, *errare humanum est*. We live more comfortably with uncomfortable decisions if they are reviewed and affirmed by a higher court of appeal. In the ECHR system a decision of a Chamber can be appealed to the Grand Chamber with a different composition of judges. But we have already underlined the untenability of each and every national court acting as a Court of Appeal in matters concerning the delimitation of EU competences. Second, despite its fundamental and indispensable contribution to European integration, the European Court of Justice has shown itself over the years to have one blind spot. It has not proved to be a strict guarantor in policing the limits to EU competences and jurisdiction. The very limited number of cases where it has flagged a breach of competence have been the exception that proves a very general rule of broad EU competence. This is probably due to a misconceived vision of federalism, in which the federal vision is (wrongly) associated with a centralist understanding of the EU. The case-law of the Court of Justice can be interpreted as setting a straight-forward rule: in case of doubt, the competence is of the EU in order to ensure the *effet utile* of EU law, in the same way that in the logic of fundamental rights, in case of doubt, the judge must rule for the benefit of individual freedom. This is an ill-sighted approach that rightly raises the concerns of national courts, particularly of those with a more acute sense of the logic of federalism.

How, then, in the long run, is one to resolve the structural dilemma of a jurisdictional conflict of this nature? It seems a circle that cannot be squared. And yet with no solution the specter of Weiss will continue to hover and threaten the integrity of the Union.

It is for this reason that we propose that in the Conference on the Future of Europe serious consideration be given to the establishment of a new appeal

jurisdiction within the Court of Justice, strictly and narrowly confined to Weiss type cases, where at issue is the delineation of the jurisdictional line between the Member States and their Union.

We believe that this appeal procedure should remain within the province of the Court of Justice and the obvious forum would be its Grand Chamber.

There can be many permutations to the specific configuration of this new jurisdiction, but underlying all such permutations will be one fundamental principle: It is to be composed by sitting Members of the Court of Justice alongside sitting Members of the constitutional or equivalent supreme courts of the Member States. It is this composition, above anything else, which will give its decisions an authority and legitimacy which, if enshrined in the Treaties, it will be a lot more difficult to contest. True, a determined national court could still stick its heels in, but if the new procedure is enshrined in a Treaty Revision which reaffirms the role of the Court of Justice in deciding such cases, the barrier to such action would be raised very considerably indeed.

In these limited cases, we propose that its composition should be six judges of the Court of Justice (though, obviously, not the judges whose decision is being appealed) and six judges from the Constitutional or Highest Courts of the Member States in a predetermined order reflecting the rich legal diversity of European legal systems. The Mixed Grand Chamber would be presided by the President of the Court of Justice (the thirteenth judge unless he or she participated in the decision under appeal in which case another judge of the Court of Justice, such as a president of a five-judge chamber would act as replacement). In this proposal the Mixed Grand Chamber would only rule on the distribution of competences between the EU and its Member States and it shall have jurisdiction to declare null and void an EU act – reversing a prior decision of the Court of Justice validating such -- that entails a serious breach of the principle of conferral. The standard of review will be limited to cases of “serious breach”, in similar terms to the Court of Justice’s jurisdiction in the review procedure, also in line with the standard articulated by the BVerfG itself in its prior jurisprudence (though sadly disregarded in the Weiss case itself).

It is our belief that in the current circumstances, the principle *In Dubio Mitius* should apply. A decision *validating* a contested EU measure should be supported by at least 8 judges and perhaps even 9. It seems to us imprudent and

counterproductive to validate an EU measure if all six national constitutional court judges in the Mixed Grand Chamber believe it to be *ultra vires*.

The Mixed Grand Chamber could be seized either by the Constitutional or Supreme Court of a Member State in a Weiss-like situation, as well as by a Member State Government and/or national Parliament within a year from the date of delivery of the Court of Justice's ruling on the validity of the challenged EU act.

Among the constitutional and supreme court judges, their participation would be made dependent upon a rotation system, but the President of the court or Member State which seized the Court of Justice should be part of the Member State component of the Mixed Grand Chamber.

The proceedings should allow the intervention of Member States and EU Institutions, certainly the Council and the European Parliament to defend their proposal, but also of the ECB if the matter concerns any of the areas of EU policy in which it exercises competence.

The workings of this chamber should provide maximum transparency. The hearings should be streamed live and the written submissions of the interveners shall be made public. We believe, however, that the question of dissenting opinions is delicate. In principle, they should be possible. But the rules allowing for renewable mandates of the judges of the Court of Justice make it difficult to preserve their independence if dissents are available. As long as the mandates of the members of the Court of Justice remain renewable, dissents should not be considered, but they should be introduced if the Member States ever decide to amend the current appointment system of judges and Advocates General of the Court of Justice.

This is a preliminary Position Paper designed to provoke discussion. Many details would need to be worked out. We plead with our readers to use their experience and wisdom not simply to pick holes and show why this could not work, but instead to use such to make suggestions how it could be made to work, since the post-Weiss *status quo* is not viable in the long term. Paradoxically, the knowledge and security that the jurisdictional boundaries of the Union are policed rigorously will take the sting of out of many Eurosceptic critiques and help rebuild trust in the Union.

A Reply to Our Critics (The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice)

Joseph H.H. Weiler e Daniel Sarmiento

A few weeks ago, we published a proposal, in the form of a Position Paper, for the creation of a Mixed Chamber at the Court of Justice as a means, in part, of addressing the issues highlighted by the May 5th Weiss decision of the German Constitutional Court.

This Chamber, to be composed of sitting members of the Court of Justice of the EU alongside judges of constitutional courts of the Member States, would have jurisdiction to solve, in last instance, conflicts of competence between the Union and its Member States. The full details may be found here in the original Position Paper (republished on CERIDAP.eu).

The proposal has stirred a lively debate and produced constructive comments and critiques from colleagues and friends from many quarters. We are honored by the attention received and the best way to acknowledge our critics is by providing reasoned replies to their comments.

We received two kinds of remarks: Macro and Micro. The Macro critiques target the proposal's convenience and its general defects in the broad sense. These are principled critiques that deserve also a principled reply.

At the Micro level we received detailed inquiries into specific aspects of the proposal, questioning a particular point here or there. We will address most of them accordingly.

We will end with a more elaborate description of some of the procedural aspects of our Proposal which consider several of the comments we have been receiving.

1. The Mixed Chamber at the Macro Level

The proposal does not solve the kompetenz-kompetenz issue. The only way forward is a constitutional amendment introducing primacy over national law. What is to stop a national constitutional court, even after a decision of the Mixed Chamber, to assert the primacy of national constitutional law? We received several comments which in different ways made this same point.

This is an obvious and legitimate question, and our answer to it follows two parallel tracks.

In the first place, our proposal should not be seen as driven by and restricted to 'solving the Weiss crisis'. As we pointed out, from a legal point of view the Treaties provide and the Member States, the Masters of the Treaty, accepted that the question of the validity of Union acts (including the issue of jurisdictional limits) should be decided by the Court of Justice. But we also pointed out that this issue, want it or not, also has a profound national constitutional dimension. We consider that the jurisdictional question is of a different genus to other potential conflicts between national law and Union law. There might for example be conflicts concerning the level of protection of fundamental human rights. We think a strong case can be made that in the sphere of application of Union law, a polity which involves 27 constitutional orders, the human rights law of the Union as defined by the Court of Justice, whether 'higher' or 'lower', should prevail. That in fact is the underlying principle which informs the primacy of Union law. In its sphere of application, Union law, for both pragmatic and principled reasons, must have primacy.

But defining and deciding what is the sphere of application of Union law is a preceding condition for addressing the issue of primacy. That is why we consider it of a different genus. And as mentioned above, the stake for the national constitutional order is correspondingly of a different genus.

At the same time, it is obviously clear that deciding on that legal frontier cannot be undertaken unilaterally by the courts of each and every Member State and that, both pragmatically and in accordance with principle, the Court of Justice needs to have the final say.

Our proposal for the Mixed Chamber, *of the Court of Justice*, tries to the best of our ability to square this circle. It reaffirms the monopoly of the Court of Justice

in deciding on the validity of Union law and yet the composition of the Mixed Chamber, and the proposed rules of voting we have proposed give very significant voice to the constitutional concerns of the Member States. Our readers will be familiar with the Voice/Exit theorem. Weiss may be seen as a playing out, carelessly to be sure, of the theorem. On this issue, the preliminary reference procedure might not be seen as giving sufficient *voice* to national constitutional concerns and thus impelling towards *exit*.

Our proposal, thus, is not to be seen simply as a reaction to Weiss, a kind of rapid band-aid in response to a ‘rogue’ court, but as a desirable structural correction which we would advocate even absent Weiss. An early (albeit crude) iteration of this proposal was made already 22 years ago by one of us (*The European Union Belongs to Its Citizens: Three Immodest Proposals*, 22 *European Law Review*, 1997) and was driven then, as it is now, also by a recognition and acknowledgment of the structural conundrum of which the Weiss situation is but an example and as a better expression of the United in Diversity meta-principle in relation to the European judicature. Our proposal should not then to be seen and evaluated only in remedial or prophylactic functional terms.

Coming, however, now to the remedial and prophylactic dimension of the question posed to us.

What is to stop a national court, the same German Court, to disregard the Mixed Chamber and do a Weiss *bis*? The only solution we have been told by several of our commentators is “...*a constitutional amendment introducing primacy over national law. What is to stop a national constitutional court, even after a decision of the Mixed Chamber, to assert the primacy of national constitutional law?*”

Yes, there would be nothing to stop a national constitutional court to defy a decision of the Mixed Chamber of the Court of Justice. But our contention is that the likelihood of such would be very significantly reduced and the legitimacy of such would be correspondingly dramatically diminished. And this not only because of the enhanced authority and legitimacy of such a jurisdiction, but also because in introducing this procedure as part of a revision of the Treaties, the principle not only of primacy but also of the ultimate jurisdiction to decide such, would by implication be part of such a Treaty amendment. If this were to pose a constitutional problem in this or that Member State it will emerge at the process of ratification, necessitating perhaps a constitutional amendment. It is hard to

imagine that under these circumstances a national court will break ranks.

We do not favor either a Treaty amendment confirming primacy nor a generic call for all Member States to introduce such a constitutional amendment into their constitutions. Simply putting a proposal to any future IGC to introduce an explicit affirmation of primacy would have the opposite effect. It would call into question what is already an *acquis constitutionnel* of the Union legal order. Just imagine that this or that Member State would veto such an IGC proposal? By contrast, our proposal is premised on the principle of primacy which is assumed axiomatically. It merely suggests a way of giving it greater effect.

The force or weakness of our proposal rests thus on two foundations –as a matter of principle, it is a better manner of expressing the delicate balance between Member States and the Union in our legal order, but without compromising the centrality of the Court of Justice and, as a practical matter, a vaccination (even if imperfect) against the Weiss virus.

In concluding our reply to the first and most fundamental critique of our Proposal, we are impelled to add one final consideration to which the Weiss ruling gives rise.

Once before in the history of the European legal order a similar drama was played out, once before it involved the German and the Italian constitutional courts with their totally understandable sensitivity, in that earlier instance, to the protection of fundamental human rights in their respective legal orders (given their respective national socialist and fascist history) and once before it was the Italian judges who displayed more acumen and legal integrity than their German brethren.

We refer to the well known *Internationale Handelsgesellschaft* and *Frontini* cases of the 1970s. In those cases both courts contemplated the possible situation where a national court would be faced with a Union (then Community) measure which in their eyes violated the protection of fundamental human rights in the Constitutions of Germany and Italy respectively and which, hypothetically, would have been reviewed and considered valid by the Court of Justice. The two courts dealt with the matter in a significantly different manner. The German Court stated that so long as... there were no sufficient guarantees within the Union order of fundamental human rights, it would have to uphold the fundamental rights guaranteed by the Constitution the protection of which was

their charge and thus not give effect to such a Union measure within German jurisdiction. And even then, as now, it reserved to itself in exceptional circumstances the final word. *Tout Court*. The Italian Court reached the same conclusion but then, with commendable integrity added: In that situation there would be but two options: Either Italy would have to change its constitution to bring it in line with European Union law as interpreted by the Court of Justice, or withdraw from the Union. (And we could add, as a third option, that the Member States could amend the Treaties to solve the issue). The Italian court thus understood clearly that you could not be a Member of the Union but take the law into your own hands. Put differently, that if you are a Member of the Union it is incumbent on you to accept the final authority of the European Court of Justice.

In *Weiss*, the German Court played the same “trick” it played in the earlier case. Attempting to have their cake (uninterrupted German Membership as if nothing happened) but also eat it (deciding unilaterally what will be acceptable and unacceptable in Germany. *Das geht aber nicht*).

Though we think, as argued above, that it is far less likely that a national court, even the august German Constitutional Court, would defy a decision of the Mixed Chamber, the mere introduction of this jurisdiction would render explicitly the *Frontini* logic which would be an additional disincentive to defiance.

The Mixed Chamber should only be a final option after discarding other proposals that do not alter the composition of the Court of Justice

Indeed, to add a Chamber so composed to the Court of Justice is a significant move, but it has the great virtue of reaffirming the monopoly of the Court of Justice in being the final voice on the validity of Union law. In its day to day operations the Court of Justice remains the same, its members remain as they are and so does the jurisdiction of the Court. The Mixed Chamber is only a last recourse answer to exceptional situations in which a conflict of competence has not been resolved by the Court of Justice, or not perceived as finally resolved by a Member State. The Court will carry on working as it has for the past seven decades. Only in the exceptional situation in which a Member State, whether it may be through its government, its parliament or its highest courts, considers that a conflict of competence deserves a last look, under particularly strict terms,

the Mixed Chamber will have jurisdiction to rule on the matter. Overall, this is not an alternation of the Union's judiciary. In fact, it is a means to reinforce it and, in the course of time, to acquire even more legitimacy *vis-à-vis* its national counterparts.

The very notion that least restrictive alternatives should be explored prior to the enactment of a Mixed Chamber also shows the failure of the current *status quo*. To date, such alternatives have been available to all Member States, mostly through the Court's generous stance on admissibility of preliminary references, which allows national courts (including constitutional courts) to question the Court's rulings when crucial issues of constitutional relevance are at stake. That system has proved to be too fragile. When a judiciary's final authority is solely based on a generic invitation to sincerely cooperate among courts and a pragmatic approach towards judicial dialogue, an additional level of procedural safeguards is needed. That's exactly what the Mixed Chamber would do. Our view is that the mere availability of this jurisdiction would incentivize better dialogue between the Court of Justice and its national counterparts.

The proposal would not be exceptional but open a floodgate. There are many cases on competence before the Court and this would continually challenge the Court's authority, including when national courts consider that the Court of Justice acted beyond its powers, as in the recent Polish cases on judicial independence. And who would get to decide what issue is one of competences and what is a material substantive issue.

As to the first leg of the question (floodgates) we do not believe so. In the first place, if a national court is unhappy with a decision on validity, the procedure could require going to the Court of Justice for a second time before the Mixed Chamber could be seized. This issue does not go to the core of our proposal.

Second, the Treaty would specify the strict criteria under which the Mixed Chamber would have jurisdiction - egregious overstepping of Union competence. Therefore, not every breach of competence would be annulled by the Mixed Chamber, only the blatant cases of severe overstepping. The Court of Justice, when ruling on the matter before it gets to the Mixed Chamber, might get it wrong. But it will only be overturned in cases of significant excess of Union competence. Most of the rulings of the Court of Justice will probably be upheld by the Mixed Chamber and once a *jurisprudence constante* were established the

appetite for appealing to the Mixed Chamber would diminish.

In addition, introducing another instance will simulate the Court of Justice to take competence issues even more seriously, acting now under the threat of appellate review.

As to the second leg of the question, it is of course true that the issue of competences oftentimes is mixed with other material issue (if you have done investment arbitration you will be very familiar with such), but not inextricably so mixed, and sometime there can be profound disputes on this very issue. Be that as it may, should a national court consider that the Court of Justice has decided an issue on material grounds whereas it should have been seen also on competence grounds, and that under the latter, the underlying measure is *ultra vires*, this, with all the safeguards mentioned above and below, would simply trigger the procedure for eventually seizing the Mixed Chamber of the Court of Justice which would ultimately have to decide such.

The Weiss judgment of the Federal Constitutional Court does not deserve a Treaty amendment. Treaty change in response to a deeply flawed and badly-reasoned ruling is a disproportionate reply. The Weiss judgment deserves to be ignored and we should act pragmatically, underplaying the ruling and hoping to set the record straight in the course of time.

