

# CERIDAP

RIVISTA INTERDISCIPLINARE SUL  
DIRITTO DELLE  
AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

FASCICOLO

1 / 2021

GENNAIO - MARZO

**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 Barbara Boschetti, Prof.ssa Elena D'Orlando, Prof.ssa Cristina Fraenkel-Haeberle, Prof.ssa Roberta Lombardi, Prof. Renato Ruffini, Prof.ssa Fiammetta Salmoni, Prof.ssa Elisa Arcioni, Prof.ssa Monica Bonini, Prof.ssa Elena Buoso, Prof.ssa Micaela Lottini, Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

**RESPONSABILE DEL COMITATO DI REDAZIONE:** Dr. Gherardo Carullo

**COMITATO DI REDAZIONE:** Stefano D'Ancona, Emanuela Furiosi, Alessia Monica, Clara Napolitano, Giulia Pinotti, Giacomo Pisani, Luigi Previti, Paolo Provenzano, Pier Marco Rosa Salva, Stefano Rossa, Massimo Strato Perrino, Federico Votta

**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. Mary 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 Kapodistrianiana 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 Jacqué (Université de Strasbourg, France et Service juridique du Conseil de l'UE, Bruxelles)
- Prof. Irena Lipowicz (Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia, Polonia)
- Prof. Mario G. Losano (Università degli Studi di Milano e del Piemonte orientale, Italia)
- Prof. Roberto Mastroianni (Università degli Studi di Napoli, Italia e Tribunale dell'UE, Lussemburgo)
- Prof. Jacqueline Morand-Deville (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
- Prof. Bruno Nascimbene (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Luke Nottage (University of Sydney, Australia)
- Prof. Angelika Nussberger (Universität Köln, Deutschland e Corte Europea dei diritti dell'uomo, Strasbourg, France)
- Prof. Giorgio Orsoni (Università Ca' Foscari Venezia, Italia)
- Pres. Alessandro Pajno (Presidente emerito del Consiglio di Stato)
- 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 (Università degli Studi di Milano, Italia)
- Prof. Wojciech Sadurski (University of Sydney, Australia)
- Prof. Daniel Sarmiento (Universidad Complutense de Madrid, España)

- Prof. Jens-Peter Schneider (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università degli Studi di Roma III, Italia)
- Prof. Eberhard Schmitt-Aßmann (Universität Heidelberg, Deutschland)
- Prof. Jürgen Schwarze (Universität Freiburg, Deutschland)
- Prof. Karl-Peter Sommermann (Universität Speyer, Deutschland)
- Prof. Klaus Stern (Universität Köln, Deutschland)
- Prof. Albrecht Weber (Universität Osnabrück, Deutschland)
- Prof. Jacques Ziller (Università degli Studi di Pavia, Italia; Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France; Istituto Universitario Europeo di Fiesole-IUE)

CERIDAP è una rivista ad accesso libero sul sito [ceridap.eu](http://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.

CERIDAP è la Rivista nata nel 2020 dall'iniziativa del Direttore dell'omonimo Centro di Ricerca Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche dell'Università degli Studi di Milano per un'azione amministrativa più efficiente e più imparziale, anche in attuazione del principio digital first. La Rivista CERIDAP, pur indipendente dall'omonimo Centro, è la sede principale in cui vengono pubblicate le ricerche svolte in seno al Centro stesso e si è avvalsa sin da principio della collaborazione, all'interno del suo Comitato Editoriale, di un gruppo di studiosi dell'area giuspubblicistica provenienti da vari Atenei, sia italiani che stranieri, che ne condividono l'impostazione di fondo e la filosofia ispiratrice.

Obiettivo della Rivista CERIDAP è di fornire un contributo di analisi, approfondimento e proposta avente come focus principale le Pubbliche Amministrazioni: intese sia nella loro dimensione istituzionale, organizzativa e di attività, che nella loro dimensione procedurale. E con una naturale apertura prospettica anche al diritto comparato, europeo ed internazionale nonché alla discussione interdisciplinare che è favorita dalla presenza, nel suo Comitato scientifico, di autorevoli studiosi provenienti da prestigiosi Atenei di tutto il Mondo.

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 Committee on Publication Ethics (COPE), e fa proprie le relative linee guida.

CERIDAP è interessata a pubblicare contributi relativi a tutti gli ambiti scientifico-disciplinari che sono riferibili al c.d. Diritto Pubblico, inteso nella sua accezione più ampia e che ricomprende anche aree di analisi al confine fra la scienza giuridica e le scienze c.d. politologiche. CERIDAP è inoltre aperta all'approccio tipico dell'analisi economica del diritto. Per questa ragione si è dotata di un "Comitato dei Revisori" che include anche esperti provenienti da aree di expertise diverse da quella del Diritto Pubblico tradizionale (costituzionale ed amministrativo).

I materiali pubblicati su CERIDAP sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.0 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*, 2021, 1, p. 35 ss.

Per l'invio di contributi destinati alla pubblicazione: [ceridap.eu/rivista/invio-contributi](https://ceridap.eu/rivista/invio-contributi)

© 2021 CERIDAP

## INDICE SOMMARIO

### ARTICOLI

- NANNEREL FIANO, *Political Power and University in Germany and Italy: major similarities and differences during the Covid-19-pandemic* ..... 1
- LAURA HERING, *I vizi procedurali nella disciplina giuridica dell'amministrazione diretta dell'Unione europea, fra correzione e irrilevanza* ..... 16
- ALESSIA MONICA, *Il "caso Banksy": spunti di riflessione per la posizione del "terzo" nel sistema di tutela del marchio dell'Unione europea* ..... 55
- GIUSEPPE PODERATI, *Brexit: challenges and opportunities in the EU-UK environmental law & policy framework* ..... 74
- ELIAS WIRTH, *Duty of university professors to teach digitally and the freedom of teaching in Germany* ..... 111

### RASSEGNE E COMMENTI

- JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, *Acordo comercial reino unido-união europeia em. Traços gerais* ..... 125
- GIANCARLO VILELLA, *Managing in times of crisis : the case of the European Parliament* ..... 134

### RELAZIONI E SEGNALAZIONI

- JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, *The first preliminary ruling requested by the Portuguese Constitutional Court - 2020, what a year!* ..... 144
- MURTAZA MOHIQI E MOHAMMAD MUSTAFA MOHIQI, *Academic Freedom in Afghanistan Today* ..... 149
- GIACOMO PISANI, *Esclusione di un'offerta pari a € 0.00. Cosa ne pensa la*

CERIDAP

*Corte di Giustizia UE – Causa C-367/19* ..... 156

## **HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:**

JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, Professore di diritto europeo; Managing Partner di CVA; già avvocato generale e giudice della CGUE; già presidente del Tribunale di primo grado delle Comunità europee (ora Tribunale dell'Unione europea)

NANNEREL FIANO, Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nel Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano

LAURA HERING, Ricercatrice post-dottorato nel Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law di Heidelberg

MURTAZA MOHIQI, Dottorando in diritto privato presso l'Università Ferdowsi di Mashhad, membro del comitato scientifico dell'Università del Gharjistan, Afghanistan

MOHAMMAD MUSTAFA MOHIQI, Dottore di ricerca in diritto privato, membro del comitato scientifico della Kateb University, Kabul, Afghanistan

ALESSIA MONICA, Borsista di ricerca in diritto dell'Unione europea e diritto amministrativo europeo presso l'Università degli studi di Pavia; docente a contratto in diritto sanitario presso l'Università degli studi di Milano

GIACOMO PISANI, Dottore in giurisprudenza e Cultore della materia in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Milano

GIUSEPPE PODERATI, Dottorando nell'Istituto di ricerca di Diritto Ambientale dell'Università di Wuhan. LL.M. in Asian Legal Studies alla National University di Singapore.

GIANCARLO VILELLA, Professore a contratto nell'Università degli Studi di



Milano e nell'Università Politecnica delle Marche, già Direttore Generale del Directorate-General for Innovation and Technological Support del Parlamento europeo

ELIAS WIRTH, Dottore di ricerca, Assistente di ricerca in Diritto Pubblico e Diritto europeo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università privata Sigmund Freud di Vienna

# Political Power and University in Germany and Italy: major similarities and differences during the Covid-19-pandemic

*Nannerel Fiano*

*La pandemia da Covid-19 è stata all'origine, sia in Italia che in Germania, di ampi dibattiti tra scienziati, studiosi di molteplici discipline e opinione pubblica. La politica ha certamente svolto un ruolo fondamentale nella gestione dell'emergenza sanitaria: in Italia la salute "pubblica" è stata tutelata attraverso la adozione di una ampia gamma di atti normativi, tuttavia non sempre idonei a garantire una tutela unitaria. In Germania l'emergenza è stata gestita con (più) successo, fatta eccezione per alcuni problemi emersi nel coordinamento tra Bund e Länder nella lotta al virus. Questo scritto analizzerà, in chiave comparativa, il rapporto tra potere politico e scienza nella definizione delle politiche per combattere l'emergenza sanitaria, concentrandosi sull'impatto di tali politiche all'interno delle Università.*

## **1. Science and the certainty of uncertainty**

The Covid-19 pandemic has profoundly transformed lives, «*instilling doubts and fear towards science and medicine*<sup>[1]</sup>», representing a real stress test<sup>[2]</sup> with respect to axioms, categories and reconstructions<sup>[3]</sup>, as well as the very concept of scientific knowledge.

Specifically, referring to the latter, the Italian scientific community has shown itself as being dramatically divided not only in terms of the epidemiological potential of Covid-19 but also in terms of the different models for contagions.

As the doctrine states, «*it remains unclear how different combinations of interventions, timings, and triggers for the introduction and lifting of control measures may impact estimates of health services, and what the range of*

*uncertainty associated with these estimates would be»<sup>[4]</sup>.*

Quite coherently, the German doctrine has referred to a generalized «*Ungewissheit*» - «*uncertainty*» regarding the scientific knowledge of the current pandemic<sup>[5]</sup>.

As German sociologist Luhmann<sup>[6]</sup> stated, in case of emergency or uncertainty, it is the process aimed at adopting such measures that takes central significance<sup>[7]</sup>.

## **2. Uncertainty in the sources of law: a comparison between Italy and Germany**

The uncertainty and fragility that dominate the scientific knowledge of the SARS-CoV-2 virus seemed to extend, *mutatis mutandis*, to the solidity of the Italian system of sources<sup>[8]</sup>, where their use was completely anomalous<sup>[9]</sup>, to the point of foreseeing the adoption of regulatory instruments of a secondary nature strongly affecting fundamental rights, as well as categories of already vulnerable individuals<sup>[10]</sup>.

It is no coincidence that the emergency situation has led to a «*confusion*» and a «*mixing of the sources of law*»<sup>[11]</sup>.

If it is true that the «*pivot of the emergency legislation has been resolved in a series of decree-laws, involving the Government's authorization to adopt specific measures to combat the epidemic through the instrument of the decree of the presidency of the council ministers*»<sup>[12]</sup>, it is equally true that the emergency decree, already in itself sometimes problematic<sup>[13]</sup>, has been replaced by sources of secondary rank.

Germany, on the other hand, has known a linear use of the sources of law, without any problems from the point of view of the respect for the principle of law (in any case, partly limiting the exercise of certain freedoms, such as the freedom of assembly<sup>[14]</sup>): the doctrine has affirmed the importance of giving «*acknowledgement to Parliament that it has not abdicated its function in favour of executive power*».<sup>[15]</sup>

In this regard, however, a minority of the doctrine considered that the *Infektionsschutzgesetz* (*infra*) was not sufficient to constitute a legal basis for the exercise of normative power of secondary level<sup>[16]</sup> or that the measures adopted were not based on the primary law<sup>[17]</sup>.