This argument cuts both ways: indeed, Weiss is a flawed ruling, but precisely because the *primus inter pares* of constitutional jurisdictions is able to make such a dubious decision, the time has come to set the record straight through Treaty change. If a judgment like Weiss came from an inexperienced and less reputed high court, we wouldn't be spending so much time and effort in discussing the consequences of the ruling. But Weiss is the outcome of Europe's *doyen* of constitutional courts, a remarkable institution with an impressive intellectual background. If *this* court is capable of doing such a thing, what could we expect from the rest? It is precisely because Weiss is a flawed ruling, but coming from a highly respectable court, that a more profound and sustainable move is needed. To rely on a pragmatic approach and to let the judgment rot through the passage of time, is too risky an experiment. The autonomy of the Union legal order cannot be sustained if constitutional judgments are floating around setting aside Court of Justice judgments and Union legal acts. If no authoritative response is provided from the Union, pragmatism alone will not save its legal order.

We wish, in this context, to return to the Voice/Exit theorem. In the post-Brexit and post-covid environment, at a time of discussion on the future of the Union, having such a jurisdiction might give the Member States more confidence to expand the Union competences without as much fear of subsequent jurisdictional creeping. In the long run, the Mixed Chamber could be the comforting solution that could subside the fears of Member States when transferring sovereign powers to the Union. The proposal is not a menace to the autonomy of Union law or to the Union itself, but quite the contrary. It could be the measure that the Union needs to take the necessary steps into a more perfect and ever-closer Union.

Does not the history of federalism teach us that these are normal teething problems which disappear in time organically?

The lessons of federalism are oftentimes a mirror in which one sees the image one is looking for. If we take, just as one example, the American debate, for some the issue has been settled (though it took a Civil War and several decades after that) and for others it remains a live issue. Just google ‘the death of federalism’ and you will notice how alive this issue remains in American discourse. We do not want to take sides in that or other similar debates.

But in the context of the European Union (after close to 70 years hardly an infant with teething problems; more likely a senior in need of some tooth implants) the trajectory is complicated and what seemed once a minor issue now looms large. It is, in fact, not just the intra-court discussion provoked by Weiss, but the general mood in the Union which has made this issue live and pressing. The Brexit Slogan – *take back control* – in different guises resonates and informs the wave of Euroscepticism which has moved from the preserve of the lunatic fringe into mainstream European politics. We do not think there is room for complacency and the luxury of a hands-off approach allowing the windmills of organic history to take care of the problem.

2. The Mixed Chamber at the Micro Level

Rules on reinforced majorities in decision-making bodies are generally introduced to overrule a measure, not to confirm its legality.

This may be right, but in the particular ontology of this situation we thought it

wise not to validate a measure, the jurisdictional validity of which would be challenged by all the Member State judges sitting in the Mixed Chamber. This would defeat the very logic of the proposal. But in our view this is a second-order question that could be sorted out should the proposal attract any political traction.

As an example of an intermediate solution, the role of "assistant rapporteurs" should be explored. The assistant rapporteur could be a national judge and not a member of the Court of Justice.

As a matter of "Voice", assistant rapporteurs can provide precisely such input. However, by having no influence whatsoever in the decision-making procedure, their only added value is an authoritative view of national concerns. That value is already provided by the Member States through their written and oral submissions in the procedure. Also, the Advocate General plays such a role too, although in a broader scope and considering all the interests at stake. Although the assistant rapporteur could be an interesting means of providing further input from national quarters, it would still not suffice to settle questions of competence that haunt a Member State.

By excluding the President of the Court of Justice from sitting in the Mixed Chamber, but allowing the President of the national court that made the reference, or of the Member State bringing the action, the Mixed Chamber is unbalanced and provides an additional national bias that would endanger its impartiality.

This is a legitimate concern. However, the criticism might be the result of a misunderstanding. The President is precluded from sitting in the Mixed Chamber only when he or she was involved in the prior decision of the Court that is now under review. In the case of the President of the national court that made the reference, that court has still not made a decision on the matter. The national court refers the matter to the Mixed Chamber after the Court of Justice's ruling, but prior to its ruling on the main proceedings. Therefore, the President of the national court that sits in the Mixed Chamber is not involved in a prior ruling, only in making the referral.

It is true that such a distinction may seem too formalistic. After all, the President of the national court has a doubt on validity that he or she will eventually be ruling on. In that case, a default option would be to ensure that the Member State of the referring court is represented by a judge that did not and will not sit

in the national proceedings. As an alternative, the Mixed Chamber could be composed, on the part of the Member States, not by sitting judges of national supreme or constitutional courts, but of a roster of former Presidents of supreme and/or constitutional courts, appointed by each Member State for a fixed period of time. Again, this is a second order issue which may be discussed and resolved if the underlying logic of the proposal gains traction.

The proposal should work in both directions: if the Mixed Chamber can overrule the Court of Justice and annul an Union act, then it should also have the power to annul national acts that breach Union competence, in line with the Rimsevics judgment

There is force in this argument, but there is also a political risk that must be avoided. The creation of a Mixed Chamber is quite a significant step forward, but a balanced one. It quietens the concerns of the national authorities concerned about Union competence creep and it does it through a subtle balance of interests. If the Mixed Chamber was also to turn into a second-instance infringement procedure, with annulment powers to strike out national acts (in the way the Court of Justice did in Rimsevics), the Mixed Chamber would become quite a different animal and the chances of reaching a consensus among the Member State to amend the Treaties could crumble.

Although this counterproposal is an interesting way of granting the Mixed Chamber even stronger powers, it also risks turning the debate about the Mixed Chamber into a different discussion, away from the issue of competence and more focused on the annulment powers of Union courts. We suggest that the Mixed Chamber should start working as a competence court to safeguard the distribution of powers by introducing a second-tier level of review within the Court of Justice. Additional powers could be explored in the future, but the process should be gradual for now.

3. Procedural Aspects of the Proposed Mixed Chamber

The Comments and Critiques we received were extremely helpful in reflecting further, and where necessary clarifying, developing and amending some of the procedural aspects of our proposal. In the following lines we formulate once again the main procedural features of the Mixed Chamber, developing some

aspects in more detail and nuancing other points as a result of the comments received.

3.1. Access to the Mixed Chamber

In our proposal, the Mixed Chamber can only rule when the Court of Justice has made an explicit ruling, in a direct action or in a preliminary reference, on the Union's competence to enact a policy measure. Therefore, the Mixed Chamber will always use its jurisdiction as a last instance and *after* the Court of Justice has ruled on the matter.

Once the Court of Justice has delivered its ruling, there are two means of access to the Mixed Chamber open to applicants: 1) Member States (government and national parliament) and Union Institutions through a direct action, *and* 2) a constitutional/supreme court, as determined by the Member State, through a preliminary reference.

A constitutional/supreme court may request a ruling of the Mixed Chamber when the Court of Justice has previously ruled on the validity of the challenged act through an action of annulment or through a preliminary reference. The preliminary reference could have been made by the same constitutional/supreme court that is now requesting the ruling of the Mixed Chamber. For example, in the case of Weiss, the German Constitutional Court could have triggered the jurisdiction of the Mixed Chamber after the Court of Justice's ruling in the preliminary reference procedures instigated by the German Constitutional Court itself.

Of course, nothing stops the constitutional/supreme from making a second preliminary reference, instead of triggering the jurisdiction of the Mixed Chamber. It's in the spirit of the principle of sincere cooperation to exhaust the dialogue and to use all the appropriate resources in doing so. A second preliminary reference can be a source of additional dialogue that could contribute to ease the concerns of the national court that is left unconvinced after the Court of Justice's first ruling, but that will depend on the circumstances of each case. Some cases will be more suited than others to bring a second preliminary reference, whilst other cases should be brought before the Mixed Chamber immediately (being a second reference a mere waste of time). This

should be left to the national court's discretion when dealing with each individual case.

3.2. The Challenged Measure

The challenged measure is not a judgment of the Court of Justice, but the validity of the Union act that the Court of Justice has previously ruled on. We do not conceive the Mixed Chamber as a direct appellate review of Court of Justice's judgments. If a Member State believes that the Court of Justice has overstepped its jurisdiction, the Mixed Chamber is not to rule on that. By enacting this remedy and enshrining it in the Treaties, Member States are accepting that Union policy is subject to a final look by the Mixed Chamber, but rulings of the Court of Justice are not policy measures and therefore they are not the directly reviewed acts under the jurisdiction of the Mixed Chamber.

3.3. Standard of Review

The Mixed Chamber does not rule on the basis of a standard competence check. That is the role of the Court of Justice. The Mixed Chamber has jurisdiction to rule only on cases of *manifest breach of Member State competence*. This distinction is already present in Union law: the standard of illegality in Union and Member State liability is a standard of "manifest breach", in the same way that the review procedure allows the Court of Justice to "exceptionally" reassess judgments of the General Court "where there is a serious risk of the unity or consistency of Union law being affected" (Art. 256 TFEU).

This is also the standard of review indicated in the jurisprudence of several national courts, including the German Constitutional Court.

In other words, standards of heightened scrutiny already exist under Union law and that is the standard that should apply to the jurisdiction of the Mixed Chamber. The Treaty provisions enshrining the basic rules of the Mixed Chamber would set such standard, in the same way that Art. 256 TFEU provides for a heightened standard for the review procedure.

3.4. Effects of the judgment

The judgments of the Mixed Chamber will have nullifying effects and therefore they will annul the challenged Union act and, as a result, they will also nullify the dispositive part of the Court of Justice's judgment that upheld the challenged act. The Mixed Chamber should also have the power to limit the effects of its judgments, in case that the annulment poses serious risks to legal certainty, as provided in Art. 264, second paragraph TFEU.

3.5. Workings of the Mixed Chamber

The Mixed Chamber rules with no Opinion of the Advocate General and it does not admit dissenting opinions. Its rulings must be agreed by a majority of at least seven judges and it will deliberate under the same rules of confidentiality as applied to the deliberations of all other formations of the Court of Justice. The Mixed Chamber, on each composition, can decide on the linguistic regime applicable to its deliberations, although the language of proceedings will be governed by the same rules that apply to direct actions and preliminary references.

Transparency is crucial. If the Mixed Chamber is to provide legitimacy to the entire legal system it must act through an open and transparent methodology. We already explained why dissenting opinions are not an option for decisions of the Court of Justice so long as the term of its Members are not fixed in time as is the best practice among national constitutional courts. This would apply to the Mixed Chamber too, but in exchange it should act through open registers granting access to the written submission of the parties and live-streaming of its hearings. The constitutional implications of each case reaching the Mixed Chamber are so relevant, that the public deserves to have full access to understand the arguments submitted to the Mixed Chamber.

Sulle conseguenze giuridiche della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 nel caso Weiss

Diana Urania Galetta

Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea è la prima volta che il BVerfG mette in atto la sua minaccia di non attuare le decisioni della Corte di giustizia UE, già contenuta già in diverse sue precedenti sentenze e, in particolare, nella sua sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009. L'argomentare dei giudici di Karlsruhe rivela, tuttavia, lacune e veri propri errori in diritto. Qui di seguito farò dunque riferimento, anzitutto, agli errori giuridici a mio parere più rilevanti (par. II). Dirò poi brevemente anche delle conseguenze delle violazioni del diritto UE da parte della Germania che la sentenza implica (par. III).

[The legal consequences of the Bundesverfassungsgericht judgment of 5 May 2020 in the Weiss case] From the point of view of European Union law, this the first time that the BVerfG concretizes its threat not to implement the decisions of the EU Court of Justice, which was already expressed in several of its previous judgments and, in particular, in its judgment on the Lisbon Treaty of 2009. The reasoning of the Karlsruhe judges reveals, however, gaps and errors. I will first refer to the most relevant legal errors (par. II). I will then briefly refer about the consequences of such violations of EU law (par. III).

I. Il quadro di riferimento^[1]

Nel dibattito giuridico e politico tedesco è da tempo messo in discussione il fatto che l'Unione europea abbia la cd. *Kompetenz-Kompetenz*: e, cioè, il potere di decidere se i suoi atti siano giustificati dal principio di attribuzione.

Il bersaglio di questa polemica è la Corte di Giustizia, spesso accusata di voler avere sempre l'ultima parola e di comportarsi con arroganza.

Diversamente da quanto è stato osservato da alcuni commentatori tedeschi (mi riferisco in particolare ad un articolo pubblicato sul *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 4 giugno 2020, p. 7 e firmato da 13 accademici tedeschi), la sentenza del 5 maggio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* non rappresenta, infatti, per nulla un tentativo di sviluppare ulteriormente (“*entfalten*” è il verbo utilizzato nell’articolo sul *FAZ!*) la cooperazione fra giudici. Si tratta, invece, di un tentativo da parte dei giudici della Suprema Corte federale tedesca di imporre alla Corte di giustizia (e, quindi, all’Unione europea) la loro maniera di ragionare in diritto dell’Unione Europea.

I giudici del *zweiter Senat*, infatti, se apparentemente accettano che la Corte di giustizia sia autorizzata a pronunciarsi sulle proprie competenze (attribuite dall’articolo 226 del trattato CE, oggi dall’art. 19 TUE) precisano però che questo è accettabile «*solo nella misura in cui la sentenza della Corte può essere collegata a principi metodologici riconosciuti e non appare oggettivamente arbitraria*»^[9].

Dopo di che, essi contestano la decisione della Corte di giustizia UE nel caso *Weiss* sulla base di un metodo di ragionamento che, nella loro prospettiva è il solo metodo di ragionamento corretto: il sindacato sulla proporzionalità così come applicato e interpretato dai giudici tedeschi. Così facendo, per di più, i giudici del *zweiter Senat* si arrogano il diritto di valutare della legalità di un atto dell’Unione europea (gli atti della Banca centrale europea all’origine della controversia nel caso *Weiss*) in ultima istanza: con ciò agendo in palese violazione dell’art. 19 TUE.

L’esito ultimo di questa pronunzia è il rifiuto di applicare il diritto dell’Unione (in Germania), sulla base del principio democratico e del controllo delle competenze dell’Unione.

Dal punto di vista del diritto dell’Unione europea è la prima volta che il *BVerfG* mette in atto la sua minaccia di non attuare le decisioni della Corte di giustizia UE: minaccia che è contenuta già in diverse sue precedenti sentenze e, in particolare, nella sua sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009^[9].

L’argomentare dei giudici di *Karlsruhe* rivela, tuttavia, lacune e veri propri errori in diritto.

Qui di seguito farò dunque, anzitutto, riferimento agli errori giuridici a mio parere più rilevanti (par. II).

Dirò poi brevemente anche delle conseguenze delle violazioni del diritto UE da parte della Germania che la sentenza implica (par. III).

II. Gli errori principali nel ragionamento giuridico del *BVerfG*

1. Errore 1: il principio di proporzionalità non si applica alla delimitazione delle competenze fra UE e Stati membri

I giudici del *BVerfG* affermano che l'esame del rispetto del principio di attribuzione deve essere effettuato applicando il principio di proporzionalità, in quanto principio interpretativo che costituirebbe una tradizione costituzionale comune degli Stati membri.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 5 par. 1 TUE: «*La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità*». Sicché, è solo una volta che sia acclarato che una competenza spetta all'Unione che entra in gioco il secondo *alinea* dell'art. 5, comma 1, TUE, quello che fa riferimento ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

In particolare, poi, il principio di proporzionalità concerne unicamente il *come* dell'esercizio delle competenze. Lo specifica chiaramente il par. 4 dell'art. 5 TUE: ai sensi del quale «*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*».

Sicché, nel loro ragionamento sul punto, i giudici del *zweiter Senat* incorrono in un vero e proprio errore giuridico: perché non si capisce come sarebbe possibile che, una volta stabilita la competenza dell'Unione (sulla base del principio di attribuzione), l'utilizzo di tale competenza in modo non conforme al principio di proporzionalità (che attiene evidentemente al "come" esercitare la competenza attribuita) potrebbe privare la decisione/azione sottoposta a controllo di legittimità di base giuridica, con la conseguenza che l'atto corrispondente sarebbe *ultra vires*.

Si tratterebbe, tutt'al più, di un mero vizio di legittimità dell'atto *ex art. 263 TFUE*, che potrebbe dunque condurre ad un annullamento dello stesso:

annullamento che, ad ogni buon conto, potrebbe essere pronunciato solo dai giudici della Corte di giustizia di Lussemburgo.

La stessa premessa di tutto il ragionamento che segue nella sentenza del *BVerfG* (applicabilità del principio di proporzionalità nel caso di specie e sue conseguenze) appare dunque come del tutto infondata!

2. Errore 2: il principio di proporzionalità (quale parametro d'azione per le Istituzioni UE e canone di sindacato giurisdizionale per la Corte di giustizia) non è quello tedesco, ma quello proprio dell'ordinamento UE

Il ragionamento in diritto seguito dai giudici tedeschi del *zweiter Senat* sarebbe peraltro errato anche ove fosse corretta la premessa di fondo: e, cioè, che il principio di proporzionalità sia effettivamente rilevante ai fini del riesame della delimitazione delle competenze dell'Unione (cosa che non è, come già si è detto, proprio in virtù delle stesse previsioni dei Trattati UE).

Il *BVerfG* (al punto 118 della sentenza) afferma che l'applicazione del principio di proporzionalità da parte della Corte di giustizia UE è «*assolutamente non comprensibile*» (*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*) e «*quindi oggettivamente arbitraria*» (*daher objektiv willkürlich*)¹⁴. Ma l'affermazione si basa sulla premessa che la Corte di giustizia UE debba applicare lo schema di ragionamento *nazionale* tedesco quando fa applicazione del principio di proporzionalità.

Anche se la Corte di giustizia UE si è certamente ispirata, in origine, al modello tedesco di sindacato giurisdizionale del principio di proporzionalità, questo non autorizza di certo a concludere che vi sia una sorta di ruolo di guardiano, da parte del *BVerfG*, sul modo in cui la Corte di giustizia UE applica questo principio all'interno della sua giurisprudenza.

Come è ben noto in dottrina, infatti, i principi generali del diritto UE, se sovente nascono nell'alveo di tradizioni nazionali dalle quali sono “presi a prestito” dalla Corte UE di Lussemburgo, una volta fatto il loro ingresso nella giurisprudenza della Corte UE essi acquistano necessariamente *autonomia* rispetto agli ordinamenti di origine; e diventano, appunto, “principi generali di Diritto UE”,

in quanto tali autonomi e “altri” rispetto a quelli dell’ordinamento (nazionale) di origine. E come tali vengono dunque applicati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza.

3. Errore 3: Il vizio di motivazione di atti delle Istituzioni UE può essere sindacato solo dalla Corte di giustizia UE

Se la sentenza del *BVerfG* appare, dunque, come un maldestro tentativo di dare una lezione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea su cosa è e come dovrebbe essere applicato il principio di proporzionalità, nel dispositivo della sentenza l’obiezione contestata sembra in realtà riferirsi ad un problema di difetto di motivazione: il *BVerfG* afferma, infatti, che il Consiglio direttivo della BCE «non ha né verificato, né spiegato che le misure decise sono conformi al principio di proporzionalità»¹⁸¹.

Tuttavia, se il vizio lamentato è quello di motivazione insufficiente, allora occorre dire che, (sempre ai sensi dell’art. 263 TFUE) era compito (esclusivo) della Corte di giustizia il verificare se sussistesse o meno un difetto di motivazione negli atti adottati da parte della BCE.

Come risulta invece chiaramente dalle motivazioni della loro pronuncia, i giudici del *zweiter Senat* si arrogano il potere di sostituirsi non solo al Consiglio direttivo della BCE, ma anche alla Corte di Giustizia. Il che risulta, evidentemente, del tutto contrario ai Trattati.

III. Le violazioni del diritto UE e le loro conseguenze

1. L’ingiunzione alla *Bundesbank*

In estrema sintesi, con la sua sentenza del 5 maggio 2020 il *BVerfG* ha ordinato alla Banca centrale della Repubblica federale di Germania di cessare gli acquisti sul mercato secondario di titoli sovrani nell’ambito del programma PPSP se la BCE non dimostra, entro un periodo massimo di tre mesi, che le sue decisioni sono conformi al principio di proporzionalità (così come applicato e interpretato dai giudici tedeschi).

La sentenza dichiara inoltre che il Governo federale e il Parlamento (*Bundestag*) sono venuti meno agli obblighi derivanti dall’articolo 23 della Legge

fondamentale tedesca - che riconosce la partecipazione della Repubblica federale di Germania al "contributo allo sviluppo dell'Unione europea" - non avendo tali organi adottato tutte le misure appropriate per impedire al Consiglio direttivo della BCE di adottare le misure in questione.

Sebbene la *Bundesbank* sia un'Istituzione della Repubblica federale di Germania, essa è tuttavia indipendente: sia in virtù della legge che la istituisce, sia in virtù del diritto primario dell'Unione, che la rende membro del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC).

Supponendo, dunque, che il controllo giudiziario esercitato dal *BVerfG* sulle Istituzioni federali gli consenta senza limitazioni di emettere ingiunzioni contro la *Bundesbank*, appare chiaro che i tentativi del Governo federale e del Parlamento di influenzare gli organi della BCE e i membri del SEBC sarebbero contrari alla loro indipendenza, garantita dal diritto primario dell'Unione^[6].

Inoltre, con la loro ingiunzione (e indipendentemente da quello che deciderà di fare il destinatario dell'ingiunzione medesima), i giudici del *zweiter Senat* incitano la *Bundesbank* (e in effetti anche il Governo federale e il Parlamento tedesco) a violare il diritto dell'Unione europea.

Il fatto che i giudici del *zweiter Senat* basino la loro ingiunzione sull'affermazione (basata a sua volta su di un ragionamento altrettanto discutibile) che il programma PSPP (*Public Sector Purchase Programme*) ostacola la realizzazione del principio di democrazia, limitando i poteri del Parlamento federale, non cambia nulla nel caso di specie: c'è una violazione (e flagrante!) del diritto dell'Unione.

2. La "rottura" del principio di uniforme applicazione del diritto UE

Al fine di chiarire la propria posizione nei confronti degli altri Stati membri dell'Unione, i giudici del *zweiter Senat* dichiarano che, in mancanza di una motivazione convincente da parte della BCE circa la conformità delle decisioni della BCE al principio di proporzionalità, tali decisioni non sono applicabili (solo) nel territorio della Repubblica federale di Germania.

Così facendo, tuttavia, i giudici del *zweiter Senat* violano un principio fondamentale del diritto dell'Unione: quello dell'applicazione uniforme.

A meno che, infatti, non vi sia una deroga esplicita, gli atti di diritto derivato si applicano in tutti gli Stati membri e devono essere applicati *allo stesso modo*.

Ignorare questo principio contribuisce alla frammentazione dell'Unione in tanti regimi giuridici diversi quanti sono gli Stati membri, facendone così venire meno la sua caratteristica peculiare, il suo tratto distintivo rispetto al diritto internazionale classico (che tipicamente si frammenta in tanti diritti internazionali quanti sono gli Stati membri che lo interpretano ed applicano).

Si tratta, dunque, di una violazione estremamente grave del diritto UE!

Questo argomento, per di più, giustificerebbe anche facilmente il rifiuto, da parte di altri Governi, di applicare le sentenze della Corte di giustizia che li condannano per violazione dell'articolo 19 del TUE per le loro azioni che mettono in discussione, tra l'altro, l'indipendenza della magistratura (Polonia, Repubblica Ceca etc.).

Peraltro, quando il *BVerfG* minaccia di fare disapplicare le decisioni della BCE in Germania, impedendo quindi alla *Bundesbank* di acquistare titoli sul mercato secondario, è chiaro che gli effetti di un tale divieto non sarebbero limitati alla Germania, ma sarebbero immediatamente percepibili negli altri Stati membri dell'Unione, anzitutto in quelli con una situazione finanziaria di maggiore debolezza.

3. Le norme violate

A titolo di premessa occorre ricordare che la violazione del diritto UE da parte delle Corti (e più in generale da parte di qualunque Istituzione, organo, articolazione territoriale etc.) di uno Stato membro espone lo Stato membro stesso al rischio di avvio di una procedura di infrazione nei suoi confronti da parte della Commissione (nonché ad un ricorso in responsabilità dinanzi alle sue proprie giurisdizioni – *Köbler c. Austria*¹⁷¹).

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio integra, anzitutto, una violazione dell'art. 19 TUE: è questo nella misura in cui i giudici del *zweiter Senat* si arrogano la funzione di interpretare loro il diritto UE; funzione che è invece riservata alla Corte di giustizia dall'art. 19 TUE.

Vi è poi anche una violazione dell'art. 267 terzo comma TFUE: il *BVerfG*, dati i dubbi emersi nel corso del giudizio pendente dinanzi ad essa, avrebbe infatti

dovuto fare un secondo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, di interpretazione della sentenza *Weiss* dell'11 dicembre 2018. Al pari di come ha fatto, ad esempio, la Corte Costituzionale italiana nel ben noto caso *Taricco*^[8].

D'altra parte, per fare un esempio recente, nel 2018 la Francia è stata condannata per inadempimento proprio per la ragione che il suo *Conseil d'Etat*^[9] aveva omesso di adire la Corte di giustizia UE con un rinvio pregiudiziale, facendo invece un'applicazione errata della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla tassazione di società commerciali non residenti. E la Francia si era poi naturalmente conformata alla sentenza di condanna da parte della Corte di Lussemburgo.

Il mancato rinvio pregiudiziale del *BVerfG* configura peraltro anche una violazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE: che implica, non solo che «*Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità*». Ma anche che «*Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti*» e «*si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*».

Sarebbe anzi, forse, l'occasione giusta per la Corte di giustizia per potere specificare meglio gli obblighi che questa importante previsione del Trattato implica per le Istituzioni ed organi di tutti gli Stati membri, ivi comprese le loro Corti supreme.

E questo anche in relazione all'ultimo alinea dell'art. 4 TUE, che fa espresso riferimento al dovere di astenersi «*da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*».

Oltre al problema squisitamente giuridico vi è infatti, qui, anche la necessità di difendere l'Unione europea (e la sua suprema Corte) e l'autonomia del suo diritto a fronte di tentativi di supremazia, anche "culturale", da parte di Corti nazionali, quali che siano. Questo vale sia per il ragionamento sul principio di proporzionalità (di cui già si è detto), sia per l'opposizione dei giudici tedeschi a che il sindacato giurisdizionale sulle decisioni della BCE sia limitato alle sole ipotesi di errore manifesto (è questo il cuore della critica dei giudici tedeschi al modo di procedere della Corte di giustizia UE nella sentenza *Weiss*).

Conclusivamente si deve dunque osservare che, lungi dall'essere un tentativo di sviluppare ulteriormente la cooperazione fra Corti, la pretesa dei giudici del

zweiter Senat di “dire l’ultima parola”, ed imporre così il loro modo di ragionare in diritto (ed anche in economia) alle Istituzioni dell’UE, se rischia certamente di «*compromettere la realizzazione degli scopi*» previsti da Trattati, appare anche come una maniera di *non* facilitare l’Unione «*nell’adempimento dei propri compiti*».

La Corte di giustizia UE, occorre ricordarlo, è non soltanto l’unico organo deputato ad interpretare il diritto dell’Unione ai sensi dei Trattati. Essa è comunque anche composta da giudici che provengono da tutti gli (attualmente ventisette) Stati membri; e che sono dunque la migliore espressione della diversità culturale (anche di cultura giuridica) che caratterizza l’Unione europea: quella preziosa diversità culturale il cui significato è bene riassunto dal motto dell’UE “unità nella diversità”.

Key points of the URI-AFCO Hearing of July 14th, 2020 on the Consequences of the Judgment of German Constitutional Court

The judgment of 5th May 2020 of the *zweiter Senat* of the *Bundesverfassungsgericht* is more than questionable from a legal point of view.

1. First of all, according to Art. 5 TUE the principle of proportionality concerns «*the content and form of Union action*» and, as such, has nothing to do with the question whether the actions falls or not within the limits of the EU competences. Therefore, an act could not be ‘ultra vires’ for violation of the principle of proportionality.
2. Secondly, even if the principle of proportionality did apply here (which is not the case), it would still certainly not be in the form of the German model of judicial review of the principle of proportionality. General principles of EU Law, such as the principle of proportionality, are autonomous with respect to those of the National legal systems. Only the CJEU can define their content and how to use them in its judicial review. No national judge whatsoever can claim to ‘know better’, by making reference to its national model of judicial review (of proportionality).
3. Checking whether or not there was a lack of reasons-giving in the acts

adopted by the ECB is certainly an (exclusive) task of the Court of Justice, pursuant to art. 263 TFEU.

Therefore, the claim of the judges of the *zweiter Senat* to replace the CJEU in assessing the lack of motivation of the acts of the ECB is totally contrary to the Treaties.

4. The *zweiter Senat* concludes that, without a convincing reasons-giving by the ECB regarding the compliance of its decisions with the principle of proportionality, these decisions are not applicable in the territory of the Federal Republic of Germany (only). This is a violation of the principle of uniformity of application of EU law. Unless, in fact, there is an explicit derogation, secondary EU law acts apply in all Member States and must be applied everywhere in the same way.
5. There is also a violation of art. 267 paragraph 3 TFEU: given the doubts that emerged during the judicial trial, the *Bundesverfassungsgericht* would have had to make a second preliminary reference to the Court of Justice, for the interpretation of the *Weiss* judgment of December 2018. Rather than trying to give its own interpretation of EU law and thus violating also art. 19 TFEU.
6. Last but not least, the *BVerfG* decision constitutes a violation of the principle of sincere cooperation, as laid down in art. 4 paragraph 3 TEU, also in relation to the last part of the provision which expressly refers to the duty to «*refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives*».

1.

Il testo è stato redatto in vista dell'audizione al Parlamento del 14 luglio 2020: JURI-AFCO: Hearing on the Consequences of the Judgment of German Constitutional Court, in

<https://www.europarl.europa.eu/committees/en/juri-afco-hearing-on-the-consequences-of/product-details/20200709CAN56381>. Il quesito posto era il seguente: *What are the constitutional and legal effects and consequences of the Judgement of 5 May 2020 of the Second Senate of the German Constitutional Court in the context, inter alia, of the principles of attribution and proportionality, the control of the Union's competences, and the uniformity of application of EU law?* L'A. ringrazia il Parlamento europeo per avere autorizzato la pubblicazione del presente testo anche in CERIDAP.

CERIDAP

2.
„Solange sie sich auf anerkannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint“. Punto 112 della motivazione del *BVerfG*.
3.
BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009, - 2 BvE 2/08 -, Rn. 1-421, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.
4.
L'espressione era stata usata già nella sentenza del 2016 sul programma OMT: *BVerfG*, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016, 2 BvR 2728/13, Rn. 1-220, ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160621.2bvr272813, par. 149.
5.
„(...) weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen“. Punto 116 della sentenza del *BVerfG*.
6.
Sicché l'intimazione rivolta e alla Bundesbank e, indirettamente, alla BCE risulta essere in netto contrasto con gli obblighi gravanti sugli Stati membri ai sensi dell'art. 130 TFUE e dell'art. 7 del Protocollo SEBC.
7.
Sentenza Corte giust. del 30 settembre 2003, Gerhard Köbler c. Republik Österreich, causa C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513.
8.
Con ordinanza n. 24 del 23 novembre 2016 (depositata il 26 gennaio 2017), che ha portato alla sentenza Taricco II della Corte di giustizia: Corte di giustizia 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.
9.
Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 4 ottobre 2018, in causa C-416/17, Commissione europea c. Repubblica francese, ECLI:EU:C:2018:811.

Assenteismo e lesione all'immagine della P.A.

Giovanni Pasceri

La Corte Costituzionale ribadisce l'obbligo per il Governo di attenersi ai limiti della legge delegata, dichiarando l'incostituzionalità non solo della norma sollevata dal Giudice rimettente ma anche di quelle strettamente consequenziali a quella contestata. La sentenza approfondisce la natura del danno all'immagine della pubblica amministrazione come danno conseguenza e non relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione così come costituita dalla norma rimessa al giudizio costituzionale.

[Absenteeism and reputational damage of the administrative structures] The Constitutional Court reiterates the obligation for the Government to comply with the limits of the delegated law, declaring the unconstitutionality not only of the rule raised by the referring judge but also of those strictly consequential to that contested. The ruling investigates the nature of the damage to the image of the public administration as damage consequence and not related to the relevance of the fact for the media as constituted by the rule subject to constitutional.

1. Premessa

La Corte dei Conti, sezione giurisdizionale regionale per l'Umbria, chiamata ad esprimersi sulla responsabilità di una pubblica dipendente che aveva falsamente attestato la propria presenza in servizio, ha sollevato la questione sulla legittimità costituzionale dell'art. 55-*quater*. «Licenziamento disciplinare», comma 3-*quater*, del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, limitatamente all'ultimo periodo secondo cui: «*La Procura della Corte dei Conti, quando ne ricorrono i presupposti^[1], emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. (...) L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna*

non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia".