A partial exception to the typical fragmentation of federal structures, which was,

however, relevant to pandemic management, was guaranteed by the Federal Act on Epidemic Management which came into force in 2000 (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen* or *Infektionsschutzgesetz - IfSG, July 20 2000*).

This law provides not only for close cooperation between the levels of government and health professionals<sup>[18]</sup>, but also for the broad involvement of the *Länder*.

§ 16 of the law in question requires the *Länder* to take the necessary measures to contain the danger to individuals or the community.

As mentioned, the centralization of the regulatory function at the federal level has not, however, prevented a difficulty in coordination between the various *Länder*, which have taken highly differentiated, and in part contradictory, initiatives (e.g. on the subject of the limits to assemblage<sup>[19]</sup>).

The relationship between the central State and the *Länder*, on the other hand, seemed to be cooperative.

On March 16, 2020, guidelines<sup>[20]</sup> were adopted that set forth a shared management between the *Bund* and the *Länder*<sup>[21]</sup>; the collaboration here seems to have been a partial response to what has been defined as the “German success”<sup>[22]</sup>, supported by the unitary framework of technical-scientific knowledge provided by the *Robert Koch Institut (RKI)*<sup>[23]</sup>.

It must be considered, however, that the debate among German scholars that has developed in recent months has shown, first of all, that the *Infektionsschutzgesetz* does not have the function of containing an aggressive and widespread pandemic such as the Covid-19 pandemic: such a health crisis requires a much more significant effort in terms of federal coordination than that which requires, for example, the management of the infectious capacity of a seasonal influenza<sup>[24]</sup>, so much so that the law against infections has undergone several amendments (see, for instance, *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 14, ausgegeben zu Bonn am 27. März 2020*).

More specifically, the German Constitution does not provide for any regulation of the maintenance of legislative capacity at the federal level in the event of an internal emergency, emphasizing only agreements of a purely informal nature<sup>[25]</sup>.

As the doctrine states, in any case, the pandemic emergency posed a challenge to the constitutional principles of the rule of law and put different views on the

extent of fundamental freedoms and their possible limitations and relationships with State authority<sup>[26]</sup>.

### **3. Where science and politics intersect: the Italian “Cts” and the Robert Koch Institut in the role played by the sources of law**

Returning to the Italian “case”, the subordination of the primary source of law to the secondary source of law in the context of the state of emergency also affected the establishment of the Scientific Technical Committee (“Comitato Tecnico Scientifico”).

The Scientific Technical Committee has been created *ad hoc* to deal with the health emergency, composed of experts and qualified representatives of the bodies and administrations of the State supporting the Head of the Department of Civil Protection<sup>[27]</sup>.

Article 2 of Ordinance n. 630/2020, provides that *«for the implementation of the interventions referred to in this Ordinance, the Head of the Department of Civil Protection shall avail himself of a technical-scientific Committee, established by his measure, composed of the Secretary-General of the Ministry of Health, the Director-General of Health Prevention of the Ministry of Health, the Director of the Office for the Coordination of Maritime, Air and Border Health Offices of the Ministry of Health, by the Scientific Director of the National Institute for Infectious Diseases ‘Lazzaro Spallanzani’, by the President of the Higher Institute of Health, by a representative of the Health Commission appointed by the President of the Conference of Regions and Autonomous Provinces and by the Coordinator of the Office for Promotion and Integration of the National Civil Protection Service of the Civil Protection Department, acting as coordinator of the Committee. The Committee may be integrated concerning specific needs»*.

In the German panorama, a fundamental role has been played by the *RKI*, partly corresponding to the *Istituto Superiore di Sanità - ISS*, which represented a source of support for the choices made by the Executive Board: the measures adopted were in fact based on the evaluations developed by the institute in question<sup>[28]</sup>.

The *RKI*, situated halfway between science and politics, is the German public

health institute, employing 1,080 people, including 450 scientists<sup>[29]</sup>.

Among the Institute's activities, there is the fundamental one of acting as a hub for health protection; moreover, it has constantly been supporting the international crisis: «*as of beginning of September 2020, ZIG has provided assistance and advice on all public health aspects of outbreak response to over 60 countries in Africa, Asia, Europe, and Latin America*»<sup>[30]</sup>.

The institute in question has prepared a Pandemic Management Plan (*Pandemieplan*)<sup>[31]</sup> in implementation of a WHO recommendation of 1999 and provided the scientific indications that led to the limitation of mass events.

Consider that the management of the pandemic in Germany did not have to deal with dramatic episodes such as the “all-Italian” publication of the *Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva - SIAARTI* Recommendations on clinical ethics<sup>[32]</sup>: the reason could be the soundness of the German federal healthcare system<sup>[33]</sup>.

An essential role in the management of the pandemic has certainly been played by the *RKI*, regulated by the law of 2000: § 4 of the law in question regulates in detail the tasks of the institute, which has a strong political connotation.

Unlike the Italian case, German law had already provided for the regulation of *RKI*'s activities (and its cooperation with the Executive of the *Bund* and the *Länder*) by ordinary law for twenty years.

In both countries, it is important to note that «*scientific support is provided for the measures adopted, especially if they are restrictive of constitutional rights*»<sup>[34]</sup>.

#### **4. Politics between the right to study and the freedom to teach during the pandemic**

After having referred to the scientific-institutional framework within which the right to study and freedom of teaching is inserted, it seems appropriate to investigate about how much the measures adopted to fight against the health emergency have impacted on the German and Italian academies, pointing out from the outset that, while the management of the pandemic in the Italian and German academic context seems to present strong similarities, the nature of the sources adopted in the Italian “case” seems to diverge, in line with the above, from that which characterized the German “case”.

As stated by the World Health Organization on last March, it seems relevant to consider that the measures adopted in response to the pandemic have interfered and do interfere with the enjoyment not only of civil and political right, but also of economic, social and cultural rights<sup>[35]</sup>.

In fact, it is no coincidence that doctrine has begun to question on the need for the State to guarantee unhindered and non-discriminatory access to education (*rectius* to the possibility of studying and carrying out research) in times of pandemic.

The right to study is affected by a gap in terms of economic and social conditions and also in terms of place of residence<sup>[36]</sup>: UNESCO has developed tools and guidelines that can be accessed free of charge in order to deal with the educational emergency.

The educational emergency measures adopted, however, betray the lack of actions taken in “normal” times<sup>[37]</sup>.

In the Italian legal system, the emergency not only affected personal freedom, freedom of movement and residence and religious freedom, but also affected the right to education, which, according to the doctrine, «*has been converted to telematic experiments that are unconvincing in a country that is still strongly behind in terms of digital infrastructures*»<sup>[38]</sup>.

#### **4.1. The measures adopted in Italy in the field of higher education and research**

At the end of February 2020, the spread of the Covid-19 virus forced Italian universities to close their buildings and convert teaching activities into distance learning<sup>[39]</sup>.

Classrooms were suddenly transformed into «*virtual spaces*»<sup>[40]</sup>.

In Italy, there have been several regulatory interventions aimed at reconciling the protection of the health of students and university staff with the safeguarding of the right to study, «*at the same time preventing the possible prejudicial effects deriving from the suspension of teaching activities in attendance*».<sup>[41]</sup>

As for the measures adopted, Article 100 of d.l. n. 18/2020, converted with l. n. 27/2020, aimed at guaranteeing support to universities by providing a fund for emergency needs; subsequently, the measure mentions distance education as well

as services for students.

It is interesting to note that the training and service activities for students provided at distance have become the object of calculation in order to carry out the duties of professors and researchers.

The provisions of the d.l. have been extended and subsequently stabilized, respectively, by d.l. n. 83/2020 and d.l. n. 104/2020; besides, the decree postponed the deadlines relating to the procedure for the acquisition of the national scientific abilitation.

A subsequent decree-law came into force in order to regulate practical or internship activities, as well as the election procedures of university bodies, and the graduation session for the achievement of 2018/2019 degrees.

D. l. n. 34/2020, converted with l. n. 77/2020, provided for an increase in the Fund for the emergency needs of the university system, in order to support distance learning and research.

Essentially, distance education has been implemented in detail by a series of “D.P.C.M.” (Decrees of the President of the Council of Ministers, called not by chance the “masters” of the emergency)<sup>[42]</sup> issued between February and June 2020<sup>[43]</sup>.

Subsequently, Ministerial Decree n. 295/2020 provided for an extension for PhD students holding scholarships, for the possibility of extending the duration of the research grants, and for the possibility for candidates to take oral tests by videoconference. The same d.l. n. 34/2020, converted with l. n. 77/2020, introduced a Plan of extraordinary investments in research that intervened on the future recruitment of type B university researchers and on the forecast of a new program for the development of projects of relevant national interest.

Finally, d.l. n. 104/2020 provided for the equalization of service training activities for students carried out in the tertiary system with distance learning methods to those carried out in presence and for the reshaping of scholarships for out-of-office students.

As one may see, various measures have been adopted to support university research; however, distance learning and the previous total closure of libraries are and have been problematic issues of a non-secondary nature.

In the post-lock-down, the balancing of health security with the full performance of all teaching and research activities, «*with the help of digital technologies*»<sup>[44]</sup>, is



still of central importance.

In the annexe<sup>[45]</sup> to the note, the constitutional principles that the Italian State intended to protect in the resumption of the academic year in Phase 2 (from May to August) and Phase 3 (from September to January 2021) immediately spring to mind: the right to health, the right to study for students and, particularly, for students with disabilities; the right to research for young researchers and PhD students.

What seems to emerge from the reading of the document is the focus on a “blended” didactic offer plan, the guarantee of access to spaces, the strengthening of digital infrastructures, the dematerialization of ongoing administrative procedures and staff training.

As can be guessed, the achievement of the objectives in question requires substantial funds: otherwise, the right to education as well as, on the other hand, freedom of teaching could not be guaranteed.

#### **4.2. The Measures taken in Germany in the field of higher education and research**

The *Bund* has allocated many millions of euros to study support<sup>[46]</sup>, particularly strengthening digital education in schools and guaranteeing scholarships for university students.

The President of *HRK* (corresponding to *CRUI*) drew attention to the speed with which teaching decisions were taken and with which the “akademisches milieu” was modified, to the point that the proposal to declare the summer semester a “non-semester” was discussed<sup>[47]</sup>, finally declined in favour of a digital “Sommersemester”.

On the subject of academic freedom, it was stated by the President of *HRK* that *«universities master change in a very calm and pragmatic way. Annoying are those voices which interpret the digital semester as a threat to the democratic balance of power in the universities [...] the presidencies, it is said [...] have taken advantage of the circumstances and established a new regime of government. Virtual teaching is becoming a tool with which freedom of teaching would be abandoned and a digital media realm would be established»*<sup>[48]</sup>.

Moreover, *«[m]any of these arguments are no better than the conspiracy theories*

*that currently try to denounce the crisis management. No university executive is happy with the restrictions on academic presence. Nevertheless, we live in a state of emergency. Furthermore, this requires unusual measures, openness, willingness to experiment and intellectual curiosity, even in the field of teaching»<sup>[49]</sup>.*

Consider that also Italy seems to have achieved good results in distance education, where there has been a strong relationship between universities and central connecting bodies<sup>[50]</sup>.

Germany, precisely in the light of the strong compromise that has suffered and continues to suffer from the possibility of studying and doing research, especially in laboratories, has needed regulations of a flexible nature in favour of scientists and academics.