La norma censurata dal Giudice rimettente va inquadrata nella più ampia previsione normativa denominata "legge Madia"^[2] varata in seguito a numerose inchieste giudiziarie sui "furbetti del cartellino", così qualificati dai resoconti giornalistici che hanno dato eco alle numerose indagini penali su tutto il territorio nazionale.

Il Decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116 era stato voluto dal legislatore proprio per rendere celere l'*iter* procedimentale definito dal previgente art. 55-*quater* «Licenziamento disciplinare», introdotto dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, che, in difetto, rischiava di vanificare la *ratio* stessa della norma con lungaggini procedurali anche in ordine alla sospensione dal servizio del dipendente "infedele"^[3].

Il Decreto in questione, rispetto l'originario impianto normativo previsto dall'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001^[4], oltre a precisare al comma 1-*bis*^[5] la nozione di «falsa attestazione in servizio», e al comma 3-*bis*^[6] definire l'*iter* procedimentale inerente la sospensione cautelare dal servizio, ha altresì introdotto il comma 3-*ter*^[7] con il quale definisce, specificandole, le modalità di contestazione e dell'addebito disciplinare in relazione alla falsa attestazione della presenza in servizio fraudolenta accertata in flagranza o tramite strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze determinava, *de plano*, il danno all'immagine alla stessa pubblica amministrazione.

Nello specifico, la norma rimessa al giudizio di costituzionalità riguardava, esclusivamente, l'ultimo periodo dell'art. 3-*quater*^[8], il quale, nell'imporre l'obbligo di denuncia al pubblico ministero, qualora ne ricorrono i presupposti, imponeva l'azione di responsabilità per *danno all'immagine* che l'Amministrazione subirebbe a causa della rilevanza del fenomeno assenteistico dei dipendenti reso noto dai resoconti giornalistici.

La norma, ed è questo l'oggetto della questione costituzionale sollevata, stabilisce che, qualora la lesione all'immagine della Pubblica Amministrazione fosse accertata, «*l'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia*».

Il testo, così come formulato, sembrerebbe identificare come suo elemento costitutivo non tanto la lesione alla fiducia e alla considerazione di cui la Pubblica Amministrazione deve godere nella collettività, ma la «*rilevanza del fatto per i mezzi di informazione*».

2. L'incostituzionalità dell'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, ultimo periodo del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165

La Sezione Giurisdizionale rimettente, pur ritenendo fondata l'azione di risarcimento del danno patrimoniale causato all'Amministrazione di appartenenza, per l'indebita percezione della retribuzione del dipendente assenteista, con sentenza non definitiva, ha rimesso al Giudice costituzionale l'art. 55-*quater*, comma 3-*quater*, ultimo periodo del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, così come integrato dall'art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 116/2016, in attuazione dell'art. 17, comma 1, lett. s), della n. 124/2015, il quale, appunto, prevedeva la condanna al “danno all'immagine” nella misura non «*inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia*».

Il Giudice rimettente, nella sua ordinanza-sentenza, solleva i seguenti dubbi sulla costituzionalità:

a) violazione dell'art. 76 della Costituzione in quanto il Governo avrebbe ecceduto nella delega:

- 1) incidendo sulla disciplina dell'azione di responsabilità amministrativa;
- 2) determinando la “sanzione” per la lesione del diritto di immagine, ancorché la legge delega prevedesse che il decreto delegato si limitasse ad un mero “riordino” del procedimento disciplinare;

b) violazione dell'art. 3 della Costituzione, anche in riferimento agli artt. 2 e 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della CEDU e all'art. 4 del Protocollo n. 7 della stessa Convenzione, in quanto la norma, definendo l'obbligo «*in ogni caso*» di sanzionare la condotta dell'assenteista nella misura non inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio:

- 1) impedirebbe al giudice contabile di dare rilevanza a circostanze peculiari e caratterizzanti il caso concreto, imponendogli comunque una condanna pur in presenza di condotte marginali e tenui, che abbiano prodotto un pregiudizio

minimo;

2) violerebbe i principi fondamentali e generali in materia sanzionatoria quali la certezza, la ragionevolezza e la proporzionalità, ponendosi in contrasto con la citata giurisprudenza sovranazionale europea^[9].

La Corte Costituzionale, dopo una dettagliata ricostruzione della disciplina relativa al danno da lesione al diritto di immagine e delle novelle normative che, nelle more, hanno modificato il d.lgs. n. 165 del 2001, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale non solo della norma censurata, riguardante l'ultimo periodo dell'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165 del 2001^[10], ma anche del secondo, terzo e quarto periodo del comma 3-*quater* della medesima disposizione poiché:

1) la legge delega n. 124/2015 non autorizzava il Governo ad introdurre nuove norme sanzionatorie^[11];

2) dalla materia delegata, attinente al riordino del procedimento disciplinare, non può trarsi, un contenuto normativo introduttivo di nuove fattispecie sostanziali nemmeno *per relationem* in quanto non è desumibile, dal testo del legislatore delegante, un volontà in tal senso^[12].

Da ciò, come si legge nelle motivazioni della Corte Costituzionale, sussiste un chiaro contrasto della disposizione censurata rispetto all'art. 76 della Costituzione, in quanto la legge delegata non si limita ad un "riordino" della normativa, con riferimento ai modi e ai tempi del procedimento disciplinare, così come invece era richiesto dalla legge delegante.

La natura sostanziale della norma^[13] volta a fissare criteri di liquidazione del danno all'immagine da falsa attestazione non si rinviene solo nella creazione di un nuovo precetto normativo, ma anche quando venga eliminato o modificato il medesimo precetto ovvero, come nel caso di specie, venga definita anche solo una sanzione amministrativa^[14].

Nel caso di specie, la norma contestata, fissando una soglia sanzionatoria inderogabile nel minimo, non permetterebbe di garantire il principio sopra richiamato di proporzionalità della sanzione rispetto al caso concreto oggetto di contestazione disciplinare.

La norma delegata, inoltre, fissando l'obbligatorietà del "*minimo sanzionatorio*", in ipotesi di fondatezza della contestazione relativa al danno all'immagine, impedisce, di fatto, alla Corte dei Conti di dare rilevanza ad altre circostanze peculiari e caratterizzanti il caso concreto, imponendo al giudicante la condanna

dell'incolpato anche in presenza di condotte marginali e tenui che abbiano prodotto un pregiudizio minimo.

Tale norma mal si concilia con il principio di proporzionalità e della gradualità sanzionatoria.

Caratteristica tipica del giudizio di responsabilità contabile è l'autonomia della valutazione che questi ha nel valutare il comportamento contestato al dipendente pubblico potendo prendere in esame, per l'accertamento del danno erariale, anche fatti e circostanze diversi rispetto a quelli acquisiti nell'eventuale giudizio civile o penale^[15]: «*Al riguardo dobbiamo richiamare la costante giurisprudenza della Corte dei conti secondo cui la costituzione dell'Amministrazione danneggiata come parte civile nel processo penale, anche in riferimento a fatti materiali identici commessi dagli stessi responsabili, non preclude l'autonoma valutazione del giudice contabile nell'accertamento e determinazione del danno arrecato alla finanza pubblica nella sua totalità, quale che sia il contenuto della domanda dell'Amministrazione*».^[16]

Ciò in quanto nel giudizio di responsabilità contabile non avviene un'attività meramente ricognitiva di quanto già accertato dal giudice civile o penale, ma una valutazione autonoma che si sostanzia su presupposti diversi da quelli considerati dalla giurisdizione ordinaria quali il rapporto di servizio, il comportamento dell'incolpato, l'elemento soggettivo in relazione all'organizzazione in cui il dipendente opera, il nesso di causalità ed il danno erariale^[17].

3. Il danno all'immagine come da “*clamor fori*”?

La Corte Costituzionale, nel ribadire la rilevanza dell'art. 76 della Costituzione, ci offre spunti di riflessione su altri due temi: *a)* se il danno all'immagine si pone come conseguenza necessaria alla responsabilità del dipendente; *b)* se l'elemento costitutivo del danno, determinato dalla lesione, dell'immagine sia la «*rilevanza per i mezzi di informazione*». Con riferimento al primo tema, è pacifico in giurisprudenza che il giudizio amministrativo-contabile è autonomo rispetto sia a quello penale sia a quello civile. L'azione penale ha per oggetto la tutela del bene protetto dalla norma, mentre l'azione civile si concretizza nella “*restitutio ad integrum*”, patrimoniale o meno, in funzione di un riequilibrio della normale lesione, contrattuale o extracontrattuale, del diritto soggettivo del creditore.

La responsabilità penale, quanto quella civile non sono dunque sovrapponibili alla responsabilità contabile-amministrativa, che ha per oggetto la tutela dei principi amministrativi ricollegabili ai valori costituzionali quali l'equilibrio della finanza pubblica *ex art. 81* della Costituzione, e il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione ai sensi dell'*art. 97* della Costituzione.

Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, operando attraverso uffici ed organi, si fonda sulla "*immedesimazione organica*" e, dunque, la lesione – non provenendo dall'esterno ma dall'interno (ovvero dalla stessa Amministrazione) – dovrà essere valutata secondo il modello organizzativo, direzionale e di controllo che la P.A. ha adottato.

A maggior ragione nel caso del lavoratore che attesti falsamente la presenza in servizio mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento e altre modalità fraudolente che, per la sua sistematicità, pone dubbi circa il fatto che la stessa Amministrazione "*toller*i" la generalità di tale comportamento anche in ragione all'assenza della (necessaria) produttività del lavoratore che, pur dichiarando la sua presenza in servizio, di fatto, non svolge la prestazione per cui è stato assunto e per la quale deve essere valutato.

Come è noto, l'*art. 41* del d.lgs. n. 150/09 introduce il comma 1-bis all'*art. 21* del d.lgs. 165/2001 il quale prevede la decurtazione della retribuzione di risultato per *culpa in vigilando* sulla produttività dei dipendenti della P.A.

Tale norma introduce per ogni dirigente l'obbligo di verificare il corretto adempimento alle proprie obbligazioni contrattuali dei dipendenti del proprio Ufficio in modo che la struttura non manchi ai risultati previsti.

La norma è finalizzata a garantire l'efficienza e l'effettivo conseguimento dei risultati inerenti l'attività lavorativa dei dipendenti e dell'andamento della gestione amministrativa.

In questo modo si è venuto a delineare un vero e proprio obbligo di verificare della produttività di ciascun dipendente e di controllo dell'andamento della gestione amministrativa.

Con riferimento al secondo tema la norma, oggetto di censura, mostra(va) un limite alla determinazione del presupposto sanzionatorio, laddove rimetteva la determinazione del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione alla «*valutazione equitativa del Giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per*

i mezzi di informazione».

In questo modo la mera «*rilevanza del fatto per i mezzi di informazione*» diventa elemento costitutivo della lesione stessa e dell'entità del risarcimento conseguente. Al contrario, il danno all'immagine opera su due distinti piani: uno interno e uno esterno.

Il primo riguarda la rilevanza negativa del fatto dannoso commesso dalle persone fisiche che compongono l'organo amministrativo, diretto e immediato, come la mancanza di produttività rispetto la posizione posseduta all'interno dell'organizzazione ed anche l'indebita percezione stipendiale.

Il secondo attiene la diminuita considerazione nell'utenza e nell'opinione pubblica in relazione al fatto riprovevole che incide sull'Amministrazione intesa sia in senso funzionale sia strumentale.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 355/2010, sul punto, ha avuto modo di ricordare che la tutela dell'immagine della pubblica amministrazione si ricollega direttamente al precetto costituzionale di buon andamento della P.A. sancito dall'art. 97 Cost. e al principio “*etico*” definito dall'art. 54 Cost. secondo cui i cittadini a cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere non solo di rispettare le leggi ma anche di svolgere il loro dovere con disciplina ed onore^[18].

Detti principi impongono per la pubblica amministrazione un modello organizzativo ispirato ai principi di efficacia, efficienza e imparzialità non solo nel suo agire amministrativo ma anche nel suo “*apparire*” preservando il ruolo funzionale che la legge le riserva. In questo senso, l'immagine della pubblica amministrazione costituisce la proiezione esterna della propria organizzazione e del prestigio di cui deve godere.

La sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, n. 26972/2008, chiamata a comporre un contrasto giurisprudenziale tra sezioni in merito alla natura del danno relativo alla tutela dell'immagine della Pubblica Amministrazione, ha escluso che tale lesione sia ricollegabile al “*danno evento*”, in contrapposizione al “*danno conseguenza*”, riconducendolo così quale componente del danno non patrimoniale.

In seguito agli altalenanti orientamenti giurisprudenziali della Corte dei Conti, seguendo i principi di diritto dettati dalle SS. UU. della Cassazione, la magistratura contabile, con la sentenza n. 1-QM/2011 emessa dalle Sezioni Riunite SS.RR., in data 18 gennaio 2011, ha stabilito che il danno all'immagine

della Pubblica amministrazione costituisce un danno non patrimoniale, anche se inteso come “*danno c.d. conseguenza*” alla lesione dell’immagine dell’Ente.

La conseguenza del fatto lesivo non può ricondursi alle «*spese necessarie al ripristino*», le quali, invece, costituiscono quantificazione equitativa del risarcimento.

In questo modo, la patrimonialità del danno all’immagine della P.A. concerne la «*valutazione del pregiudizio subito*», e non anche l’individuazione della sua natura giuridica non patrimoniale.

Se ciò è vero, il danno all’immagine come fatto lesivo o danno evento deve essere valutato oggettivamente ovvero in relazione alla gravità dell’evento-reato avendo riguardo il ruolo che il dipendente possiede all’interno dell’organizzazione amministrativa in ragione proprio della “*proiezione esterna*” dell’organizzazione amministrativa e del prestigio di cui deve godere.

Al contrario, il *clamor fori* costituisce un criterio di valutazione sociale non sufficientemente oggettivo e, come tale, inidoneo a valutare l’entità del pregiudizio subito dalla P.A., ovvero a valutare se e quanto era già compromesso il suo prestigio nel comune modo di sentire sociale.

Da ciò deve desumersi che il *clamor fori* può costituire, semmai, un’aggravante nella valutazione complessiva del danno non patrimoniale ma è inidoneo a determinare, anche in parte, l’elemento costitutivo della fattispecie sanzionatoria. Sulla scorta di tale premessa, sussistevano già dubbi di costituzionalità laddove la norma citata, per la determinazione dell’ammontare del danno rinviava, *de plano*, alla valutazione equitativa del giudice, anche, in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione.

4. Il potere della Corte Costituzionale di dichiarare l’incostituzionalità di norme diverse rispetto a quelle censurate dal Giudice rimettente

L’art. 27, della legge costituzionale n. 87 del 1953, stabilisce che, sia nei giudizi promossi in via incidentale sia nei giudizi avanzati in via principale, la Corte costituzionale: «*quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell’impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime*».

La norma ricalca sostanzialmente il principio processuale della corrispondenza tra «*chiesto e pronunciato*», dettato dall'art. 112 del codice di procedura civile, secondo cui il Giudice deve pronunciarsi non oltre il limite della domanda.

Il Giudice costituzionale, pertanto, pur riscontrando elementi di incostituzionalità o incompatibilità con il dettato costituzionale di una norma, e qualora ritenga di non poter concludere per una decisione di incostituzionalità (per l'infondatezza o l'inammissibilità) deve, nella parte motiva, invitare il legislatore ad intervenire sul vizio denunciato al fine di rendere conforme la norma al dettato costituzionale mediante il cosiddetto istituto dei "moniti".^[19] Sul punto, dalla dottrina non sono mancate critiche ai "moniti" costituzionali in relazione al fatto che, in questo modo, la Corte Costituzionale esercita un potere di sollecito che incide sulle funzioni del legislatore arrivando, nei casi in cui detti "moniti" siano accompagnati da indicazioni circa l'ambito e le modalità di intervento^[20], a surrogarsi, di fatto, al potere legislativo^[21].

Tuttavia, qualora la norma rimessa all'esame della Corte Costituzionale sia strettamente correlata con norme inscindibili e funzionalmente dipendenti alla norma censurata dal Giudice rimettente, la Corte Costituzionale può ampliare il proprio giudizio dichiarando incostituzionali anche le norme conseguenti^[22].

La deroga al principio anzidetto si rinviene nella seconda parte dell'art. 27 della legge n. 87/1953, laddove afferma che la Corte Costituzionale «*dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*».

Lo stretto legame tra norma censurata, e norma funzionalmente inscindibile alla prima, impone alla Corte di evitare che una legge resti in vigore «*quando un'altra, che ne costituisce il necessario presupposto e fondamento, sia dichiarata illegittima*»^[23].

Per l'effetto la Corte Costituzionale, con la sentenza 10 aprile 2020 n. 61, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'ultimo periodo del comma 3-*quater* dell'art. 55-*quater* riguardo l'obbligatorietà del minimo sanzionatorio per il danno all'immagine in ipotesi di fondatezza della contestazione al dipendente della Pubblica Amministrazione e, esercitando il potere di dichiarazione della "illegittimità costituzionale consequenziale", ha dichiarato, altresì, contrari all'ordinamento costituzionale anche il secondo e terzo comma, ed il comma 3-*quater* dell'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165 del 2001 introdotto dall'art. 1, comma 1,

lettera b), del d.lgs. n. 116 del 2016, in quanto funzionalmente inscindibili con l'ultimo, «*così da costituire, nel loro complesso, un'autonoma fattispecie di responsabilità amministrativa non consentita dalla legge di delega*».

1. Falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze.
2. Norma introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 116/2016, in attuazione dell'art. 17, comma 1, lett. s), della n. 124/2015 Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, anch'essa, in parte travolta dal giudizio della Corte Costituzionale in quanto, accogliendo parzialmente la censura di costituzionalità promossa della regione Veneto contro la legge delega n. 124/2015, poi trasfusa nel Decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116, ha stabilito che, in tema di riorganizzazione della dirigenza pubblica, deve ravvisarsi un concorso di competenze statali e regionali. Per l'effetto la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui i decreti attuativi incidenti su interessi degli enti locali siano stati adottati senza una idonea a realizzare del confronto autentico con le autonomie regionali mediante la Conferenza Stato-Regioni e, poiché, le norme di riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni incidono anche gli interessi degli Enti locali diversi dalle Regioni la sede ideale per un concreto confronto era la Conferenza unificata.
3. Al precedente procedimento disciplinare sono stati apportati importanti correttivi con il d.lgs. n. 75/2017 e il d.lgs. n. 118/2017 in cui i termini procedurali, pur rimanendo ordinatori, lasciano ampio spazio nella determinazione del termine iniziale: sicché viene a recuperarsi una "tempestività" spesso frutto dell'inefficienza della stessa amministrazione. Tali novelle sono sostanzialmente finalizzate a limitare i rischi di vizi procedurali, che sovente hanno determinato la nullità della contestazione o del procedimento sanzionatorio.
4. Introdotto dall'art. 69, comma 1, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.
5. All'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni: «a) dopo il comma 1 è inserito il seguente: "*1-bis. Costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta*».
6. All'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni: «b) dopo il comma 3, sono inseriti i seguenti: «*3-bis. Nel caso di cui al comma 1, lettera a), la falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, determina l'immediata sospensione cautelare senza stipendio del dipendente, fatto*

CERIDAP

salvo il diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato. La sospensione è disposta dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora o, ove ne venga a conoscenza per primo, dall'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4, con provvedimento motivato, in via immediata e comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i suddetti soggetti ne sono venuti a conoscenza. La violazione di tale termine non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile».

7. All'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni: «3-ter. Con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-bis si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4. Il dipendente è convocato, per il contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di almeno quindici giorni e può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato. Fino alla data dell'audizione, il dipendente convocato può inviare una memoria scritta o, in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa per un periodo non superiore a cinque giorni. Il differimento del termine a difesa del dipendente può essere disposto solo una volta nel corso del procedimento. L'Ufficio conclude il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito. La violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4».
8. All'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni: «Nei casi di cui al comma 3-bis, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei conti avvengono entro venti giorni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. L'azione di responsabilità è esercitata, con le modalità e nei termini di cui all'articolo 5 del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, entro i centocinquanta giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia».
9. Tra le tante si segnalano i seguenti provvedimenti i quali, ancorché datati, dettano i principi generali, in modo costante, si informa la giurisprudenza europea: CEDU del 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito; CEDU 7 dicembre 1976, Handyside c. Regno

Unito secondo cui: *«I principi di ragionevolezza e proporzionalità richiedono, invece, che le restrizioni ai diritti perseguano un fine pubblico legittimo e realizzino un “giusto equilibrio tra gli interessi generali della comunità e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali degli individui», tenuto conto del variabile «margine di apprezzamento” riconosciuto alle Autorità. In ultimo: Grand Chamber. sentenza 17 ottobre 2019 (ric. 1874/13) López Ribalda e altri c. Spagna.*

10. Come introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 116 del 2016.
11. L'art. 17, comma 1, lett. s), di tale legge n. 124/2015 - diversamente dalla legge n. 15/2009 con cui il legislatore aveva espressamente autorizzato il Governo a prevedere, nei confronti del dipendente resosi responsabile dell'addebito, il risarcimento del danno - si limita ad autorizzare il Governo a riordinare la materia mediante l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, definendo i tempi dell'azione disciplinare.
12. In questo senso: Canzian, La riviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto, Giappichelli, 2018.
13. In questo modo la sentenza n. 61/2020 della Corte Costituzionale richiamando le argomentazioni del giudice rimettente: *«anche in ragione della natura di mero «riordino» del decreto legislativo in materia disciplinare, fissata espressamente dall'art. 17 della legge n. 124 del 2015, il giudice a quo sostiene che il legislatore delegato non avrebbe potuto introdurre norme di diritto sostanziale volte a fissare criteri di liquidazione del danno all'immagine da falsa attestazione della presenza in servizio fissando una soglia sanzionatoria inderogabile nel minimo, che potrebbe essere sproporzionata rispetto al caso concreto».*
14. La Corte Costituzionale, nella parte motiva, ricorda i limiti della delega al Governo affermando che in tale contesto è particolarmente significativa l'espressa prescrizione (art. 16, comma 2, della legge n. 124 del 2015) secondo cui, *«[n]ell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi generali: a) elaborazione di un testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse, salvo quanto previsto nelle lettere successive; b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; [...], in tal modo lasciando al legislatore delegato ridottissimi margini innovativi, tanto che, nella fissazione degli ulteriori principi e criteri direttivi (come previsto dall'art. 16, comma 3), il successivo art. 17 definisce i decreti delegati come espressamente finalizzati al «riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche».* Nei casi in cui la delega sia così stringente il legislatore delegato elimina margini di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative che non possono trarsi nemmeno "indirettamente" dovendosi attenere *«strettamente ai principi e ai criteri direttivi enunciati dal legislatore delegante»* e dunque in chiaro contrasto con l'art. 76 della Costituzione così come la stessa Corte delle leggi ha più volte

- ricordato nei suoi precedenti giurisprudenziali (tra le tante: Corte Cost., n. 94, n. 73 e n. 5 del 2014, n. 80 del 2012, n. 293 e n. 230 del 2010).
15. Art. 17 del decreto legislativo 26 agosto 2016 n. 174.
 16. Tra le tante Corte dei conti, sez. Piemonte, 15 febbraio 2011, n. 44
 17. In questo senso, P. Evangelista, *Responsabilità amministrativa e amministratori delle società a partecipazione pubblica: il punto dopo i revirements giurisprudenziali*, in *Riv. Corte dei Conti*, Aprile 2014.
 18. Precetto costituzionale che sembra ricollegarsi all'art. 98 Cost secondo cui i « *I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*».
 19. M. Bellocci – T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010: «*La Corte Costituzionale ricorre quando, per varie ragioni, pur riscontrando l'esistenza di situazioni di problematica compatibilità (se non di radicale incompatibilità) della legislazione con il dettato costituzionale, ritiene di non poter giungere ad una dichiarazione di incostituzionalità e conclude il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità. La caratteristica di queste decisioni è, tuttavia, quella di contenere, in motivazione, un invito al legislatore affinché questi intervenga a sanare il vizio di costituzionalità ed a modificare la disciplina oggetto del sindacato in modo tale da renderla conforme a Costituzione. In certi casi il monito è talmente deciso e pressante da essere accompagnato da una sorta di minaccia di una possibile successiva decisione di accoglimento, ciò che si verifica soprattutto quando la Corte rilevi una prolungata inerzia del legislatore nel rimuovere situazioni di incostituzionalità già accertate in precedenti sentenze monitorie. Quando la decisione riconosce apertamente il contrasto tra la normativa impugnata ed i principi costituzionali con formule che non lasciano spazi a dubbi sull'esistenza della situazione di incostituzionalità si è soliti parlare, in dottrina, di sentenze di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata o di sentenze di rigetto o di inammissibilità, con accertamento di incostituzionalità. Il rinvio della dichiarazione di incostituzionalità è, in questi casi, essenzialmente dovuto alla volontà della Corte di rispettare la discrezionalità del legislatore*», i n
https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf
 20. Per completezza occorre ricordare che la CEDU con sentenza 21.07.2015, Oliari e Altri contro Italia, nel sanzionare lo Stato italiano, ex art. 8 CEDU, ha implicitamente riconosciuto il “moniti” della Corte costituzionale sulle unioni omosessuali eccedendo, secondo la Corte EDU, il margine di discrezionalità è violato l’obbligo positivo «*disattendendo i moniti della corte costituzionale che ha segnatamente in ripetutamente sollecitato e riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri*», in questo senso C. Masciotta, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, 2017.
 21. N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*,

CERIDAP

Bologna, 1978, *passim*.

22. R. Nevola (a cura di), Corte Costituzionale, Quaderno processuale del Servizio Studi, *Tecniche decisorie e tipologie di decisioni della Corte costituzionale. Le dichiarazioni di illegittimità nella giurisprudenza costituzionale*, 2016, STU 295; M. Bellocchi – T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, cit.
23. Così testualmente la relazione illustrativa della Legge 11 marzo 1953, n. 87 «*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*».

Gli obiettivi mancati della Blue Card europea: la necessità di una riforma sul modello tedesco

Giulia Re Ferrè

La direttiva 50/2009 ha istituito una rapida procedura di ammissione per i lavoratori altamente qualificati provenienti da paesi terzi, ma a più di dieci anni dalla sua adozione i risultati sperati non sono stati conseguiti e si è manifestata in maniera sempre più pressante la necessità di una riforma. La Germania è stata l'unico Stato europeo ad aver sfruttato le potenzialità dello strumento della Blue Card. Dall'analisi dei dati emerge che nel successo tedesco ha giocato un ruolo fondamentale il sistema universitario e la capacità del Paese di attirare studenti internazionali. La maggior parte dei titolari di Carta Blu è infatti entrata nel Paese con un visto per motivi di studio ed ha successivamente convertito il proprio titolo di soggiorno.

[The missed goals of the European Blue Card: the need of a reform based on the German model] The 50/2009 directive has created a fast tracking admission system for highly qualified third-countries workers, but after more than ten years from its adoption, it has not led to the expected results. The need of a reform appeared immediately clear. Germany has been the only European State to exploit the potential of the Blue Card. The data analysis shows that a key role was played by the German university system and the ability to attract international students. Most Blue Card owners, in fact, entered the Country with a student visa and later turned it into a different residence permit.

1. *Mismatch* occupazionali e la persistente necessità di lavoratori altamente qualificati

L'attuale pandemia di Coronavirus ha avuto effetti immediati e devastanti in ogni ambito della società ed ha messo in rilievo la problematica relativa alle carenze di manodopera presenti nel mercato del lavoro italiano. I rischi sanitari

nonché la crisi legata alla mancanza di lavoratori stagionali e allo sfruttamento di braccianti irregolari hanno spinto il Governo ad attuare una sanatoria per i lavoratori agricoli e per i collaboratori domestici, riportando alla luce la problematica legata alla necessità di manodopera straniera in molti campi. Tuttavia, l'Italia non ha bisogno solo di lavoratori da destinare a mansioni legate all'agricoltura o all'assistenza, bensì anche di manodopera altamente qualificata.

Il CEDEFOP (Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale) ha portato a termine uno studio sui “mismatch” occupazionali, ossia sullo squilibrio tra domanda e offerta di competenze^[1], focalizzandosi sulle c.d. professioni prioritarie, cioè quelle per le quali una grave carenza o eccedenza di competenze produrrebbe pesanti implicazioni per l'economia nazionale; in tutta Europa le professioni prioritarie per le quali si registra una carenza di competenze sono le professioni che richiedono livelli di competenza più elevati.

I settori che registrano maggiori carenze sono quello medico e infermieristico, il settore ICT (Information and communications technology) e il settore STIM, composto dalle professioni in campo scientifico, tecnologico, ingegneristico o matematico. Il “mismatch” occupazionale nei settori STIM e ICT è principalmente causato dall'insufficiente numero di laureati in ambito scientifico e dalla problematica collegata alla c.d. fuga di cervelli^[2]. Gli elevati tassi di abbandono degli studi, la ancora troppo bassa partecipazione femminile e l'emigrazione di soggetti altamente qualificati porta ad un importante divario tra domanda e offerta.

Da più di dieci anni l'Unione Europea sta cercando di adottare strumenti che consentano di colmare la carenza di manodopera altamente qualificata, anche attraverso politiche migratorie volte ad attirare cittadini di paesi terzi in possesso di un diploma di istruzione terziaria. Già dal Consiglio Europeo di Lisbona del 2000, l'allora Comunità Europea si era posta come ambizioso obiettivo quello di diventare la più competitiva e dinamica tra le economie basate sulla conoscenza e capace di una crescita economica sostenibile^[3] e nel 2005 il Consiglio, con l'adozione del Programma dell'Aja^[4], aveva ribadito il ruolo centrale dell'immigrazione legale nella crescita economica europea e nel perseguimento degli obiettivi della c.d. Strategia di Lisbona.

Di conseguenza nel 2009 è stata adottata la direttiva istitutiva della c.d. Carta Blu^[5], un particolare permesso di soggiorno dedicato ai lavoratori altamente

qualificati. Tale strumento, però non ha portato i risultati sperati e questo ha indotto la Commissione a presentare una proposta di riforma della direttiva^[6], che tuttavia, ad oggi, giace in una situazione di stallo.

2. La Carta Blu

La direttiva 50/2009 ha istituito una rapida procedura di ammissione per i lavoratori altamente qualificati provenienti da paesi terzi, basata su criteri comuni a tutti gli Stati membri. Si considerano altamente qualificati i lavoratori in possesso di un diploma ovvero di un titolo di formale qualificazione conseguito all'esito di un programma di istruzione superiore post-secondaria di durata almeno triennale. Per poter beneficiare della Carta Blu, il richiedente deve essere in possesso di un contratto di lavoro, ovvero di un'offerta vincolante se previsto dalla normativa interna; agli Stati membri è rimesso il compito di determinare lo stipendio minimo annuale lordo richiesto, che non può comunque essere inferiore a una volta e mezza lo stipendio medio annuale lordo nello Stato membro interessato. In Italia l'importo dello stipendio minimo annuale lordo, è pari al triplo del livello minimo previsto per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria, ossia 24.789 euro.

2.1. Il lento percorso verso la necessaria riforma della Carta Blu

L'attuazione della direttiva non ha portato i risultati sperati. A fronte di un generale insuccesso europeo della Blue Card, solo la Germania è riuscita a sfruttare tale strumento, rilasciando circa l'80% delle Carte Blu di tutta Europa. Nel 2018 in Italia sono state rilasciate 462 Carte Blu, dato che conferma comunque un progressivo miglioramento del trend, mentre nello stesso anno in Germania i beneficiari sono stati 26.995^[7].

La necessità di una riforma è apparsa da subito evidente e l'Unione si adoperata per individuare i punti critici della normativa attualmente vigente, anche attraverso una consultazione pubblica svoltasi nell'estate 2015^[8].

L'obiettivo generale della riforma è quello di sviluppare un approccio comune più armonizzato a livello europeo che comprenda condizioni di ammissione più flessibili; il miglioramento e la semplificazione delle procedure; il rafforzamento

dei diritti, compresi il diritto alla mobilità all'interno dell'UE^[9].

Uno dei principali problemi è stato identificato nella possibilità riconosciuta agli Stati di mantenere schemi interni paralleli dedicati ai migranti altamente qualificati, che andrebbero quindi aboliti. In diversi Stati, infatti, a fronte di migliaia di permessi di soggiorno a lavoratori altamente qualificati rilasciati sulla base di normative nazionali, si sono registrate solo poche unità di Carte Blu^[10]. Tuttavia nel 2009 gli Stati membri avevano manifestato una ferma opposizione all'abolizione degli schemi nazionali che aveva portato al riconoscimento della possibilità per i singoli Paesi di mantenere i propri schemi parallelamente alla normativa europea.