In addition to the individual regulations, which, together with the amendment of the *Wissenschaftszeitvertragsgesetzes*, have in part revived academic research<sup>[51]</sup>, the German legal system has undergone an important law which intended to protect - with retroactive effect from March 1, 2020 - the academic world; the law in question is the *Wissenschafts - und Studierendenunterstützungsgesetz*<sup>[52]</sup>, which was presented by the *CDU* and the *SPD* party on April 21, 2020, and published in the Official Journal on May 28, 2020.

The accompanying report to the law states that due to the pandemic there have been many restrictions on scientific and academic staff. Quite significantly, it is stated that *«many research projects cannot or can only be continued to a very limited extent for the time being, due to the closure of laboratories and libraries»*.

Furthermore, it is stated that the categories most affected are those corresponding to young scientists and scholars who are employed temporarily under Art. 2, par. 1, line 1 of the *WissZeitVG* and who, therefore, also require compensation with the help of the *BAföG* (federal financial aid).

The law in question was commented on by the President of *HRK*, who argued that *«highly qualified researchers form the basis for the performance of universities and the scientific system as a whole»<sup>[53]</sup>*.

While the government's support for academia has been considerable, in any case, the Covid-19-Pandemic has affected the postponement of the winter semester in all the *Länder*; furthermore, as provided for in a *Daad* document, the *Ständige Konferenz der Kultusminister (KMK)* has decided to postpone - in all *Länder* - the start of the 2020-2021 winter semester to November 1, 2020<sup>[54]</sup>.

## 5. A balance: Italian and German universities

One may note that the management of the academic universe between Italy and Germany has known many similarities and some differences.

As for the former, access to libraries and laboratories is indeed precluded to large group.

However, the possibility of accessing functional spaces for research and study seems to be - albeit with existing restrictions - entirely possible both in Italy and in Germany (where on April 15, 2020, Chancellor Merkel and the Heads of Government of the individual *Länder* established - under restrictions - the opening of laboratories, libraries and archives).

Moreover, one should consider the fact that Germany and Italy have experienced more generous access to *e-resources*: universities have faced the closure of libraries through the possibility of using *e-books*, *e-journals* and databases<sup>[55]</sup>.

As far as teaching is concerned, it is also interesting to note that in many *Länder* activities in attendance have not yet begun, with the sole exception of seminars for up to 30 people, which must also be guaranteed online, and access to laboratories (e.g. Art. 19 of the Sixth *Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung*).

In many Italian universities, on the other hand, teaching activities will take place in presence, although the synchronous recording of lessons is guaranteed.

The didactics, therefore, will have to know further forms of development “digitally” relevant in both countries.

As far as the major differences are concerned, on the state level, it is essential to note that Germany has seen the approval of a law in support of academic activity, while Italy has seen, in this area, the adoption of sources of an “emergency nature”, as well as sources of a secondary nature.

What has just been written seems to be in line with what has been said about the use of sources in emergencies: it is true, however, that since the beginning of March Italy has experienced an extremely dramatic situation from the point of view of the impact of the virus on people’s lives, so much to determine «*a real regulatory flood, in an attempt to deal with the lack of predictability of infection trends*»<sup>[56]</sup>, to which is linked, moreover, the diversity of the impact that the measures on personal freedom have exerted in Germany and Italy.

## 6. The coronavirus and its challenges in the academic context

As for Italian universities, German universities will have to proceed with the digitalization of teaching in the coming semester.

Net of the problems linked to the right to a digitized education (as well as to a conference), it is perhaps possible to highlight some positive, transversal and transnational aspects of distance learning.

If it is confirmed that the implementation of the necessary tools for the realization of distance education can affect the easiness/agility with which teaching is carried out, it is equally true that it is possible to sustain that the state of emergency has exalted the principle of inclusion, which guarantees access to school for all, including people with disabilities<sup>[57]</sup>.

Similarly, the pandemic seems to have strengthened the collaboration between teachers<sup>[58]</sup>.

As has been correctly observed by German doctrine, the digitalization of didactics and the ease with which teaching and scientific materials can be exchanged online can undoubtedly contribute to an enrichment of scientific knowledge: the sharing of materials as *Open Educational Resources* feeds the need for cooperation between teachers.

In the same way, the pandemic has shown the need to enhance the library space, whether physical or digital, as a social issue of the right to study and research<sup>[59]</sup>.

As the doctrine points out, it is necessary to increase awareness of the need for more significant investments in the dissemination of scientific research and the right to education<sup>[60]</sup>.

Finally, since, as the President of *HRK* said, according to some particularly critical voices, the digitalization of lessons could lead to the creation of a “media realm” at the expense of freedom of teaching, it would seem entirely appropriate to envisage, also in the light of science’s predictions on corona-virus, a statute for online education.

In this regard, Italian doctrine has highlighted the problem of the use of new technologies once the urgency is over, since «*neither schools nor universities have become telematic, for which specific rules apply*»<sup>[61]</sup>.

## CERIDAP

1. See M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazioni*, in *www.gruppodipisa.it*, 2020, 16.
2. M. Meyer - Resende, *Bitte keine Alternativlosigkeit*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
3. D. De Lungo, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *www.nomosletteraturadeldiritto.it.*, 2020,1.
4. G. Davies at al., in medRxiv, preprint, 6.4.2020, <https://doi.org/10.1101/2020.4.1.20049908>.
5. H. H. Trute, *Ungewissheit in der Pandemie als Herausforderung*, in *GSZ*, 2020.
6. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, VI ed., Frankfurt am Main, 1969. According to German doctrine, moreover, it is not appropriate to refer to a state of exception, but it is more appropriate to refer to a «*Sonder-Normallage*»; see L. Leitmeier, *Corona und "Ultra-vires": Recht an der Grenze*, in *DöV*, 2020, 646.
7. E. Buoso, C. Fraenkel-Haeberle, *La Germania alla prova del coronavirus*, in *www.federalismi.it*, 2020; see also M. Friehe, *Freiheit in höchsten Nöten*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
8. P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul Sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, 292 and ff.
9. M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazioni, op. cit.*, 18-22.
10. M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazioni, op. cit.*, 18-22; moreover, the COVID-19 pandemic points out the problem of intersectional discrimination.
11. F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *www.osservatorioaic.it*, 2020, 257; see, on this topic, Staiano S., *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *www.rivistaic.it*, 2020, 536-545.
12. P. Caretti, *I riflessi della pandemia sul Sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato, cit.*, 296-297.
13. F. Clementi, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai includibili*, in *www.osservatoriocostituzionale.it*, 2020, 36.
14. C. Gusy, *Die Corona der Coronaleugner und das Versammlungsrecht*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
15. E. Buoso, C. Fraenkel-Haeberle, *La Germania alla prova del coronavirus, cit.*, 91; see also M. Friehe, *Freiheit in höchsten Nöten, cit.*, 2020, 91-92 and A. De Petris, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *www.osservatorioaic.it*, 2020, 431.
16. D. Murswiek, *Verfassungsrechtliche Probleme der Corona-Bekämpfung*, in *Stellungnahme für die Enquete-Kommission 17/2 "Corona-Pandemie" des Landtags Rheinland-Pfalz*, 18.8.2020, 8 and ff.; see also L. Leitmeier, *Corona und "Ultra-vires": Recht an der Grenze, op. cit.*, 647.
17. A. Thiele, *Rauswurf aus der Zweitwohnung*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
18. E. Buoso, C. Fraenkel-Haeberle, *La Germania alla prova del coronavirus, op. cit.*, 85.
19. G. Taccogna G., *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in

- www.federalismi.it*, 2020, 97 and ff.
20. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/vereinbarung-zwischen-der-bundesregierung-und-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-bundeslaender-angesichts-der-corona-epidemie-in-deutschland-1730934>)
  21. P. Thielbörger, B. Behlert, *COVID-19 und das Grundgesetz. Zur (Un)tauglichkeit des verfassungsrechtlichen “Immunsystems”*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
  22. A. De Petris, *Un approccio diverso: l'emergenza “collaborativa” del federalismo tedesco*, *op. cit.*, 443.
  23. G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19*, *op. cit.*, 87.
  24. A. Klafki, *Coronavirus und Reformbedarf des “Pandemierechts”*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
  25. P. Thielbörger, B. Behlert, *COVID-19 und das Grundgesetz. Zur (Un)tauglichkeit des verfassungsrechtlichen “Immunsystems”*, *op. cit.*
  26. M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazioni*, *op. cit.*, 16-17.
  27. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *www.federalismi.it*, 2020, 8.
  28. A. Gatti, *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, in *www.gruppodipisa.it*, 2020, 53-56. On the collaboration between the government and RKI see <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/themenseite-forschung/forschungseinrichtungen-des-bundes>).
  29. See [www.rki.de](http://www.rki.de).
  30. See [www.rki.de](http://www.rki.de).
  31. E. Buoso, C. Fraenkel-Haerberle, *La Germania alla prova del coronavirus*, *op. cit.*, 76.
  32. On this topic see L. Conte, *Covid-19. Le Raccomandazioni di etica clinica della SIAARTI. Profili di interesse costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2020.
  33. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Intensivregister.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Intensivregister.html).
  34. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, *op. cit.*, 37.
  35. See S. De Vido, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, in *www.sidiblog.org*, 2020.
  36. S. De Vido, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, *op. cit.*, 2020.
  37. Again, S. De Vido, *Diritto all'istruzione e accesso ad internet all'epoca del Covid-19*, *op. cit.*, 2020; see also S. Prisco F. Abbondante, *I diritti al tempo del Coronavirus. Un dialogo*, in *www.federalismi.it*, 2020, 19.
  38. F. Rescigno, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, *op. cit.*, 261.
  39. S. Baroncelli, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*,

- in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, 438.
40. Again, see S. Baroncelli, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, in *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19, op. cit.*, 438.
  41. See the official website of the Chamber of Deputies, *Le misure adottate a seguito dell'emergenza Coronavirus (COVID-19) per il mondo dell'istruzione (scuola, istruzione e formazione professionale, università, Istituzioni AFAM)*, 2020.
  42. A. Vendaschi, C. Graziani, *Coronavirus emergency and Public Law issues: an Update on the Italian Situation*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
  43. S. Baroncelli, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, 440.
  44. See note from the Minister of Education and Research Prof. Manfredi, 4 May: <https://www.crui.it/covid-19.html>
  45. <https://www.crui.it/covid-19.html>.
  46. <https://www.bmbf.de/de/coronavirus-was-tut-das-bmbf-11069.html>
  47. <https://www.forschung-und-lehre.de/management/hochschulen-schalten-auf-notbetrieb-2636>.
  48. <https://www.daad.de/en/information-services-for-higher-education-institutions/centre-of-competence/covid-19-impact-on-international-higher-education-studies-and-forecasts/>
  49. <https://www.berliner-zeitung.de/lernen-arbeiten/die-hochschulen-meistern-die-umstellung-auf-digitale-lehre-gelassen-und-pragmatisch-li.84098>.
  50. S. Baroncelli, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, cit., 441. On this point see also the doctrine of E. Catelani, *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, 511.
  51. *HRK Pressemitteilung* of 20.04.2020.
  52. *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 24*.
  53. [www.hrk.de](http://www.hrk.de).
  54. <https://www.daad-brussels.eu/en/2020/04/21/measures-for-german-universities-due-to-the-corona-crisis>.
  55. J. Mohamed, *Die Bibliotheca juridical als Raum in Zeiten von Corona*, in *www.juwiss.de*, 2020.
  56. See G. Mobilio, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2020, 352.
  57. S. Baroncelli, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, op. cit., 442-445.
  58. See M. Petras, *Kooperatives Lehren im Ausnahmezustand*, in *www.verfassungsblog.de*, 2020.
  59. J. Mohamed, *Die Bibliotheca juridical als Raum in Zeiten von Corona*, op. cit., 2020.
  60. See S. Nicodemo, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza*

*(COVID-19), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2020, passim.*

61. S. Baroncelli, *La didattica online al tempo del coronavirus: questioni giuridiche legate all'inclusione e alla privacy*, *op. cit.*, 438.