Le condizioni per il rilascio sono rese più flessibili ed infatti la nuova proposta di direttiva abbassa la soglia salariale richiesta e viene ridotta la necessaria durata del contratto di lavoro (da 1 anno a 6 mesi).

Viene, infine, riconosciuta una maggior libertà di movimento all'interno dell'Unione, consentendo ai titolari della Carta blu di entrare e soggiornare in altri Stati membri per esercitarvi un'attività professionale per un periodo massimo di 90 giorni su un periodo di 180 giorni. Il secondo Stato membro non è autorizzato a esigere un permesso di lavoro né altra autorizzazione, se non la Carta blu UE rilasciata dal primo Stato membro, per lo svolgimento di tale attività e tuttavia il lavoratore che voglia trasferirsi stabilmente in un diverso Stato Membro dovrà comunque fare domanda per ottenere una seconda Carta Blu^[11]; questa previsione appare come un tentativo di contemperare la richiesta degli Stati di mantenere una posizione di primazia in tema di immigrazione con la necessità di rendere la Carta Blu uno strumento di portata effettivamente europea.

La Commissione ha stimato che la nuova direttiva permetterebbe di ottenere un numero di permessi aggiuntivi per lavoratori altamente specializzati compreso tra un minimo di 32 484 e un massimo di 137 690, ma come anticipato la proposta di revisione non è ancora stata approvata.

La necessità di interventi volti a colmare i deficit di manodopera si farà sempre più pressante, anche alla luce del progressivo invecchiamento della popolazione europea; secondo le proiezioni EUROSTAT, nel periodo compreso tra il 2018 e il 2100, la quota della popolazione in età lavorativa continuerà a ridursi fino al 2100, mentre gli anziani rappresenteranno probabilmente una quota crescente

della popolazione totale. Le persone di età pari o superiore ai 65 anni nel 2100 costituiranno il 31,3 % della popolazione dell'Unione, contro il 19,8 % nel 2018^[12].

3. Il sistema di istruzione e il sistema universitario dietro al successo della Blue Card in Germania

In attesa di uno sviluppo del processo di riforma, appare utile approfondire l'analisi sul successo della Blue Card in Germania, Paese che sin dal 2012 custodisce un indiscusso primato europeo.

Il "Bundesamt für Migration und Flüchtlinge" (BAMF)^[13] pubblica ogni anno un dettagliato rapporto sulle migrazioni verso la Germania per motivi di studio e di lavoro^[14], dal quale è possibile estrapolare importanti dati anche relativamente ai lavoratori altamente qualificati e sulla correlazione tra il numero di Carte Blu tedesche e il flusso migratorio per motivi di studio. Infatti, nonostante ad una prima riflessione la normativa riguardante l'ingresso nel territorio tedesco per motivi di studio non sembri direttamente collegata con la disciplina relativa ai lavoratori altamente qualificati, un'analisi delle statistiche mette in evidenza una sostanziale e importante correlazione: un significativo numero di coloro che hanno fatto ingresso in Germania per motivi di studio è poi riuscito a convertire il proprio titolo di soggiorno in una Carta Blu.

I dati relativi al 2018 riportano un numero di nuovi ingressi per motivi di studio pari a 45.620 unità (il 10,2% in più rispetto all'anno precedente) per un totale complessivo di 137.640 permessi per motivi di studio rilasciati nel medesimo arco temporale, vale a dire sei volte quelli rilasciati in Italia^[15]. La Germania conferma di anno in anno una forte capacità attrattiva nei confronti degli studenti internazionali ed infatti secondo i dati EUROSTAT^[16] la Repubblica Federale Tedesca si posiziona al secondo posto tra i Paesi europei per numero di studenti internazionali, preceduta dalla Gran Bretagna.

Tornando più nello specifico ai titolari di Carta Blu, una quota estremamente rilevante di essi è entrato in Germania con un diverso titolo d'ingresso e ha solo successivamente avanzato una richiesta di cambio di permesso di soggiorno al fine di ottenere la Blue Card. Nel 2018, 27.241 persone hanno ottenuto la Carta e 11.029 erano già presenti sul territorio tedesco e hanno chiesto un cambio di

status; il 52% era in possesso di un permesso di soggiorno per motivi di studio^[17]. Di fatto, quindi, la Germania importa studenti che forma per diventare lavoratori altamente qualificati, i quali nella maggior parte dei casi entrano nel mercato del lavoro tedesco e si stabiliscono definitivamente nel Paese. Diversi fattori contribuiscono a fare della Germania una nazione ambita dai lavoratori con competenze elevate; l'elevata qualità della vita ha rappresentato un fattore determinante per il 60% dei titolari di Carta Blu e per quasi il 50% lo è stata anche l'alta qualità del sistema d'istruzione superiore^[18]. Secondo uno studio condotto nel 2016 sui titolari di Carta Blu^[19] un terzo sarebbe intenzionato a rimanere in Germania per sempre e il 39% ha dichiarato di volersi stabilire nel Paese per almeno 10 anni. Alla luce di questi dati e della volontà della maggior parte degli immigrati altamente qualificati di inserirsi stabilmente nel tessuto sociale tedesco, tende a ridimensionarsi la portata della norma prevista nella proposta di nuova direttiva che amplia la possibilità di trasferirsi da uno Stato membro all'altro.

4. Ancora insufficiente la quota di studenti internazionali nelle università italiane

Diversamente dalla Germania, l'Italia non riesce invece ad attirare studenti internazionali, come anche sottolineato nel rapporto annuale pubblicato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nel 2019^[20].

Nel 2015 gli studenti internazionali rappresentavano il 9% del totale degli studenti iscritti negli istituti di istruzione superiore nei paesi dell'OCSE, ma in Italia la percentuale di studenti internazionali era pari al solo 5% del totale e poiché l'ingresso per studio rappresenta uno dei principali canali di immigrazione qualificata, la ridotta quota di studenti internazionali in mobilità incide anche sulla ristretta quota di immigrati altamente qualificati in Italia rispetto ad altri Paesi.

Mentre, come in precedenza sottolineato, in Germania buona parte degli studenti internazionali, una volta conseguita la laurea, riesce a trovare lavoro e quindi resta stabilmente sul territorio tedesco, da un'indagine di Almalaurea emerge che la maggior parte degli studenti internazionali in Italia, sebbene soddisfatti degli studi effettuati, non ha intenzione di fermarsi qui^[21].

La problematica relativa alla carenza di manodopera altamente qualificata è aggravata altresì dalla quota di laureati che ogni anno emigrano dall'Italia. Il trend segna un netto aumento: nel 2017 sono stati quasi 28 mila (+4% sul 2016) e nel periodo compreso tra l'anno 2013 e 2018 i deflussi netti di persone con più di 25 anni dovuti agli espatri sono pari a oltre 244 mila, di cui il 64% con titolo di studio medio-alto^[22]. Secondo l'Istat le motivazioni che spingono i giovani migranti più qualificati a lasciare l'Italia sono da attribuire all'incapacità del mercato del lavoro italiano di valorizzarli, inducendoli ad investire il proprio talento nei Paesi esteri in cui sono maggiori le opportunità di carriera e di retribuzione. Nel nostro Paese, infatti, si registra anche un significativo fenomeno di "over-qualification" dei lavoratori immigrati^[23]: la quota di lavoratori stranieri laureati occupati in un professione low o medium skill è pari al 63,1% a fronte del 17,5% stimato per gli italiani^[24].

La situazione italiana presenta, quindi, una doppia criticità: innanzitutto il sistema universitario ancora non abbastanza orientato all'internazionalizzazione non riesce a contribuire in maniera determinante ad incrementare il numero di immigrati altamente qualificati; d'altro canto, inoltre, la maggior parte degli studenti internazionali dopo la laurea non entra nel mercato del lavoro italiano, portando invece le conoscenze acquisite in altri Stati, dove le competenze sono meglio valorizzate.

5. Conclusioni

La normativa europea dedicata ai lavoratori altamente qualificati provenienti da Paesi terzi si è dimostrata già dai primi anni dopo la sua adozione troppo debole per poter effettivamente raggiungere gli obiettivi che l'Unione si era prefissata. In alcuni Stati membri l'attuazione della direttiva 50/2009 è stata di fatto inesistente, mentre in altri si è rivelata comunque insoddisfacente.

In questi dieci anni la Germania ha mantenuto un indiscusso primato, dovuto principalmente alla sua capacità di attirare studenti da tutto il mondo e di valorizzarne le capacità e il talento. Gli studenti internazionali, infatti, non considerano la Repubblica federale tedesca solo come un Paese dove accrescere la propria formazione, ma in molti casi come luogo dove trasferirsi stabilmente. Complice di questo è certamente anche il mercato del lavoro tedesco, più florido

CERIDAP

di quello di molti altri Paesi europei e soprattutto capace di sfruttare completamente le competenze portate dai lavoratori stranieri.

In Italia il numero ancora troppo basso di studenti internazionali si riflette nella scarsa quota di immigrati altamente qualificati, i quali spesso svolgono, inoltre, mansioni non in linea con le loro qualifiche.

Certamente lo strumento della Blue Card necessita di una revisione, poiché le condizioni di ammissione troppo stringenti e l'esistenza di schemi paralleli nazionali ne scoraggiano l'utilizzo, tuttavia una riforma della sola direttiva potrebbe rappresentare un intervento insufficiente; considerato il ruolo determinante che gli studenti internazionali hanno nel contribuire al successo della Carta Blu in Germania, sembra evidente che l'Unione e gli Stati membri debbano attuare strategie di più ampia portata e agire con strumenti che valorizzino i sistemi universitari europei, con l'obiettivo quindi, non solo di attirare lavoratori già formati, ma di offrire opportunità di formazione e prospettive di inserimento permanente nella realtà europea.

1. Cedefop, *I mismatch occupazionali in Europa: carenze e eccedenze di competenze*, novembre 2016
2. ISTAT, Report migrazioni anno 2016, Migrazioni internazionali e interne della popolazione residente
3. Consiglio Europeo di Lisbona 23-24 marzo 2000, *Conclusioni della Presidenza*
4. Consiglio dell'Unione Europea, *Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea*.
5. Direttiva 2009/50/CE del Consiglio del 25 maggio 2009 sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati.
6. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente specializzati, COM(2016) 378 final
7. EUROSTAT, *Residence permits – statistics on authorisations to reside and work*, febbraio 2020
8. La Commissione ha pubblicato i risultati della consultazione il 6 aprile 2016: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-is-new/public-consultation/2015/docs/consultation_029/summary_of_replies_to_the_public_consultation_en.pdf
9. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Riformare il sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa*, COM(2016) 197 final
10. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio concernente

CERIDAP

l'attuazione della direttiva 2009/50/CE sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, COM(2014) 287 final

11. Art. 20 Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente specializzati, COM(2016) 378 final
12. EUROSTAT, *Struttura e invecchiamento della popolazione*, dati estratti a luglio 2019
13. Agenzia federale per la migrazione e i rifugiati
14. *Wanderungsmonitoring: Bildungs- und Erwerbsmigration nach Deutschland*
15. ISTAT, *Permessi di soggiorno dei cittadini non comunitari: cittadinanza e motivi del permesso*, anno 2018
16. EUROSTAT, *Mobile students from abroad enrolled by education level, sex and field of education*
17. Fonte BAMF *Wanderungsmonitoring: Bildungs- und Erwerbsmigration nach Deutschland 2018*
18. BAMF, *Befragung der Blaue-Karte-EU-Inhaber 2014*
19. E. Hanganu, B. Heß, *Die Blaue Karte EU in Deutschland. Kontext und Ergebnisse der BAMF-Befragung*
20. Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, *IX Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia.*
21. Il Sole24ore, 11 agosto 2017, *Laureati stranieri triplicati in Italia, ma sono ancora pochi (e non si fermano qui)* di Alberto Magnani
22. ISTAT, *Report mobilità interna e migrazioni internazionali della popolazione residente anno 2017*
23. OECD, *Settling in 2018. Main Indicators of Immigrant Integration*
24. Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, *IX Rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia p.44*

Micromobilità elettrica in sharing: il noleggio dei dispositivi free floating non costituisce servizio pubblico

Gianluigi Delle Cave

Con sentenza n. 1274 del 03 luglio 2020, il TAR Milano ha chiarito che non costituisce attività di servizio pubblico l'individuazione, con avviso pubblico, di soggetti pubblici o privati interessati a svolgere servizi di mobilità in sharing con dispositivi per la micromobilità elettrica, se il Comune non ha espresso l'intento politico di soddisfare il bisogno, proprio dei suoi amministrati, di spostarsi nel territorio cittadino mediante l'uso di hoverboard, segway, monopattini elettrici e monowheel; ciò in quanto manca il momento fondamentale dell' "assunzione", espressione di una scelta politica, che costituisce presupposto indefettibile per poter integrare la figura del pubblico servizio.

[Micro mobility in sharing: the rental of free-floating devices does not constitute a public service.] With judgment no. 1274 of July 3, 2020, the Regional Administrative Court of Milan has clarified that the selection, by public notice, either of public or private entities interested in providing mobility services in sharing with electric devices, does not constitute a public service activity if the Municipality has not expressed the political aim of satisfying the need of its administrators to move around the city through the use of hoverboards, segways, electric scooters and monowheels; this is due to the lack of the fundamental moment of "political engagement", which is an indefectible prerequisite to be able to integrate the figure of public service.

1. Il caso

La sentenza in esame scaturisce dall'impugnazione, da parte di una società operante nel settore del noleggio di monopattini elettrici, della determina con cui

il Comune di Milano ha approvato l'elenco dei soggetti da autorizzare, in via sperimentale, allo svolgimento di servizi di mobilità in *sharing* con dispositivi per la micromobilità elettrica (*hoverboard, segway, monopattini e monowheel*). Secondo il giudice amministrativo, il bisogno di spostarsi nel territorio cittadino attraverso l'uso di tali dispositivi è stato ritenuto già "adeguatamente soddisfatto" dal mercato^[1]. Del resto, la necessità di regolazione dell'attività in esame scaturisce, *de facto*, proprio in ragione del proliferare di operatori economici che hanno da tempo, volontariamente, cominciato a prestare il servizio in modalità *free floating* (*i.e.* sistema che consente la restituzione dei beni in luoghi non determinati), al fine di evitare che questa attività venga svolta in maniera pericolosa, disordinata o contraria alle norme sulla circolazione stradale, sull'ordine e la sicurezza urbana^[2]. La regolazione, in buona sostanza, non ha dunque la specifica finalità di garantire a tutti gli amministrati la possibilità di usufruire del servizio secondo i principi di imparzialità, universalità, continuità e trasparenza, ma solo quella – appunto – di assicurare un corretto e regolare utilizzo del servizio di *sharing* sul territorio cittadino^[3].

2. Sulle caratteristiche del "servizio pubblico"

Il TAR Milano ha preliminarmente specificato che il "servizio pubblico" presuppone la decisione della pubblica amministrazione di farsi carico del soddisfacimento di un bisogno proprio della collettività da essa amministrata che il mercato non è in grado di soddisfare adeguatamente, e consiste nell'espletamento del servizio a tal fine necessario il quale può essere svolto secondo modalità differenti che si possono però raggruppare in due grossi insiemi: i) gestione diretta da parte della stessa amministrazione; ii) gestione affidata a soggetti estranei all'amministrazione.

A seguito della decisione dell'amministrazione di assunzione del compito di soddisfacimento del bisogno collettivo attraverso lo svolgimento del servizio pubblico, l'attività che ne costituisce oggetto diviene «*attività di interesse pubblico che la stessa amministrazione deve provvedere a regolare in modo da assicurare che essa sia effettivamente funzionale allo scopo cui è destinata, dando attuazione a determinati principi giuridici^[4] che si ricavano anche, e soprattutto, dal diritto eurounitario e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*

dell'Unione europea»^[5].

Per quanto riguarda le forme di gestione, il TAR ha ulteriormente specificato che l'attività di servizio pubblico può essere svolta direttamente dalla pubblica amministrazione, attraverso le strutture dello stesso ente che ha assunto il servizio (aziende speciali, gestione in economia), ovvero affidata ad altri soggetti. Nel dettaglio, *«talvolta, ed in particolare quando l'attività di gestione del servizio possiede carattere economico ed è quindi in grado di produrre un utile, l'amministrazione può decidere di affidarla a soggetti privati aventi natura imprenditoriale»*. In questo caso, poi, la scelta può ricadere o su uno o più affidatari definiti "concessionari", selezionati mediante procedure di evidenza pubblica, che opereranno in regime di monopolio o di oligopolio (c.d. concorrenza per il mercato), oppure su un numero indeterminato di soggetti autorizzati ad erogare il servizio in concorrenza fra loro, nel rispetto però degli obblighi di servizio pubblico stabiliti dal regolatore (c.d. concorrenza nel mercato).