# I vizi procedurali nella disciplina giuridica dell'amministrazione diretta dell'Unione europea, fra correzione e irrilevanza

*Laura Hering*

*I campi nei quali l'Unione Europea opera tramite la cd. esecuzione diretta sono in costante aumento e le questioni concernenti le conseguenze dei vizi procedurali stanno acquisendo una rilevanza sempre maggiore. Dallo studio della giurisprudenza sembra emergere che vi sono ipotesi in cui a fronte di vizi nelle procedure amministrative i giudici tendano a dichiarare l'irrilevanza degli errori, o ritengano gli stessi passibili di correzione. Con il presente contributo si procederà ad una analisi della giurisprudenza europea avente ad oggetto la valutazione di irrilevanza ovvero la correzione delle violazioni delle norme procedimentali. Nelle valutazioni effettuate dalle Corti, esse tendono a valutare: se il provvedimento oggetto di impugnazione esiti allo svolgimento di attività vincolata o discrezionale e quale sia il suo contenuto sostanziale; quale sia il significato, "il peso", della norma violata e quanto effettivamente grave sia la violazione fonte del vizio procedurale; se le conseguenze degli errori "rendano effettivamente giustizia" a tutti gli interessi coinvolti nella procedura amministrativa e, infine, quali ripercussioni possano produrre le proprie decisioni sugli errori procedurali sulle ulteriori e future, decisioni dell'amministrazione. La comparazione tra le soluzioni individuate dalla Corti europee e quelle previste in alcuni degli Stati membri mostra che gli organi giurisdizionali dell'UE non si ispirano ad un modello specifico, ma tendono a rifarsi a criteri simili a quelli adottati nei vari Paesi aderenti all'Unione.*

## **1. Introduzione**

L'esecuzione del diritto amministrativo dell'Unione europea è generalmente di competenza delle autorità nazionali. Esse sono, spesso, supportate da organi

europei<sup>[1]</sup>. Vi sono, però, casi in cui le stesse istituzioni dell'Unione, i suoi organismi, le sue agenzie, i suoi uffici, provvedono a dare esecuzione diretta al diritto europeo. Basta volgere l'attenzione ai settori della vigilanza bancaria e delle migrazioni, o riflettere sul crescente numero di uffici e di agenzie facenti capo all'Unione, per rendersi conto che i campi in cui l'Ue opera tramite la cd. esecuzione diretta sono aumentati esponenzialmente negli ultimi decenni<sup>[2]</sup>. Anche se il processo di rafforzamento dell'esecuzione diretta dell'Unione è lungi dall'essere completato<sup>[3]</sup>, non sembra che essa debba essere considerata una mera eccezione e ciò è tanto più vero se si considera che gli aspetti procedurali riguardanti il diritto amministrativo dell'Ue si fanno sempre più dettagliati, differenziati e complessi in ragione di quanto stabilito non tanto dalle norme primarie del TFUE, ma soprattutto da quelle derivate, nonché dalla puntuale giurisprudenza degli organi dell'Unione e dalla *soft law*<sup>[4]</sup>. Con l'incremento delle regole procedurali si determina un aumento delle fonti di potenziali errori<sup>[5]</sup>. Di conseguenza le Corti europee devono occuparsi sempre più spesso di errori procedurali<sup>[6]</sup>, interrogandosi su quale impatto questi producano sul provvedimento finale.

La violazione di una norma procedurale non dovrebbe essere trattata come un errore giuridico sostanziale, poiché quest'ultimo, in sede giudiziaria, pregiudica la legittimità dell'atto amministrativo e ne comporta l'annullamento. Nei limiti della comparazione effettuata, non sembra che tra gli ordinamenti giuridici presi in considerazione ve ne siano alcuni in cui ogni errore relativo alla procedura conduca sempre e in ogni caso all'annullamento del provvedimento finale<sup>[7]</sup>. Inoltre, le parti interessate spesso sollevano questioni procedurali con la sola intenzione di sottrarsi a provvedimenti amministrativi svantaggiosi o mirando a rallentare procedimenti amministrativi non convenienti<sup>[8]</sup>. Se la violazione di una norma procedurale conducesse sempre all'annullamento del provvedimento, verrebbero messi in dubbio l'effettività delle procedure amministrative e il buon funzionamento dell'amministrazione. Per altro verso, però, se le violazioni di norme procedurali fossero tutte dichiarate prive di conseguenze o non fossero sufficientemente sanzionate con l'annullamento del provvedimento viziato, potrebbe essere minata la fiducia stessa nelle istituzioni dell'Ue. Bisognerebbe, pertanto, puntare al bilanciamento tra l'esigenza di garantire una amministrazione che operi in modo efficace ed efficiente e quella di dotarsi di un

diritto processuale amministrativo che assicuri l'effettività della giustizia processuale e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei singoli.

Il diritto dell'Ue non dispone di strumenti giuridici per la gestione dei vizi procedurali. L'art. 263, comma 2, TFUE stabilisce, con una formulazione generica, che la Corte è competente a pronunciarsi su ricorsi per le «*violazione delle forme sostanziali*», eventualmente annullando l'atto oggetto di impugnazione. Sono, dunque, stati gli organi giurisdizionali dell'Unione a vedersi attribuito il compito di elaborare un meccanismo che consentisse di andare oltre quanto specificato dall'art. 263, comma 2, TFUE. Non avendo a disposizione uno schema completo avente ad oggetto le conseguenze di ogni specifico tipo di violazione delle norme procedurali, la Corte si ritrova a dover decidere, caso per caso, delle conseguenze derivanti dai singoli vizi. Le possibili conseguenze dei vizi procedurali sono diversamente graduate. In linea generale, alle violazioni più gravi può conseguire una dichiarazione di inesistenza del provvedimento; a quelle meno gravi può, invece, seguire una dichiarazione di irrilevanza del vizio procedurale. Fra i due estremi è possibile rinvenire una serie di ipotesi, tra le quali quella in cui alla violazione di una norma procedurale segua l'annullabilità del provvedimento, o, ancora, quella in base alla quale si prevede la correzione dell'errore procedurale in un momento successivo a quello di emanazione del provvedimento.

Al fine di ridurre al minimo i problemi di carattere applicativo, sarebbe auspicabile che i vizi e le eventuali conseguenze derivanti dagli errori procedurali siano, nell'ambito del diritto amministrativo diretto dell'UE, articolati in categorie uniformi<sup>[9]</sup>. Nei procedimenti che si svolgono davanti alle agenzie dell'Ue, ad esempio, spesso manca del tutto una regolamentazione<sup>[10]</sup>, oppure sono previste discipline giuridiche solo di tipo frammentario e, anche laddove sussistano procedure regolate dalla legge, non risultano disciplinate dettagliatamente le conseguenze derivanti dai vizi procedurali<sup>[11]</sup>. Sarebbe auspicabile che, nell'assumere decisioni in merito alle conseguenze dei vizi procedurali, ciascuna di queste agenzie possa fare affidamento su regole applicabili alla generalità dei procedimenti amministrativi.

Questa mancanza di criteri generali non è un problema specifico delle conseguenze delle violazioni di norme procedurali o formali. Il diritto amministrativo dell'Unione, come noto, non prevede, allo stato attuale, una

disciplina generale applicabile a tutti i procedimenti amministrativi europei. Le regole applicabili ai procedimenti amministrativi in parola sono frammentate in norme settoriali e specifiche, e vengono sistematicamente integrate ad opera della giurisprudenza e attraverso l'impiego della *soft law*<sup>[12]</sup>. Norme generali di procedura amministrativa sembrano allo stato rinvenibili solo in riferimento a questioni specifiche<sup>[13]</sup>. Ciononostante, il Trattato di Lisbona con l'introduzione dell'art. 298, comma 2, del TFUE, ha fornito la base legale per l'emanazione di un codice del procedimento amministrativo per l'esecuzione diretta<sup>[14]</sup>. Di conseguenza, una rete di accademici ha avviato un progetto di ricerca nel 2009<sup>[15]</sup>, che ha consentito di elaborare norme-modello del procedimento amministrativo volte alla "costruzione" di un sistema di regole applicabile alle generalità dei procedimenti amministrativi dell'esecuzione diretta<sup>[16]</sup>. Nel gennaio 2013, il Parlamento europeo ha fatto uso del proprio diritto di iniziativa *ex art.* 225, comma 1, TFUE e ha richiesto alla Commissione europea di presentare una proposta per un diritto dell'Unione in materia di procedimenti amministrativi<sup>[17]</sup>. La Commissione europea ha accolto con favore l'iniziativa ma ha comunque deciso che i tempi non fossero maturi per l'adozione di una legge generale in materia di procedimento amministrativo<sup>[18]</sup>. Nel gennaio 2016, il gruppo di lavoro per il diritto amministrativo della Commissione giuridica del Parlamento europeo ha presentato una «*Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui procedimenti amministrativi delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea*»<sup>[19]</sup>, chiaramente ispirata alla proposta della rete di ricerca ReNEUAL<sup>[20]</sup>. Tuttavia, né ReNEUAL, né la proposta parlamentare hanno prestato attenzione alle conseguenze derivanti dalle violazioni delle norme procedurali con riferimento alle circostanze in cui tali violazioni dovrebbero considerarsi prive di conseguenze e ciò nonostante l'indiscussa rilevanza di tale questione<sup>[21]</sup>. Nonostante lo svolgimento delle attività sopra descritte, gli innumerevoli problemi che l'Ue è chiamata a fronteggiare in questo momento storico non lasciano presagire che si intenda procedere alla codificazione della procedura applicabile alla generalità dei procedimenti amministrativi<sup>[22]</sup>. Sul lungo periodo, però, l'adozione di regole chiare applicabili ai procedimenti amministrativi europei, soprattutto alla luce delle crescente importanza del campo dell'esecuzione diretta, sarà inevitabile<sup>[23]</sup>. Nel tentativo di individuare un sistema di criteri applicabili in sede

giurisdizionale, la presente analisi si concentrerà sulle ipotesi di violazioni delle norme relative al procedimento dalle quali può derivare la correzione dell'errore, ovvero alla dichiarazione di irrilevanza dello stesso. In quest'ottica, è necessario porsi alcune domande: in primo luogo, è necessario chiedersi quali sono i principi-guida sostanziali da applicare per individuare le conseguenze dei vizi procedurali (par. 2). In secondo luogo, è necessario indagare i criteri che gli organi giurisdizionali dell'Ue adoperano nelle decisioni concernenti le conseguenze dei vizi procedurali (par. 3).

## **2. I principi generali del diritto europeo sulla irrilevanza e sulla correzione del vizio procedurale**

Per individuare le conseguenze dei vizi procedurali bisogna guardare al diritto primario dell'Unione europea, concentrando l'attenzione su alcuni principi generali, ciò in quanto le conseguenze degli errori procedurali non possono essere comprese isolatamente, ma solo tenendo in considerazione il diritto amministrativo europeo nella sua interezza.

Il principio di legalità impone alla pubblica amministrazione di eliminare qualsiasi situazione di illegittimità<sup>[24]</sup>. In base ad esso è possibile affermare che i vizi procedurali devono essere sanzionati, dovendo rimanere una eccezione la possibilità di valutare gli stessi come irrilevanti<sup>[25]</sup>. Ad ogni buon conto, la correzione di errori procedurali deve avere la priorità rispetto a qualsiasi tipo di decisione sulla loro irrilevanza<sup>[26]</sup>, perché, laddove l'irrilevanza comporti la persistenza dell'illegittimità, la correzione dell'errore consente di ripristinare le condizioni previste dalla legge.