3. Sulla natura di "servizio pubblico" della micromobilità in *sharing*

Alla luce di quanto sopra descritto, i giudici amministrativi hanno escluso dal novero dei servizi pubblici i servizi di noleggio dei dispositivi di micromobilità. Ciò in quanto, l'ente comunale *«non ha espresso l'intento politico di soddisfare il bisogno, proprio dei suoi amministrati, di spostarsi nel territorio cittadino mediante l'uso di hoverboard, segway, monopattini elettrici e monowheel; manca dunque il momento fondamentale dell'"assunzione" che, come visto, costituisce presupposto indefettibile per poter integrare la figura del pubblico servizio»*. La regolazione degli enti locali nella materia che ci occupa, invero, risponde alla diversa esigenza di garantire condizioni di sicurezza e decoro affinché la circolazione dei dispositivi si svolga nel rispetto delle condizioni di sicurezza stradale sia per gli utenti sia per gli altri fruitori dello spazio pubblico. Pertanto, una volta escluso che, nel caso concreto, ci si trovi dinanzi ad una attività di servizio pubblico, la necessità di applicazione delle norme e dei principi che regolano l'affidamento delle concessioni di servizio pubblico *«perdono consistenza e non possono quindi essere positivamente apprezzate»*. Orbene, il fatto

che l'attività di noleggio di dispositivi per la micromobilità elettrica non possa essere qualificata come attività di servizio pubblico non deve far ritenere, però, che l'ente comunale possa completamente disinteressarsi degli interessi che interferiscono con essa, fra i quali spiccano l'interesse pubblico e quello dell'utenza di poter beneficiare del miglior servizio possibile^[6]. Proprio la restrizione del mercato – che tale regolazione ha *de facto* comportato (con conseguente mancata operatività dei meccanismi concorrenziali) – implica, secondo il giudice di *prime cure*, l'adozione di una serie di accorgimenti volti ad assicurare che la scelta degli operatori da ammettere alla fase sperimentale ricada su coloro che «*non solo garantiscano uno standard minimo di qualità, ma che siano anche in grado di soddisfare maggiormente l'interesse pubblico e quello degli utenti di poter beneficiare del miglior servizio possibile*»^[7].

In conclusione, il sistema di *sharing* dei dispositivi di micromobilità – (i) pur presentando caratteri di mobilità cittadina innovativa e "dolce", in quanto basato sulla condivisione, a favore dell'utenza, di una flotta messa a disposizione da parte di operatori economici, e (ii) costituendo un valido mezzo (legato agli spostamenti locali di breve durata, necessari ai fini della copertura del cosiddetto "ultimo miglio") per garantire l'utilizzo intermodale degli strumenti di mobilità, esistenti e da implementare, alternativi all'auto privata – non costituisce servizio pubblico.

1. C. Iaione, *Sharing economy e diritto dell'innovazione: il caso della mobilità urbana*, in *Munus*, 2019, 1, 187-232. La *shared mobility*, anche secondo quanto recentemente chiarito dalla Corte di Giustizia, «*funge da vero e proprio organizzatore e operatore di servizi di trasporto urbano*», dal momento che «*la prestazione di messa in contatto del passeggero con il conducente non è [...] né autonoma, né principale rispetto alla prestazione di trasporto*» (CGUE, Grande Sez., 20 dicembre 2017, rinvio pregiudiziale C-434/15).
2. T. Favaro, *Verso la smart city: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2020, 2, pag. 87.
3. Si veda, sul punto, E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amm.*, 2015, 4, pag. 1267.
4. Tra i quali si ricordano il principio di legalità; il principio di doverosità (i pubblici poteri devono garantire direttamente o indirettamente alla collettività l'erogazione del servizio secondo criteri quantitativi e qualitativi predeterminati); il principio della continuità della gestione ed erogazione dei servizi; il principio di imparzialità; il principio di universalità (le imprese che gestiscono servizi pubblici devono offrire prestazioni anche a fasce di clienti e in aree territoriali non convenienti); il principio dell'accessibilità dei prezzi per tutti; il principio dell'economicità (nel senso che il gestore del servizio deve poter conseguire un

CERIDAP

- margine ragionevole di utile); il principio di trasparenza; il principio di proporzionalità
5. *Ex aliis*, Consiglio di Stato, sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389.
 6. Secondo il TAR, infatti, *«è ben vero che la regolazione è stata dettata non già per garantire il bisogno degli amministrati di fruire del servizio di sharing secondo gli standard che solo l'applicazione dei principi che governano il servizio pubblico può garantire ma per evitare che l'attività sia svolta in contrasto con le esigenze di decoro e sicurezza urbana»*.
 7. Sulla scorta di tale ragionamento giuridico, il TAR ha rilevato l'inadeguatezza del criterio cronologico (che affida la selezione, nei fatti, al caso) per la selezione degli operatori idonei all'erogazione del servizio *de qua*.

Le ordinanze sindacali in emergenza Covid-19: il caso di Napoli e le sospensioni decretate dal T.A.R. Campania

Laura Rizzi

Il presente contributo esamina il decreto n. 1135 dell'8 giugno 2020, con cui il T.A.R. Campania, sez. V, ha accolto, in via cautelare, la richiesta di sospendere l'efficacia delle ordinanze del Sindaco di Napoli n. 248 del 29.05.2020 e n. 249 del 04.06.2020, le quali hanno determinato, da una parte, una disciplina derogatoria in riferimento agli orari degli esercizi di somministrazione, già sottoposti a regolamentazione regionale, e dall'altra un ampliamento in tema di concessioni per l'occupazione temporanea di suolo pubblico, che trovano invece disciplina nel vigente regolamento comunale "Debors[1]".

[The ordinances of the Mayor during Covid-19 emergency: the case of Naples and the suspensions decreed by the Campania Regional Administrative Court]. This paper analyses the decree n. 1135 of 8 June 2020, through which the Campania Regional Administrative Court, section V, has precautionary upheld the request to suspend the effectiveness of the ordinances n. 248 of 29 May 2020 and n. 249 of 04 June 2020 of the Mayor of Naples. The two ordinances determined, on the one hand, a derogating discipline regarding the opening hours of retail establishments, already subjected to regional regulation, and on the other hand, an extension in terms of concessions for the temporary occupation of public land, which, instead, are disciplined by the municipal regulation "Debors".

1. Premessa

Il T.A.R. Campania, sez. V, con il decreto n. 1135 dell'8 Giugno 2020, ha parzialmente accolto l'istanza di sospensione cautelare monocratica *ex art 56 c.p.a.*^[2], sospendendo sino alla trattazione del 7 luglio 2020 le ordinanze del

Sindaco di Napoli n. 248 del 29.05.2020 e n. 249 del 04.06.2020. Attraverso le suddette ordinanze il Sindaco ha, da un lato, stabilito un orario degli esercizi di somministrazione in senso ampliativo rispetto alla regolamentazione operata con atti regionali finalizzati a contenere la situazione di emergenza Covid-19, e, d'altro canto, ha previsto la deroga al vigente Regolamento Comunale "Dehors" relativo alle concessioni per l'occupazione temporanea di suolo pubblico, motivata espressamente con riferimento alla prospettata esigenza di rilancio delle attività economiche nella fase successiva al "lockdown".

La pronuncia, benché limitata alla sommaria fase cautelare, ha riconosciuto la presenza di pregiudizi gravi ed irreparabili connessi alle suddette ordinanze tali da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio.

Come sarà meglio esaminato nel presente contributo, il T.A.R. Campania, richiamando il corpo motivazionale del decreto n. 1120/2020 del 1° Giugno 2020, ha ritenuto l'ordinanza n. 248 pregiudizievole nei confronti della sanità pubblica, poiché consistente in un aggravamento del rischio sanitario collegato all'attuale pandemia, nonché determinante una situazione di incertezza derivante dalla concorrenza di due discipline differenziate e contrastanti.

In secondo luogo, il T.A.R. ha ravvisato la presenza dei presupposti per concedere l'invocata tutela pure in riferimento all'ordinanza n. 249; più dettagliatamente, nel bilanciamento degli interessi tra la necessità di incrementare le occupazioni di suolo pubblico al fine di favorire la somministrazione di beni e servizi e la tutela della pubblica incolumità, ha considerato prevalente quest'ultimo.

2. La decisione

Come anticipato in premessa, il decreto in esame ha accolto la richiesta dei ricorrenti di sospensione di efficacia *ex art. 56 c.p.a.*, non in riferimento al complesso degli atti impugnati^[3], bensì solo alle due ordinanze sindacali emanate dal Sindaco di Napoli.

2.1. L'ordinanza n. 248 e il rimando alla decisione n. 1120

del 1° Giugno 2020

La prima ordinanza sospesa dal T.A.R. è la n. 248/2020 del 29.5.2020, la quale ha stabilito l'orario degli esercizi di somministrazione in senso derogativo rispetto alla analoga regolamentazione operata con atti regionali – mediante l'ordinanza del Presidente della Regione Campania, n. 53 dello stesso 29.5.2020 – nella persistenza della situazione di emergenza Covid-19, di talché comportando un significativo ampliamento degli orari di apertura delle attività svolte da parte degli operatori economici, così come della fruizione da parte degli avventori.

Il T.A.R. Campania, sul punto, ha rimandato alla propria pronuncia di soli sette giorni prima, in cui aveva già avuto modo di varare gli effetti immediatamente lesivi e suscettibili di pregiudizi di estrema gravità e urgenza determinati dall'ordinanza sindacale in esame.

Appare dunque opportuno rammentare il decreto presidenziale n. 1120/2020, emanato *ex art. 61 c.p.a.*^[4] dal T.A.R. Campania, sez. I.

La valutazione di gravità ed urgenza è stata ivi ancorata ad una duplice osservazione, essendo che l'ordinanza, da una parte, causa l'aggravamento del rischio sanitario e dall'altra ingenera la concorrenza di due discipline diversificate. In ordine al primo punto, sono stati considerati quali fattori rilevanti il probabile afflusso dai comuni vicini sul territorio di Napoli, poiché i comuni limitrofi soggiacciono ad orari di apertura delle attività meno ampi, nonché le eventuali attività ludiche, consentite dalla stessa ordinanza.

Secondariamente, è stata quindi data rilevanza alla situazione di incertezza derivante dalla concorrenza di due discipline in contrasto tra loro – quella regionale e quella comunale – tale da causare concreti dubbi sulla liceità dei comportamenti da tenere da parte degli operatori economici, così come dai fruitori e sono state inoltre evidenziate le conseguenti criticità nello svolgimento delle attività di verifica e controllo.

Per tali motivi - espressi dapprima mediante il decreto n. 1120/2020 del T.A.R. Campania, sez. I, poi integralmente richiamati dal decreto n. 1135/2020 del medesimo Tribunale, sez. V - è stata dunque sospesa l'ordinanza del Sindaco di Napoli n. 248/2020.

2.2. L'ordinanza n. 249

Il secondo atto amministrativo sospeso dal decreto n. 1135/2020 è il n. 249 del 04 giugno 2020, per mezzo di cui il Sindaco di Napoli, in deroga all'art. 15 del vigente Regolamento "Dehors", ha reso esecutiva la possibilità di richiedere l'occupazione di suolo pubblico, fino al 31 ottobre 2020, con arredi funzionali alle attività di ristorazione^[5], modificando il modello di richiesta di autorizzazione temporanea.

Tale deroga al vigente regolamento comunale relativo alle concessioni per l'occupazione temporanea di suolo pubblico, si sostanzia nel rilascio della concessione di ampliamento o nuova occupazione in favore dei titolari degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, con modalità semplificate e con esonero dal pagamento del relativo canone, in assenza di qualsiasi altro parere e previa la sola valutazione effettuata dall'Amministrazione sulla compatibilità dell'uso. L'atto impugnato è stato motivato espressamente con riferimento alla prospettata esigenza di rilancio delle attività economiche nella fase successiva al "lockdown".

Il giudice, pur considerando pregevole l'obiettivo socio-economico cui l'ordinanza sindacale è finalizzata, ha raffrontato questo interesse con quello della sicurezza pubblica derivante dal rispetto delle misure regolamentari, ritenendo quest'ultimo prevalente, soprattutto alla luce del necessario controllo delle attività economiche in ragione del persistente stato di emergenza sanitaria.

Più in particolare, è stato valutato che gli effetti dell'ordinanza si produrrebbero senza controlli effettivi, minando dunque la sicurezza pubblica che si concretizza nel distanziamento sociale, nel rispetto del traffico veicolare, nonché nella tutela dei beni storico-artistici, per la tutela dei quali l'ordinanza sindacale n. 249/2020 non ha previsto alcuna evocazione dell'Autorità preposta.

Nondimeno, degna di nota è la riflessione, seppure elaborata *prima facie* nel corso di un giudizio sommario, circa la difficoltà di sussumere la finalità della ripresa economica tra le emergenze sanitarie (o di igiene pubblica o di tutela della pubblica incolumità ovvero di sicurezza urbana), che costituiscono l'ambito di esercizio delle competenze sindacali *ex artt.* 50 e 54 T.U.E.L., secondo cui l'ordinanza è stata emanata, in quanto parrebbe costituire tutt'al più il fondamento per l'esercizio degli ordinari poteri regolamentari. Il Testo Unico

degli Enti Locali, infatti, attribuisce al Sindaco il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni espressamente individuate e direttamente incidenti sulla libertà personale dei cittadini. In particolare, l'art. 50, comma 5, T.U.E.L. prevede che *«in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal Sindaco, quale rappresentante della comunità locale»*. Il successivo art. 54, comma 4, invece, dispone che *«Il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana»*. È dunque la capacità derogatoria che definisce tali ordinanze a connotarle quali *extra ordinem*, al fine di consentire all'Autorità di sopperire a situazioni straordinarie ed urgenti non fronteggiabili con l'uso dei poteri ordinari.

Per tutte le motivazioni come suesposte, non è stata ritenuta ravvisabile alcuna ragione di urgenza qualificata atta a giustificare l'immediata esecutività dell'esaminato atto sindacale.

3. Considerazioni conclusive

La pronuncia, seppur limitata alla fase sommaria, risulta utile per trarre brevi considerazioni, in particolare in ordine all'agevolazione del rispetto della normativa emergenziale per i cittadini, tra legislazione statale e regolamento di carattere governativo.

Infatti, come già espresso mediante il decreto n. 1120/2020 ivi richiamato, appaiono evidenti le criticità della situazione derivante dalla concorrenza di due discipline contrastanti e diversificate tali da cagionare dubbi sulla liceità dei comportamenti da tenere, con le conseguenti difficoltà nello svolgimento delle attività di verifica e controllo da parte degli operatori a ciò deputati, comportando potenziali rischi di ordine pubblico.

Sul punto ha fatto luce una recente sentenza del T.A.R. Puglia, sez. III, n. 733 del 22 Maggio 2020, che ha ribadito che, in caso di emergenza epidemiologica di rilievo internazionale, come quella attualmente in atto, le misure di contenimento del contagio previste dalla normativa statale impongono il rispetto del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico. Da ciò consegue

che «*il Sindaco [...] in una cornice di riferimento normativo di questo tipo, non è privato del potere di ordinanza extra ordinem ma - diversamente da quanto avviene in periodi non qualificabili come emergenze nazionali, in cui l'ordinanza contingibile e urgente vale a fronteggiare un'emergenza locale e può avere finanche attitudine derogatoria dell'ordinamento giuridico - neppure può esercitare il potere di ordinanza travalicando i limiti dettati dalla normativa statale*».

È quindi opportuno rammentare che, per fronteggiare l'emergenza Covid-19, co. 2 dell'art. 3 del D.L. 25 marzo 2020, n.19, convertito con modificazioni dalla L. 22 maggio 2020, n.35 – prevede che «*I Sindaci non possono adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali e regionali*».

Sebbene il T.A.R. Campania non si sia ancora espresso sul merito della vicenda esaminata, la cui trattazione collegiale è prevista il prossimo 7 luglio, è qui opportuno rammentare che la giurisprudenza amministrativa, comprendente la stessa Sez. V del T.A.R. Campania, ha individuato i presupposti normativi indefettibili, i quali legittimano l'adozione di ordinanze *extra ordinem*: «*le ordinanze contingibili ed urgenti costituiscono provvedimenti extra ordinem, in quanto dotate di capacità derogatoria dell'ordinamento giuridico, al fine di consentire alla P.A., in deroga al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, di sopperire a situazioni straordinarie ed urgenti non fronteggiabili con l'uso dei poteri ordinari. Presupposti indefettibili delle ordinanze contingibili ed urgenti sono costituiti: a) dall'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); b) dall'impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (contingibilità); c) dalla precisa indicazione del limite temporale di efficacia, in quanto solo in via temporanea può essere consentito l'uso di strumenti extra ordinem, che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalle legge*»^[6].

1. Regolamento Comunale disciplinante l'occupazione di suolo pubblico per il ristoro all'aperto delle attività di somministrazione di alimenti e bevande e di vendita al dettaglio di prodotti alimentari confezionati e/o artigianali.
2. Il decreto, preliminarmente, ha ricordato che «*L'emanazione di misura cautelare monocratica, prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, è*

CERIDAP

ancorata normativamente, a termini dell'art. 56, comma 1, c.p.a., all'emergenza, ritualmente allegata e comprovata, del presupposto dell'estrema gravità e urgenza connessa alla prospettata produzione, in danno del richiedente, di un pregiudizio grave e irreparabile connesso e conseguente ai provvedimenti impugnati, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio in cui, tenuto conto dei termini processuali a difesa, sarà possibile la trattazione, in sede collegiale, dell'istanza cautelare».

3. Il ricorso è finalizzato all'annullamento (previa sospensione dell'efficacia): a) dell'ordinanza sindacale n. 248 del 29.5.2020; b) ove e per quanto lesiva dell'ordinanza n. 16 del 14.1.2020; c) ove e per quanto lesiva dell'ordinanza n. 430 del 7.6.2018; d) ove e per quanto lesiva dell'ordinanza di G.C. n. 168 del 26.5.2020; e) dell'ordinanza sindacale n. 249 del 4.6.2020; f) ove e per quanto lesiva della delibera di G.C. n. 103 del 3.4.2020 e della n. 169 del 29.5.2020; g) di tutti gli altri presupposti, connessi e consequenziali non conosciuti che ci si riserva espressamente di impugnare con ricorso per motivi aggiunti.
4. Art. 61 c.p.a., primo comma: *«In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa».*
5. Si riporta il contenuto dell'ordinanza n. 249 del 4 Giugno 2020: *«Le richieste di occupazione, in deroga all'art. 15 del vigente Regolamento Debors, potranno essere presentate: a) nelle strade adibite al transito dei veicoli con velocità ammessa non superiore a 30 Km orari, in carreggiata e/o nelle aree dedicate alla sosta dei veicoli; b) sul fronte opposto all'esercizio in cui ha sede l'attività, privo di accessi e/o affacci di pertinenza di altre attività commerciali, se per raggiungere l'area oggetto di occupazione è necessario l'attraversamento di strade adibite al transito dei veicoli con velocità ammessa non superiore a 30 Km orari; c) nelle aree non prospicienti il tratto di facciata interessato dall'esercizio commerciale, quando il fronte disponibile non sia oggetto di accessi e/o affacci di pertinenza di altre attività commerciali, entro una distanza massima maggiore di 15 mt dal fronte dell'immobile in cui ha sede l'attività».*
6. T.A.R. Campania, sez. V, 9 novembre 2016 n. 5162 e 17 febbraio 2016 n. 860; T.A.R. Puglia, sez. I, 12 gennaio 2016 n. 69; Cons. di St., sez. V, 26 luglio 2016 n. 3369.

Commento sulla Raccomandazione della Commissione UE dell'8 aprile 2020

Vincenzo Terracciano

Lo scorso 8 aprile la Commissione UE ha pubblicato una Raccomandazione relativa ai principi da seguire nella redazione delle linee guida da utilizzare nello sviluppo delle nuove tecnologie digitali che stanno sorgendo nei diversi Stati Membri per contrastare l'emergenza da Covid-19 ("toolbox").

[Comment on the EU Commission Recommendation of 8 April 2020] On 8 April last, the EU Commission published a Recommendation on the principles to be followed in drawing up the guidelines to be used in the development of the new digital technologies that are emerging in the different Member States to counter the Covid-19 emergency ("toolbox").

1. Introduzione e contesto attuale

Le nuove tecnologie avranno il ruolo comune di aiutare i governi degli Stati membri nella gestione ed organizzazione della vita sociale durante la delicata fase transitoria che ci troveremo ad affrontare nei prossimi mesi – la rinominata “Fase 2” - e che durerà verosimilmente fino alla scoperta, produzione e distribuzione del vaccino per il Covid-19. Questa fase sarà particolarmente importante e delicata perché porterà, per motivi lavorativi e di andamento sociale e produttivo, i cittadini europei ad uscire dall'isolamento forzato, al quale sono stati costretti per il contenimento del virus, pur sottoponendo gli stessi ad un rischio inevitabile di nuovo contagio. Pertanto, prendendo ad esempio i paesi asiatici che già hanno sperimentato l'ausilio di tali strumenti, ogni paese dell'UE ha iniziato ad individuare applicazioni e software capaci di acquisire i dati sanitari dei pazienti e di interconnetterli tra loro al fine di tenere sotto controllo le interazioni sociali tra individui. Con tali *tools* sarà possibile, quindi, individuare i casi positivi al

Covid-19, controllare le interazioni tra soggetti e comunicare, a coloro che hanno avuto contatti, la positività delle persone con cui hanno interagito. In questo modo si cercherà – *mutatis mutandis* - di isolare tutti i casi positivi al fine di ricreare una sorta di barriera immunologica digitale simile a quella creata da un vaccino, fino alla scoperta dello stesso^[1].

2. Profili in materia di “privacy”

Tuttavia, seppur l'ausilio di tali tecnologie sia un'ottima risposta alle esigenze della popolazione europea e mondiale, vi sono diversi profili normativi e di tutela del cittadino che non possono essere trascurati e che dovranno necessariamente essere analizzati al fine di evitare un abuso ed elusione dei diritti naturali e costituzionali dell'individuo. A tal riguardo, non è passato inosservato neppure al legislatore europeo il rischio di violazione della normativa sulla privacy come disciplinata dal Regolamento UE 679/2016^[2].

Su questi problemi specifici, la Commissione UE ha dichiarato che il *toolbox* dovrà inevitabilmente:

1. limitare in maniera rigorosa il trattamento dei dati personali ai fini della lotta contro la crisi del Covid-19 e garantire che i dati personali non siano utilizzati per altri scopi quali l'applicazione della legge o scopi commerciali;
2. garantire un riesame periodico della continua necessità di trattare i dati personali ai fini della lotta contro la crisi del Covid-19 e stabilire adeguate clausole di sospensione, in modo da garantire che il trattamento non si estenda al di là di quanto strettamente necessario per tali scopi;
3. adottare misure per garantire che, una volta che il trattamento non sarà più strettamente necessario, il trattamento venga effettivamente terminato e i dati personali in questione siano irrimediabilmente distrutti, a meno che, su parere dei consigli e delle autorità di protezione dei dati, il loro valore scientifico nel servire l'interesse pubblico superi l'impatto sui diritti in questione, previa salvaguardia appropriata.

In questo modo la Commissione Europea, riprendendo i principi di responsabilizzazione, proporzionalità, minimizzazione, già espressi nel GDPR, ha indicato i limiti entro i quali potranno operare le *application* in questione ed ha circoscritto le tempistiche di conservazione di utilizzo dei dati raccolti.

Di conseguenza, in primo luogo, la Commissione Europea ha indicato i principi da rispettare nello sviluppo e pubblicazione di tali applicazioni digitali, ponendo particolare attenzione alle possibili funzioni che queste svolgeranno. In secondo luogo, in relazione ai novelli principi di *privacy by design* e *privacy by default*, espressi dal GDPR, la Commissione ha considerato che il *toolbox*, per garantire un livello di contenimento del rischio e sicurezza nella conservazione dei dati, finalizzato ad evitare od a contenere i danni provocati da un eventuale violazione dei dati, debba prevedere un sistema di anonimizzazione e di aggregazione dei dati.

Innanzitutto, riguardo l'uso di applicazioni mobili di allarme e prevenzione Covid-19, la Raccomandazione riporta che debbano essere osservati principi concernenti la tutela ed il rispetto dei diritti fondamentali e la prevenzione della stigmatizzazione, in particolare le norme applicabili che disciplinano la protezione dei dati personali e la riservatezza delle comunicazioni; inoltre, dovranno essere preferite le misure meno intrusive ma efficaci, compreso l'uso di dati di prossimità e la prevenzione del trattamento dei dati relativi all'ubicazione o agli spostamenti delle persone, nonché l'uso di dati anonimi e aggregati, ove possibile; dovranno, poi, essere favoriti requisiti tecnici appropriati per stabilire la prossimità del dispositivo (ad esempio, Bluetooth Low Energy), la cifratura, la sicurezza dei dati, l'archiviazione dei dati sul dispositivo mobile, l'eventuale accesso da parte delle autorità sanitarie e l'archiviazione dei dati; saranno, dappiù, necessari requisiti efficaci di sicurezza informatica per proteggere la disponibilità, l'integrità dell'autenticità e la riservatezza dei dati; dovranno, altresì, essere decretate la scadenza delle misure adottate e la cancellazione dei dati personali ottenuti attraverso tali misure, al più tardi, quando la pandemia verrà dichiarata sotto controllo; nonché, il caricamento di dati di prossimità, in caso di infezione confermata e di metodi adeguati per avvertire le persone, che sono state a stretto contatto con la persona infetta, devono rimanere anonime; ed infine, dovranno essere adottati requisiti di trasparenza sulle impostazioni di riservatezza per garantire la fiducia nelle applicazioni.

3. L'uso dei dati sulla mobilità

Secondo quanto indicato nella Raccomandazione, poi, un'ulteriore priorità da non trascurare nelle linee guida riguarda l'approccio comune che dovranno assumere gli Stati membri per l'uso di dati sulla mobilità anonimi e aggregati necessari per:

1. la mappatura e la previsione della diffusione della malattia e dell'impatto sulle esigenze dei sistemi sanitari degli Stati membri, come ad esempio, ma non solo, le unità di terapia intensiva negli ospedali e i dispositivi di protezione individuale; e
2. ottimizzazione dell'efficacia delle misure per contenere la diffusione del virus Covid-19 e per affrontarne gli effetti, compreso il confinamento (e il "deconfinamento"), non per ottenere e utilizzare tali dati.

Ciò soprattutto, con riguardo alle finalità di trattamento e di conservazione dei dati da parte delle società proprietarie delle *application*.

Tuttavia, oltre quanto sopra ripreso, in materia di tutela della privacy, vi è un'altra tematica di centrale interesse che viene ripresa dalla Commissione UE nella Raccomandazione: la co-amministrazione digitale transfrontaliera tra enti ospedalieri europei. A tal proposito, riprendendo l'art. 14 della Direttiva 2011/24/EU, riguardante l'applicazione dei diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera, e la Decisione 2019/1765 del 22 ottobre 2019, inerente le regole per l'istituzione, la gestione e il funzionamento della rete di autorità nazionali responsabili dell'eHealth, la Commissione ha dichiarato come di primaria necessità l'istituzione di un network digitale per la sanità, che vede partecipare tutte gli enti sanitari europei, incluse le società creatrici delle *application* per la gestione dell'emergenza Covid-19^[3].

Nello sviluppare questo approccio, gli Stati membri (rappresentati nella rete sanitaria, che si confronteranno con il Health Security Committee, la rete epidemiologica dell'ECDC e, se necessario, ENISA), dovrebbero scambiare le migliori pratiche sull'uso dei dati sulla mobilità, condividere e confrontare la modellizzazione e le previsioni della diffusione del virus e monitorare l'impatto delle misure per limitarne la diffusione^[4].

4. Conclusioni

Alla luce di quanto analizzato, si deduce che nella costruzione e regolamentazione di una rete eHealth tra Stati Membri dovranno rispettarsi le norme sulla tutela della riservatezza dei dati, pur mantenendo uno stato di condivisione delle informazioni finalizzato alla cura del Covid-19. Per riuscire in questo progetto di primaria importanza per il futuro dell'Europa, sarà di massima rilevanza emanare delle linee guida che includano:

1. l'uso appropriato di dati di mobilità anonimi e aggregati per la modellizzazione per capire come il virus si diffonderà e la modellizzazione degli effetti economici della crisi;
2. consulenza alle autorità pubbliche per chiedere ai fornitori di dati la metodologia che hanno applicato per rendere anonimi i dati e per effettuare un test di plausibilità della metodologia applicata;
3. misure di salvaguardia da attuare per prevenire la de-anonimizzazione ed evitare la ri-identificazione delle persone, comprese le garanzie di adeguati livelli di sicurezza dei dati e delle tecnologie dell'informazione e la valutazione dei rischi di ri-identificazione quando si correlano i dati resi anonimi con altri dati;
4. la cancellazione immediata e irreversibile di tutti i dati trattati accidentalmente in grado di identificare le persone e di informare i fornitori dei dati e le autorità competenti del trattamento e della cancellazione accidentale;
5. cancellazione dei dati in linea di principio dopo un periodo di 90 giorni, o comunque non oltre il momento in cui la pandemia è dichiarata sotto controllo; e
6. limitare il trattamento dei dati esclusivamente per gli scopi sopra indicati ed escludere la condivisione dei dati con terzi^[5].

Nelle prossime settimane si attende dunque un'intensa attività di cooperazione tra istituzioni e Stati membri nel contesto del eHealth Network, anche in vista della presentazione dei report che verranno presentati dai governi nazionali e della relativa valutazione della Commissione sui progressi compiuti a livello europeo

prevista per il prossimo giugno^[6].

1. Raccomandazione della Commissione UE dell'8.4.2020 su un comune *toolbox* dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati per combattere e uscire dalla crisi COVID-19, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'utilizzo di dati anonimi sulla mobilità: «*PURPOSE OF THIS RECOMMENDATION*».
2. Raccomandazione della Commissione UE dell'8.4.2020 su un comune *toolbox* dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati per combattere e uscire dalla crisi COVID-19, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'utilizzo di dati anonimi sulla mobilità: «*(10) Paramount throughout the process should be respect for all fundamental rights, notably privacy as well as data protection, the prevention of surveillance and stigmatization*».
3. Raccomandazione della Commissione UE dell'8.4.2020 su un comune *toolbox* dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati per combattere e uscire dalla crisi COVID-19, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'utilizzo di dati anonimi sulla mobilità: «*(13) The first priority for the Toolbox should be a pan-European approach for COVID-19 mobile applications, to be developed together by Member States and the Commission, by 15 April 20.*».
4. Raccomandazione della Commissione UE dell'8.4.2020 su un comune *toolbox* dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati per combattere e uscire dalla crisi COVID-19, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'utilizzo di dati anonimi sulla mobilità: «*(19) In developing this approach, Member States (represented in the eHealth Network, which will coordinate with the Health Security Committee, the Epidemiological Network the ECDC and, if necessary, ENISA), should exchange best practices on the use of mobility data, share and compare modelling and predictions of the diffusion of the virus, and monitor the impact of measures to limit its diffusion.*».
5. Raccomandazione della Commissione UE dell'8.4.2020 su un comune *toolbox* dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati per combattere e uscire dalla crisi COVID-19, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'utilizzo di dati anonimi sulla mobilità: «*(20) This deliverable should include: (1) the appropriate use of anonymous and aggregated mobility data for modelling to understand how the virus will spread and modelling of the economic effects of the crisis; (2) advice to public authorities on asking providers of the data for the methodology that they have applied for anonymising the data and to carry out a plausibility test of the methodology applied; (3) safeguards to be put in place to prevent de-anonymisation and avoid re-identifications of individuals, including guarantees of adequate levels of data and IT security, and assessment of re-identification risks when correlating the anonymised data with other data; (4) immediate and irreversible deletion of all accidentally processed data capable of identifying individuals and notifying the providers of the data as well as competent authorities of the accidental processing and deletion; (5) deletion of the data in principle after a period of 90 days, or in any event no later than when the pandemic is declared under control; and (6) restricting processing of the*

CERIDAP

data exclusively for the purposes stated above and exclude sharing of the data with any third party.».

6. Raccomandazione della Commissione UE dell'8.4.2020 su un comune *toolbox* dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati per combattere e uscire dalla crisi COVID-19, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'utilizzo di dati anonimi sulla mobilità: «(22) Member States should, by 31 May 2020, report to the Commission on the actions taken pursuant to this Recommendation. Such reports should continue on regular basis for as long as the COVID-19 crisis persists.».