Anche alla luce dei principi del giusto processo (art. 47, comma 2, CDFUE) e del diritto ad un rimedio effettivo (art. 47, comma 1, CDFUE) la correzione o la valutazione di irrilevanza di un vizio procedimentale devono rimanere eccezionali. Per il vero, la correzione o la valutazione di irrilevanza di un errore procedimentale non garantiscono che l'amministrazione procedente abbia successo in giudizio. Certo è che, relativizzare i vizi del procedimento consentirebbe di ridurre il numero di ipotesi in cui i potenziali ricorrenti possono ottenere l'annullamento dei provvedimenti invocando, a fondamento dei propri ricorsi, una violazione di forma sostanziale ex art. 263, comma 2, TFUE. Di

conseguenza, anche nel caso in cui il vizio procedimentale non sia l'unico motivo del ricorso e sussistano ulteriori difetti formali, il fatto che il provvedimento – a causa della relativizzazione dell'errore – non possa più essere annullato, rende la via giudiziaria meno attraente per il ricorrente, intaccandone alcuni diritti. Il ricorrente, infatti, subirebbe una lesione dei propri diritti a fronte della rimozione ex post del fondamento del ricorso<sup>[27]</sup>.

Per altro verso, i principi generali già menzionati non sembrano imporre che gli errori procedurali siano sanzionati in qualsiasi circostanza. Essi devono, infatti, essere bilanciati con altri principi, tra i quali rilevano quello di efficienza dell'azione amministrativa e quello dell'equilibrio istituzionale. Alla luce del primo, non ogni errore di procedimento dovrebbe condurre alla messa in dubbio della legittimità del provvedimento finale<sup>[28]</sup>. In ragione di ciò, nel bilanciamento tra principi il legislatore e i giudici dell'Unione europea finiscono per avere un significativo margine di discrezionalità. Per quanto concerne il secondo principio, ossia quello dell'equilibrio istituzionale, assume notevole importanza poiché in forza di esso, ad ogni istituzione è attribuito uno specifico ruolo all'interno della struttura dell'Ue e ciascuna deve esercitare i propri poteri avendo riguardo a quelli delle altre<sup>[29]</sup>. La Corte non ha il potere di imporre una decisione (sostanzialmente) specifica all'amministrazione. È vero che la Corte è competente a svolgere un'indagine completa sui fatti, indipendentemente dalle richieste istruttorie delle parti, ma, in virtù del principio dispositivo, il procedimento amministrativo non può essere pienamente ricostruito nel corso del processo<sup>[30]</sup>. In altre parole, il processo giudiziario non può di sostituire il procedimento amministrativo<sup>[31]</sup>. Ciò influisce sulla possibilità di correzione dei vizi procedurali: la correzione per via giudiziaria entra in contraddizione con la concezione stessa del potere giudiziario in quanto il processo non è (o non dovrebbe essere) la sede di un secondo procedimento amministrativo<sup>[32]</sup>. Una correzione in corso di processo, infatti, si tradurrebbe in una continuazione del procedimento amministrativo da parte del giudice, che dovrebbe invece operare in veste di controllore di tale procedimento. Ciò sposterebbe parte della funzione esecutiva nelle mani del potere giudiziario, minando così il principio dell'equilibrio istituzionale<sup>[33]</sup>. Vi è, però, un'eccezione a quanto sin qui rappresentato: l'ipotesi in cui la Corte ha una c.d. compétence de pleine jurisdiction, come, per esempio, in tema di ammontare delle sanzioni pecuniarie

nel diritto della concorrenza<sup>[34]</sup>. In tali casi, se vi è stato un errore procedimentale, la Corte può, al posto di annullare e rimettere all'amministrazione il provvedimento viziato, sostituirlo. La Corte ha, infatti, stabilito che, in ipotesi di compétence de pleine jurisdiction un provvedimento viziato da motivazione carente<sup>[35]</sup> o mancante<sup>[36]</sup> può essere, per esempio, corretto durante il processo e non annullato.

### **3. I criteri impiegati dalla giurisprudenza delle corti europee per individuare le conseguenze derivanti delle violazioni di norme sul procedimento: panoramica generale**

Nelle decisioni degli organi giurisdizionali dell'Unione ricorrono criteri e argomenti utili a determinare se, nel singolo caso oggetto della decisione, ad un vizio procedurale debba conseguire l'annullamento del provvedimento finale oppure lo stesso possa essere corretto o considerato irrilevante. I fattori che le corti tengono in considerazione e gli argomenti dalle stesse impiegati per determinare le conseguenze del vizio procedurale costituiscono oggetto dei successivi paragrafi. In particolare, tenendo a mente che spesso i criteri in parola sono orientati da considerazioni non solo di natura giuridica, ma anche di carattere pragmatico e funzionale, le corti europee tendono a valutare: a) se il provvedimento sia il risultato di esercizio di attività vincolata o meno e quale sia il contenuto sostanziale del provvedimento viziato (par. 3.1.); b) quale sia il significato, "il peso", della norma violata in base al criterio della interpretazione teleologico-funzionale, in base al criterio della interpretazione sistematica o contestuale e, ancora, guardando alla volontà del legislatore in sede di adozione di una determinata disposizione (par. 3.2.); c) quanto effettivamente grave sia la violazione fonte del vizio procedurale in base al nesso di causalità con il risultato del provvedimento finale, alla gravità del vizio in sé o all'assenza di un sostanziale pregiudizio per il soggetto interessato (par. 3.3.); d) se le conseguenze degli errori "rendano effettivamente giustizia" al numero, alla direzione, alla rilevanza degli interessi coinvolti nella procedura amministrativa (par. 3.4); e) quali ripercussioni possano produrre le proprie decisioni sugli errori procedurali (par. 3.5)<sup>[37]</sup>.

Sotto il profilo metodologico, si è scelto di concentrare l'attenzione sulla giurisprudenza in tema di pubblico impiego e di diritto della concorrenza poiché

in tali ambiti materiali il giudice europeo ha avuto modo di esprimersi spesso sulla correzione e sulla irrilevanza quali conseguenze dei vizi procedurali. Posto che in tali settori la regolamentazione delle procedure è dettagliata, l'attenzione per la disciplina delle conseguenze giuridiche dei vizi procedurali potrebbe essere derivata dal fatto che si tratta di ambiti in cui è previsto un ampio potere di intervento della Commissione. Dall'analisi comparativa dei sistemi giuridici di alcuni Stati membri – segnatamente, dell'Italia, della Germania, della Francia e del Regno Unito – emerge che sono rinvenibili, anche in tali ordinamenti, criteri simili a quelli elaborati all'interno delle sentenze dei giudici europei.

### **3.1. Indagine sulla natura del provvedimento viziato**

Per quanto concerne l'indagine sulla natura del provvedimento viziato, il primo parametro preso in considerazione dagli organi giurisdizionali dell'Unione per valutare le conseguenze dei vizi procedurali riguarda la natura vincolata o discrezionale del provvedimento. Quanto ai provvedimenti discrezionali, trovandosi l'amministrazione a dover valutare le circostanze del caso specifico, non potendo esistere una decisione "prefabbricata", è sul procedimento amministrativo che deve necessariamente ricadere l'attenzione, la stessa acquisendo una peculiare importanza. Un rigoroso controllo riguardante la conformità dei requisiti procedurali risulta utile a compensare il limitato potere di controllo giurisdizionale sui provvedimenti discrezionali<sup>[38]</sup>. Nell'ipotesi di adozione di un provvedimento discrezionale poi oggetto di impugnazione davanti ad un organo giurisdizionale dell'Ue, quest'ultimo, al fine di impedire che la propria decisione sostituisca, nel merito, quella dell'amministrazione, tende a non tenere in considerazione rilievi e obiezioni basati sul fatto che il vizio procedurale non avrebbe in qualche modo potuto influire sull'esito della procedura<sup>[39]</sup>.

Quanto, invece, all'attività vincolata, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, se oggetto di giudizio è un provvedimento dell'amministrazione frutto di attività vincolata, i vizi riguardanti la motivazione vengono reputati irrilevanti<sup>[40]</sup>. In deroga al principio, altrimenti applicabile, che prescrive di esaminare le censure procedurali prima di quelle sostanziali, i giudici dell'Ue procedono in primo luogo a verificare se «*l'amministrazione non disponga di*



*alcun margine di valutazione e sia tenuta ad agire come ha fatto»<sup>[41]</sup>. Dall'analisi della giurisprudenza emerge che, una volta verificato che l'attività esercitata presentava carattere vincolato, i giudici tendano a negare al ricorrente l'interesse all'annullamento del provvedimento per difetto di motivazione. La Corte, infatti, ha ritenuto che anche ammettendo che la decisione impugnata sia inficiata da più vizi di forma tutti dedotti dal ricorrente, quest'ultimo non risulta avere «*alcun interesse legittimo all'annullamento per vizio di forma di una decisione, nel caso in cui l'amministrazione non disponga di alcun margine di valutazione e sia tenuta ad agire come ha fatto. In tale ipotesi, l'annullamento della decisione impugnata potrebbe infatti dar luogo solo all'adozione di una nuova decisione identica, nella sostanza, a quella annullata*»<sup>[42]</sup>. In altre parole, quando l'amministrazione esercita attività vincolata, la Corte non prende neanche in considerazione la presunta mancanza di motivazione<sup>[43]</sup> e ciò al fine di assicurare che la procedura si svolga nel modo più rapido possibile<sup>[44]</sup>.*

Gli organi giurisdizionali dell'Ue si pronunciano in modo simile per quanto riguarda la possibilità di correggere il vizio del provvedimento derivante da una motivazione inadeguata. In linea di principio, ad una motivazione presente ma non adeguata conseguono la dichiarazione di illegittimità<sup>[45]</sup> e l'annullamento<sup>[46]</sup> del provvedimento<sup>[47]</sup>. Vi sono però casi, per la maggior parte rientranti nel diritto del pubblico impiego, in cui, a fronte di provvedimenti aventi natura vincolata, il Tribunale dell'Unione europea ha permesso la correzione della inadeguatezza della motivazione, ammettendo una motivazione postuma. Il Tribunale ha, infatti, sostenuto che il ricorrente non avesse «*alcun interesse legittimo*» a chiedere l'annullamento del provvedimento per errori di motivazione, dal quale peraltro sarebbe potuta soltanto derivare l'adozione di un nuovo provvedimento nella sostanza identico al primo, ma esente da errori<sup>[48]</sup>. Talora, il Tribunale è addirittura arrivato a non prendere in considerazione l'errore di motivazione invocato dal ricorrente<sup>[49]</sup>.

In prospettiva comparatistica è possibile apprezzare che nell'ordinamento francese è stata sviluppata, sulla scia del crescente numero di processi, la teoria dei *moyens inopérants en cas de compétence liée*. Con il termine *moyens inopérants* si intende l'inoperatività, nei confronti di un provvedimento vincolato oggetto di impugnazione, di un motivo di ricorso astrattamente fondato che viene considerato non operante poiché il provvedimento non avrebbe potuto avere un

contenuto differente<sup>[50]</sup>. Quanto all'ordinamento tedesco, secondo il § 46 della legge tedesca sul procedimento amministrativo, in tema di irrilevanza non si tiene conto di un errore procedurale «*se è evidente che il vizio non ha influenzato la decisione nel merito*»<sup>[51]</sup>. Ciò include provvedimenti vincolati o in cui la discrezionalità è “ridotta a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*)<sup>[52]</sup>. Nell'ordinamento italiano, l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 prevede che «*non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*»<sup>[53]</sup>. Secondo la sua formulazione letterale, la disposizione si applica esclusivamente ai provvedimenti vincolati, motivo per cui la giurisprudenza ne ha escluso espressamente e a più riprese l'applicazione in via analogica a provvedimenti discrezionali<sup>[54]</sup>. Soltanto nel diritto inglese non sembrano rinvenibili, nella individuazione delle conseguenze relative alla violazione di una norma procedurale, valutazioni fondate sulla netta distinzione fra attività amministrativa di natura vincolata e discrezionale. Anzi, nell'ordinamento britannico il margine di discrezionalità è preso in considerazione quale uno dei vari aspetti che concorrono a procedere alla valutazione del caso concreto<sup>[55]</sup>. Ciò potrebbe essere dovuto all'ampio respiro che caratterizza le formule impiegate in molti testi legislativi di tale ordinamento. Tali formule infatti, sembrano impedire l'inequivocabile determinazione delle situazioni in cui non sussistono alternative giuridiche<sup>[56]</sup>.

Per quanto riguarda l'indagine sulla natura del provvedimento viziato, il secondo parametro che, nel valutare le conseguenze dei vizi procedurali, è preso in considerazione dagli organi giurisdizionali dell'Unione, è il contenuto sostanziale del provvedimento viziato. In particolare, se dal provvedimento derivano conseguenze negative per il destinatario, o con lo stesso l'amministrazione mira ad irrogare una sanzione, la correttezza della procedura assume particolare importanza. Così gli organi giurisdizionali dell'Ue hanno rigorosamente vietato all'amministrazione di integrare, in sede processuale, la motivazione del provvedimento emanato e successivamente impugnato nelle ipotesi di provvedimenti che, quanto ad afflittività, presentavano una natura quasi-penale, come i quelli esitanti a procedimenti disciplinari nel pubblico impiego<sup>[57]</sup> o nel diritto della concorrenza<sup>[58]</sup>. Al pari di quanto avviene nel diritto penale, in tali

ipotesi la conformità alle norme procedurali è rigorosamente rispettata e gli errori procedurali hanno conseguenze significative<sup>[59]</sup>.

Simili considerazioni sono state elaborate dalla giurisprudenza francese, che è ormai solita adoperare l'espressione *hiérarchie de matières*<sup>[60]</sup>. Il *Conseil d'État* sottopone il diritto procedurale a un controllo particolarmente rigoroso, qualora si tratti di ambiti del diritto in cui la protezione degli interessi dei cittadini assume essenziale rilevanza<sup>[61]</sup>. L'esempio classico si può trovare, anche in questo caso, nelle procedure disciplinari del diritto del pubblico impiego<sup>[62]</sup>. Nel diritto inglese, la questione delle conseguenze degli errori procedurali e formali è altresì influenzata dalla natura della materia del contendere. La giurisprudenza ha negato ai giudici la possibilità di correggere l'errore in sede giurisdizionale di II grado, malgrado il *full rehearing de novo*, qualora il provvedimento impugnato avesse ad oggetto una sanzione afflittiva quanto una penale o simile. In questi casi, risulta, infatti, essenziale che sia garantito il contraddittorio, il soggetto coinvolto dovendo essere sentito ad ogni grado del processo<sup>[63]</sup>. Il giudice *Burton* ha sostenuto in un parere motivato che «*il grado di controllo e di attenzione che deve essere applicato verso le motivazioni postume da parte della Corte deve dipendere dalla materia oggetto del provvedimento amministrativo in questione. Quindi, laddove importanti diritti umani siano coinvolti, come nel caso del diritto d'asilo, è richiesto un controllo rigoroso; laddove la materia sia di minore importanza, la Corte può essere meno esigente, e più disposta ad accettare una motivazione postuma*»<sup>[64]</sup>.

### **3.2. Valutazione del significato della norma procedurale violata**

Di frequente, gli organi giurisdizionali dell'Ue valutano le conseguenze dei vizi procedurali sulla base del significato della norma di violata. In tal caso diviene determinante il senso o l'importanza della norma procedurale violata, identificato dal giudice per mezzo dei classici metodi interpretativi.

Il criterio più rilevante è l'interpretazione teleologico-funzionale del requisito procedurale. Il giudice è chiamato ad interrogarsi su quale sia l'obiettivo della norma violata e se questo sia stato raggiunto malgrado l'errore. Secondo la giurisprudenza costante dell'Ue (applicata soprattutto nel diritto della

concorrenza), un errore procedurale non comporta l'annullamento del provvedimento se lo scopo della norma violata è comunque stato raggiunto<sup>[65]</sup>.

In svariati casi decisi dagli organi giurisdizionali dell'Unione e aventi ad oggetto la presentazione del verbale dell'audizione al Comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti (di seguito: Comitato consultivo) dagli errori procedurali non è derivato l'annullamento del provvedimento in ragione del raggiungimento dello scopo della norma che si assumeva violata.<sup>[66]</sup> Tali errori si reputano irrilevanti se il diritto di difesa del ricorrente risulta essere stato salvaguardato malgrado la violazione procedurale. In tal caso si ritiene che l'errore non abbia alcuna ripercussione sul provvedimento adottato dall'amministrazione<sup>[67]</sup>. Ad esempio, nell'ipotesi di vizio procedurale che si sostanzia nella mancata trasmissione del verbale dell'audizione, in giurisprudenza si ritiene che essa non pone in dubbio la legittimità del provvedimento finale *«allorché il verbale dell'audizione non contiene elementi di valutazione importanti ed inediti rispetto alle risposte scritte alla comunicazione degli addebiti fornite dall'impresa interessata ed accluse alla convocazione del comitato consultivo»*<sup>[68]</sup>: in questo caso, può, dunque, considerarsi esclusa qualsiasi lesione dei diritti di difesa del ricorrente e qualsiasi influenza sull'esito della procedura di audizione. Lo stesso vale qualora il Comitato consultivo riceva solamente il verbale d'audizione provvisorio: da tale irregolarità può derivare l'illegittimità del provvedimento finale, solo nel caso in cui nella versione preliminare del verbale vi sia un *«errore su un punto essenziale»*<sup>[69]</sup>. Al contrario, ciò non si verifica quando le modifiche richieste non riguardano punti essenziali, poiché in questi casi il testo definitivo del verbale contenente le modifiche proposte dal ricorrente non si discosta in alcun punto essenziale dal progetto presentato ai membri della commissione.<sup>[70]</sup> In altre parole, la trasmissione della versione provvisoria non falsa le dichiarazioni rese in udienza, nonostante il carattere provvisorio del verbale, poiché il Comitato consultivo risulta pienamente informato sul merito dell'audizione.<sup>[71]</sup>

Anche in tema di errori nella comunicazione degli addebiti ai sensi dell'art. 27, comma 1, alinea 1, Regolamento n. 1/2003, la giurisprudenza tende a considerare l'errore irrilevante se il diritto di difesa del ricorrente risulta essere stato salvaguardato. Il Tribunale dell'Ue, infatti, ha stabilito che un'omissione nella comunicazione degli addebiti è irrilevante, se l'impresa interessata dall'errore non

è in grado di dimostrare che, in assenza di omissione, lo svolgimento del procedimento e il suo esito avrebbero potuto essere differenti<sup>[72]</sup>. In tali circostanze, non sembra esservi motivo di supporre che l'impresa interessata dal procedimento avrebbe potuto presentare argomenti differenti rispetto a quelli effettivamente esposti in sede di risposta alla comunicazione degli addebiti e, poiché il vizio del procedimento amministrativo non incide sul diritto di difesa dell'impresa interessata, esso non viene considerato rilevante ai fini della decisione<sup>[73]</sup>.

Infine, in caso di violazione dei termini, gli organi giurisdizionali dell'Ue tendono a decidere caso per caso se un errore debba comportare o meno l'annullamento della decisione. A tal fine risulta determinante la funzione per cui è previsto il termine: se la funzione può essere assolta anche senza l'esatto rispetto del termine, allora l'errore viene considerato irrilevante<sup>[74]</sup>.

La Corte, in applicazione del criterio interpretativo teleologico-funzionale, ritiene di non poter correggere un errore in sede processuale qualora non sia stata data, in sede procedimentale, la possibilità ad una delle parti interessate di essere sentita (da ciò derivando una violazione del principio del contraddittorio), o di accedere ai documenti. Ciò in quanto, dopo l'avvio del ricorso, non può più essere influenzato il processo di formazione della volontà dell'organo decisionale nel procedimento amministrativo<sup>[75]</sup>. Il criterio interpretativo teleologico-funzionale viene applicato anche per la correzione di vizi che riguardano la motivazione. L'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo ha lo scopo di consentire alla Corte di valutare la legittimità dell'atto. La motivazione permette, inoltre, al soggetto interessato di valutare quali prospettive di successo possa avere un eventuale azione giudiziaria avverso l'atto amministrativo<sup>[76]</sup>. Orbene, gli organi giurisdizionali dell'Ue ritengono che una motivazione carente non possa più essere oggetto di correzione a seguito della proposizione di un ricorso giurisdizionale, quando ormai le funzioni della motivazione non possano più essere assolte<sup>[77]</sup>. Eccezionalmente, tuttavia, la correzione è stata permessa. La giurisprudenza ha recentemente differenziato i casi in cui la motivazione è meramente insufficiente da quelli in cui è invece completamente assente<sup>[78]</sup>. Nell'ultima ipotesi, la rettifica in sede giurisdizionale non è possibile, in quanto alcuna delle funzioni proprie della motivazione non potrebbe essere adempiuta<sup>[79]</sup>. Invece, come dimostrato dallo studio delle pronunce

giurisdizionali, specialmente nell'ambito del pubblico impiego, una motivazione meramente inadeguata può essere corretta mediante precisazioni da parte dell'amministrazione nel corso del processo, in quanto le spiegazioni postume permettono alla Corte di esercitare il proprio controllo di legittimità e di verificare la correttezza della motivazione e consentono altresì al ricorrente di ottenere informazioni necessarie al fine di valutare le possibilità di successo della propria azione, oltre che di approfondire le proprie osservazioni nella fase orale del procedimento<sup>[80]</sup>.

L'interpretazione teleologico-funzionale gode di particolare popolarità nel diritto amministrativo francese, ove si suole fare riferimento al cd. "criterio finalistico". Questo criterio viene utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina per distinguere fra *formalités substantielles* e *formalités non substantielles*: la rilevanza o l'irrilevanza di un vizio dipende dalla possibilità di ritenere raggiunto lo scopo perseguito dalla disposizione violata nonostante l'errore<sup>[81]</sup>. Questo può essere ritenuto il caso, se il procedimento amministrativo condotto può essere considerato equivalente a quello previsto dalla legge<sup>[82]</sup>, o se la posizione giuridica del soggetto interessato si è preservata nonostante l'errore procedurale<sup>[83]</sup>. Inoltre, nel diritto francese l'approccio "finalistico" assume rilevanza in relazione ai vizi di motivazione e sottoscrizione. La motivazione e la sottoscrizione sono classificati come requisiti formali essenziali, poiché lo scopo che perseguono è talmente importante che la violazione delle disposizioni che le disciplinano comporta necessariamente una sanzione<sup>[84]</sup>. Il diritto francese considera, quale regola generale, quella della inammissibilità della correzione degli errori procedurali, ritenendo che consentirla svuoterebbe di significato le norme violate<sup>[85]</sup>.

Per la giurisprudenza inglese il raggiungimento dello scopo è solo uno dei vari criteri utilizzabili per stabilire se la violazione di una norma procedurale prevista dalla legge comporti l'annullamento del provvedimento o meno. In particolare, si tende a valutare quali siano, secondo il c.d. *common sense approach*, le circostanze del singolo caso<sup>[86]</sup> e si tende a valutare se lo scopo perseguito dalla norma violata sia stato raggiunto malgrado l'errore<sup>[87]</sup>.

In Germania<sup>[88]</sup> e in Italia<sup>[89]</sup> né la dottrina né la giurisprudenza sembrano riservare particolare attenzione al criterio del raggiungimento dello scopo. Ciò potrebbe essere attribuito al fatto che tale criterio non è presente nella disciplina legislativa concernente il tema dell'irrilevanza degli errori nel § 46 *VwVfG* e nell'art. 21-

*octies*, co.2, L. n. 241/1990.

Un secondo criterio utilizzato di frequente è quello dell'interpretazione sistematica o contestuale, che si affianca a quello relativo alla valutazione sul momento in cui, nel corso del procedimento amministrativo, l'adempimento procedurale viene previsto. Se la procedura è organizzata cronologicamente, il momento in cui l'adempimento procedurale viene eseguito diventa significativo. Nei casi Solvay e ICI la Commissione ha irrogato sanzioni pecuniarie alle due imprese per abuso di posizione dominante. Tuttavia, i provvedimenti – in contrasto con l'allora art. 12 del regolamento interno della Commissione – furono autenticati troppo tardi, sei mesi dopo il deposito del ricorso e più di un anno dopo la notifica della decisione<sup>[90]</sup>, ossia in violazione di un requisito procedurale essenziale<sup>[91]</sup> (analogamente a quanto deciso nel caso Commissione c. BASF<sup>[92]</sup>). In tema di svolgimento del procedimento amministrativo in materia di concorrenza, la giurisprudenza ha osservato che «l'economia di questa normativa comporta un *iter di svolgimento, seguendo il quale gli atti vengono in primo luogo, conformemente al primo comma della disposizione, adottati dal collegio dei commissari e poi autenticati, prima di essere, se del caso, notificati agli interessati, in forza del terzo comma della disposizione e, da ultimo, pubblicati nella Gazzetta ufficiale. Di conseguenza, l'autenticazione di un atto deve necessariamente precedere la sua notificazione*»<sup>[93]</sup>. E ancora: «Questo iter, che emerge da un'interpretazione letterale e sistematica, viene confermato dalla finalità della disposizione relativa all'autenticazione»<sup>[94]</sup>. Pertanto, il Tribunale ha rigettato la possibilità di rettificare retroattivamente l'errore in sede processuale<sup>[95]</sup>.

Nei casi Solvay, ICI e BASF, l'impossibilità di correggere l'errore è da attribuirsi, inter alia, al fatto che gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno considerato la procedura amministrativa di diritto della concorrenza davanti alla Commissione come un procedimento che si sviluppa in un certo ordine cronologico fino a concludersi con l'autenticazione prevista all'art. 12 del regolamento interno della Commissione allora in vigore<sup>[96]</sup>. Sulla base dell'ordine cronologico voluto dal legislatore era impedita la correzione retroattiva degli errori. Attualmente, però, si dubita che la giurisprudenza europea mantenga questo orientamento, in quanto il testo dell'art. 12 del regolamento interno della Commissione è stato modificato e non prevede più che la procedura sia cadenzata in modo così rigoroso. Negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, il criterio dell'interpretazione

sistematica è raramente applicato<sup>[97]</sup>.

Infine, gli organi giurisdizionali dell'Ue, per trarre le proprie conclusioni sul peso da attribuire ad un requisito procedurale, occasionalmente si interrogano anche sulla volontà del legislatore, oppure prendono in considerazione il contesto in cui è stata emanata una determinata disposizione. Il caso *Germania c. Commissione*, concernente la spedizione oltre termine di alcuni documenti alla rappresentanza permanente degli Stati membri presso l'Ue e al Comitato dei rappresentanti permanenti, costituisce una delle ipotesi in cui si è ricorso ad una indagine sulla volontà legislativa. Nel caso di specie, il legislatore, alla luce della complessità della procedura che prevedeva un ampio numero di contatti tra le diverse autorità amministrative e varie consultazioni di periti o organizzazioni professionali e risultando lo studio dei documenti estremamente complesso, ha stabilito che il ritardo nella spedizione ancorché di un solo giorno, dovesse necessariamente condurre alla dichiarazione di illegittimità e all'annullamento del provvedimento finale<sup>[98]</sup>.

Tanto per il criterio della interpretazione sistematica, quanto per quello relativo alla individuazione della “volontà del legislatore”, non sembra si possano individuare parallelismi negli ordinamenti nazionali<sup>[99]</sup>.

### **3.3. Valutazione della gravità della violazione della norma procedurale**

In tema di correzione e irrilevanza dell'errore procedurale assume importanza anche la valutazione, da parte dei giudici europei, della gravità della violazione della norma procedurale.

Innanzitutto, la gravità della violazione può risultare dal suo nesso di causalità con il risultato (sostanziale) del provvedimento finale. Secondo la consolidata giurisprudenza europea, un vizio procedurale non può comportare l'annullamento di un provvedimento *ex art. 263, comma 2, TFUE*, se non ha influito sul risultato (sostanziale) della procedura<sup>[100]</sup>. Occasionalmente, si possono rinvenire casi in cui un vizio procedurale è stato ritenuto irrilevante, perché, pure in assenza del vizio stesso, il provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso per motivi di diritto<sup>[101]</sup>. Più frequenti sono i casi in cui, per motivi di fatto, non sarebbe stata possibile alcuna alternativa rispetto al



contenuto sostanziale del provvedimento e in cui non viene annullato il provvedimento, se ripercorrendo il procedimento amministrativo emerge che, con o senza infrazione procedurale, la decisione non sarebbe stata diversa nella sostanza<sup>[102]</sup>. In riferimento alle ipotesi in parola, la giurisprudenza è solita ritenere che *«di norma, un'irregolarità procedurale implica l'annullamento totale o parziale di una decisione solo se venga provato che, in mancanza di questa irregolarità, la decisione impugnata avrebbe potuto avere un contenuto diverso»*<sup>[103]</sup>. A differenza dei casi in cui i vizi procedurali sono irrilevanti perché l'attività amministrativa è di natura vincolata<sup>[104]</sup>, la categoria in parola ha ad oggetto casi in cui l'irrelevanza dell'errore è stabilita sulla base della situazione di fatto: l'amministrazione era sì vincolata a decidere in un certo modo, ma non in senso tecnico-giuridico. Non rientrano in questa categoria i casi riguardanti l'attività amministrativa discrezionale, per i quali il rigoroso controllo del rispetto dei requisiti procedurali da parte dei giudici dell'Ue è fondamentale, in quanto funge da compensazione per il limitato sindacato che può essere esercitato dalla CGUE<sup>[105]</sup>.

La suddetta formula tipica, utilizzata dagli organi giurisdizionali dell'Ue per indicare questa categoria di casi, suggerisce che debbano sussistere due prerequisiti al fine della sua applicabilità: in primo luogo, come si evince già dalla formula impiegata, l'irregolarità deve essere procedurale<sup>[106]</sup>; in secondo luogo, deve essere provato il nesso di causalità, ossia che *«in mancanza di questa irregolarità, la decisione impugnata avrebbe potuto avere un contenuto diverso»*<sup>[107]</sup>. Pertanto, un errore procedurale può produrre conseguenze sul provvedimento finale solo se la sua influenza sul risultato della decisione può essere effettivamente provata<sup>[108]</sup>.

Nell'esaminare se *«in mancanza di questa irregolarità, la decisione impugnata avrebbe potuto avere un contenuto diverso»*<sup>[109]</sup>, la giurisprudenza dell'Ue effettua una valutazione comparando il risultato ottenuto nel caso concreto con il risultato che presumibilmente avrebbe potuto essere raggiunto senza l'irregolarità procedurale<sup>[110]</sup>; in tal modo, finisce per applicare uno *standard* oggettivo, che comporta che non vi sia bisogno di investigare nel profondo il processo decisionale interno all'amministrazione<sup>[111]</sup>. L'onere della prova dell'effetto dell'irregolarità procedurale sul provvedimento spetta al ricorrente<sup>[112]</sup>. Tuttavia, il ricorrente non è tenuto a provare che, se non fosse stato commesso l'errore

procedurale, con *assoluta certezza* il provvedimento avrebbe avuto un contenuto diverso; bensì, è sufficiente che dimostri la *reale possibilità* di una differente decisione nel merito in assenza della violazione procedurale. Ciò si evince dalla tipica formula usata dalla giurisprudenza dell'UE: «*avrebbe potuto avere*»<sup>[113]</sup>. Una simile idea di giustizia si può trovare anche negli ordinamenti giuridici degli Stati membri: in Germania, il § 46 *VwVfG* considera i vizi procedurali irrilevanti, se una *Kausalitätsprüfung* dimostra che evidentemente l'errore non ha influenzato il merito della decisione. La disposizione si applica sia ai provvedimenti vincolati sia a quelli discrezionali<sup>[114]</sup>. Nell'ordinamento italiano, il legislatore, nel riformato art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, fa dapprima espresso riferimento all'attività vincolata stabilendo che non è annullabile il provvedimento vincolato affetto da vizi formali<sup>[115]</sup> e in secondo luogo specifica che, tanto nel caso di attività vincolata quanto nell'ipotesi di attività discrezionale, «*il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*»<sup>[116]</sup>. In Inghilterra, un tribunale difficilmente annulla l'atto amministrativo, sebbene sia stato violato un *natural justice procedural requirement*, se giunge alla conclusione che sarebbe stato adottato lo stesso provvedimento anche nel caso in cui l'amministrazione avesse agito legittimamente. In tale ipotesi si fa riferimento al cd. *no difference principle* o *no difference situation*<sup>[117]</sup>: senza distinzioni tra mancanza di possibili decisioni alternative per motivi di diritto o di fatto<sup>[118]</sup>. Recenti emendamenti alla *Section 31 del Senior Court Act 1981* mediante la *Section 84 del Criminal Justice and Courts Act del 2015* hanno introdotto una restrizione già nella fase dell'accesso al procedimento di *judicial-review* nell'evenienza in cui la violazione procedurale non abbia avuto alcun effetto sull'esito dell'attività amministrativa e, pertanto, intervengono ancor prima della fase in cui viene negato il rimedio<sup>[119]</sup>. In Francia, il criterio dell'ininfluenza degli errori procedurali sul risultato sostanziale del provvedimento ha particolare importanza per la dottrina, che lo menziona tra i criteri utili a distinguere *formalités substantielles* e *formalités non-substantielles*: un vizio procedurale, che non abbia avuto alcun impatto sul merito del provvedimento, si considera non passibile di sanzione<sup>[120]</sup>. La giurisprudenza francese, invece, presta meno attenzione a questo criterio. In questo ambito, le

decisioni del *Conseil d'État* concernono prevalentemente gli errori commessi durante la procedura di consultazione e dovuti alla mancanza di trasmissione di documenti all'organo consultivo. Essi vengono dichiarati irrilevanti qualora risulti che l'organo consultivo, pur avendo ricevuto i documenti in questione per tempo, non avrebbe potuto esprimersi in modo differente<sup>[121]</sup>.

Oltre al nesso di causalità tra errore ed esito del provvedimento, viene presa in considerazione anche la gravità del vizio in sé. Questo criterio rileva sia per errori talmente gravi da comportare la nullità del provvedimento, che per errori irrilevanti.

La gravità dell'errore, combinata con il suo essere palese, può eccezionalmente<sup>[122]</sup> condurre alla dichiarazione di inesistenza dell'atto oggetto di giudizio<sup>[123]</sup>. Per ragioni di certezza del diritto, la giurisprudenza ritiene si debba fare uso dell'istituto dell'inesistenza «*soltanto in casi del tutto estremi*»<sup>[124]</sup>: né una motivazione carente<sup>[125]</sup>, né una mancata audizione<sup>[126]</sup> conducono alla dichiarazione di inesistenza di un atto. Nella pratica, infatti, gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno dichiarato inesistente un atto soltanto in casi di incompetenza assoluta<sup>[127]</sup>.

In Germania un atto amministrativo, se risulta viziato da un errore particolarmente grave ed evidente secondo il § 44, comma 1, *VwVfG*, è considerato nullo e non produce effetti giuridici. Nel diritto amministrativo italiano, risulta essere nullo, *ex art. 21 septies*, L. 241/1990, il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge<sup>[128]</sup>. Anche in Francia, l'inesistenza di un atto amministrativo è legata alla serietà dell'errore commesso<sup>[129]</sup>. Soltanto nell'ordinamento giuridico inglese sembra manchi una disposizione relativa alla nullità della decisione amministrativa. Sebbene una *void decision* non produca effetti giuridici, essa si considera comunque esistente, l'improduttività di effetti giuridici potendo essere opposta alla P.A. solo a seguito della emanazione di una pronuncia giurisdizionale. Occasionalmente, si è tentato di limitare queste situazioni in base al criterio dell'ovvietà<sup>[130]</sup>, tuttavia questi tentativi non hanno avuto successo<sup>[131]</sup>.

Del resto, la gravità degli errori procedurali rileva ai fini della dichiarazione di irrilevanza degli stessi<sup>[132]</sup>. Ad esempio, gli organi giurisdizionali dell'Ue hanno

statuito che violazioni del diritto di essere sentiti non possono invalidare il provvedimento nel suo complesso, se «*riguardano circostanze di carattere meramente accessorio*»<sup>[133]</sup>. In relazione ad altre violazioni del diritto alla difesa, il Tribunale ha dichiarato che una violazione di carattere accessorio «*non riveste un'importanza tale da determinare da sola [...] l'annullamento dell'atto impugnato*»<sup>[134]</sup>. In un altro caso, la CGUE ha stabilito che la mancanza di precisione nella motivazione della decisione impugnata non può incidere sulla validità della decisione se l'errore è «*non determinante*»<sup>[135]</sup>.

La situazione è diversa negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in cui la gravità dell'errore viene usata come uno dei possibili criteri tra i vari impiegati al fine di giustificare l'irrilevanza di un vizio procedurale. Ciò diviene particolarmente chiaro guardando al diritto inglese: all'interno del contesto del c.d. *common sense approach*<sup>[136]</sup>, ogni specifica circostanza del caso particolare è presa in considerazione per giustificare l'irrilevanza della violazione di un requisito procedurale previsto dalla legge e fra queste è inclusa la gravità dell'errore<sup>[137]</sup>: se la violazione è trascurabile, generalmente non determinerà l'annullamento della decisione amministrativa<sup>[138]</sup>. Nel diritto amministrativo italiano e tedesco, il criterio della gravità dell'errore non ha alcuna importanza nell'ambito dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 e del § 46 *VwVfG*. La gravità dell'errore diviene al massimo incidentalmente rilevante, vale a dire viene presa in considerazione nell'esame del nesso di causalità tra l'errore e il risultato del provvedimento. Anche nel diritto amministrativo francese, la gravità dell'errore ha un'importanza incidentale nella distinzione tra *formalités substantielles* e *non substantielles*. Un approccio centrale in questa delimitazione sta nel determinare se lo scopo del procedimento sia stato raggiunto malgrado la violazione procedurale, ossia se la posizione procedurale della parte interessata sia da considerarsi preservata<sup>[139]</sup>. La giurisprudenza combina il criterio del raggiungimento dello scopo con quello della gravità dell'errore specialmente nell'ambito dell'*enquête publique*<sup>[140]</sup>.

Infine, gli organi giurisdizionali dell'Ue tendono a non annullare una decisione se l'errore non ha condotto a un sostanziale pregiudizio o svantaggio per il soggetto interessato<sup>[141]</sup>, come risulta dalla giurisprudenza concernente violazioni dell'art. 3 del Regolamento n. 1 sul regime linguistico<sup>[142]</sup>. Una violazione di questa disposizione diventa particolarmente rilevante nei casi di diritto della concorrenza

in cui il verbale di audizione non è stato tradotto in conformità con i requisiti previsti dalla suddetta disposizione: *«l'irregolarità commessa, per quanto deplorabile, vizia il procedimento solo se da essa derivino conseguenze dannose per la detta persona nell'ambito del procedimento amministrativo»*<sup>[143]</sup>. Tuttavia, se i destinatari sono stati in grado, da un lato, di prendere conoscenza del contenuto del verbale in tempo utile<sup>[144]</sup> (ad esempio perché hanno potuto seguire quanto detto durante l'audizione grazie alla traduzione simultanea<sup>[145]</sup>) e, dall'altro, non hanno sostenuto che la mancanza di traduzione ha dato luogo a verbali contenenti inesattezze<sup>[146]</sup> od omissioni sostanziali<sup>[147]</sup>, si deve ritenere che l'errore non sia pregiudizievole per l'interessato e, quindi, non sia idoneo a viziare il procedimento amministrativo nel complesso.

Negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, il criterio del pregiudizio o dello svantaggio sostanziale è di importanza secondaria. Nel § 46 *VwVfG* e nell'art 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, il pregiudizio o lo svantaggio sostanziale non svolgono alcun ruolo. In Francia<sup>[148]</sup> e in Inghilterra<sup>[149]</sup>, il criterio del possibile pregiudizio o svantaggio subito è subordinato alla verifica dello scopo del requisito procedurale e del raggiungimento dello stesso malgrado la violazione<sup>[150]</sup>.

### 3.4. Valutazione del tipo e del numero di interessi coinvolti

Un ulteriore criterio impiegato dagli organi giurisdizionali dell'Unione è quello avente ad oggetto una valutazione del tipo e del numero di interessi coinvolti e della loro rilevanza nella procedura amministrativa. Le conseguenze degli errori devono rendere giustizia a questi interessi.

Si può distinguere tra due situazioni: nella maggior parte dei casi, si tratta di un conflitto di interessi tra l'amministrazione e il soggetto che ha subito la lesione a causa del vizio. Per esempio, i giudici dell'UE, giustificando l'irrilevanza o la correzione degli errori commessi nel contesto di attività vincolate, finiscono per concentrare la decisione sulla mancanza di interesse del ricorrente all'annullamento del provvedimento<sup>[151]</sup>. Ciò perché, trattandosi di attività vincolata, il provvedimento impugnato sarebbe (e dovrebbe essere) adottato nuovamente con lo stesso contenuto e, pertanto, il ricorrente non otterrebbe alcun vantaggio dal temporaneo annullamento<sup>[152]</sup>. In tale ipotesi, l'interesse dell'amministrazione a garantire il buon funzionamento della procedura risulta

prioritario.

Oltre a procedimenti tra amministrazione e diretto interessato dalla lesione, vi sono particolari ambiti del diritto del pubblico impiego caratterizzati dalla sussistenza di più interessi passibili di entrare in conflitto tra loro, nei quali si determinano rapporti procedurali a più parti. In linea di principio, gli organi giurisdizionali dell'Ue rigettano, anche nei rapporti plurilaterali, la possibilità di rimediare alla mancanza di motivazione mediante motivazione *ex post* in sede giudiziale<sup>[153]</sup>. Tuttavia, secondo la giurisprudenza consolidata, un'azione di annullamento per difetto di motivazione non conduce all'annullamento del provvedimento impugnato, se ciò ha come conseguenza che un'intera procedura inerente al diritto del pubblico impiego di selezione o di promozione con un gran numero di partecipanti fosse annullata e, in definitiva, ripetuta con lo stesso risultato. Anche in caso di mancanza totale della motivazione, in questi casi, il giudice tende a non annullare la decisione amministrativa<sup>[154]</sup>.

Il controllo di legittimità viene, pertanto, condotto in due fasi: in primo luogo, il giudice guardando alla *causa petendi* (difetto di motivazione), stabilisce la fondatezza della questione e nega la possibilità di correggere l'errore in via giudiziaria; nella seconda fase, però, il giudice prende in considerazione le conseguenze che scaturirebbero dall'annullamento del provvedimento per difetto di motivazione. Secondo la giurisprudenza dell'Unione «*occorre prendere in considerazione non solo gli interessi dei ricorrenti, vittime di un illecito, ma anche quelli dei terzi il cui legittimo affidamento potrebbe risultare pregiudicato dall'accoglimento di una domanda di annullamento*»<sup>[155]</sup>. Questo meccanismo trova la propria origine nel principio di proporzionalità, in base al quale si richiede che gli interessi del ricorrente, ossia la necessità di ripristinare i suoi diritti, debbano essere bilanciati con le legittime aspettative delle parti terze<sup>[156]</sup>. Inoltre, la Corte più volte ha ribadito che nel miglior interesse del ricorrente, oltre che del servizio pubblico, deve essere corrisposto il risarcimento del danno sofferto a causa dell'errore dell'amministrazione, anche laddove il ricorrente non l'abbia richiesto<sup>[157]</sup>.

### **3.5. Valutazione delle ripercussioni della decisione**

## **giurisdizionale avente ad oggetto l'errore procedurale**

Appare infine utile rilevare che gli organi giurisdizionali dell'UE, nel pronunciarsi sulle conseguenze di errori procedurali, tengono conto delle ripercussioni che la decisione giurisdizionale avente ad oggetto l'errore procedurale produrrà anche sulle ulteriori e future decisioni dell'amministrazione. Ciò implica, da un lato, il riconoscimento alla giurisprudenza di una "funzione educativa" vis à vis l'amministrazione<sup>[158]</sup>. L'annullamento di un provvedimento per un vizio procedurale avrebbe, dunque, un effetto preventivo e deterrente nei confronti dell'amministrazione; al contrario, l'irrilevanza o la correzione dell'errore procedurale potrebbe indurre l'amministrazione a trascurare i requisiti di procedura anche in futuro<sup>[159]</sup>. Peraltro, il giudice, con riferimento al soggetto interessato dall'errore<sup>[160]</sup> e ai soggetti terzi<sup>[161]</sup>, si interroga anche su quali siano i vantaggi e gli svantaggi di una sanzione ed esercita un bilanciamento "multidimensionale", prendendo in considerazione l'errore in sé, le sue conseguenze e le probabili conseguenze della sentenza sul mantenimento dello stato di diritto.

In prospettiva comparatistica, la "funzione educativa" dell'annullamento di provvedimenti viziati è spesso argomento impiegato in modo differente: talvolta è adoperato per giustificare l'inammissibilità della correzione o dell'irrilevanza di un errore procedurale; talaltra, viene usato per muovere delle critiche ai vizi corretti o considerati irrilevanti, specialmente in casi di irrilevanza dell'errore per assenza di discrezionalità dell'amministrazione o per mancanza di ripercussioni sul risultato del procedimento e ciò sulla scorta della considerazione secondo la quale non annullare un provvedimento proceduralmente viziato equivarrebbe ad incoraggiare l'amministrazione a trascurare le regole procedurali in futuro<sup>[162]</sup>. Parallelamente, parte della dottrina ha osservato che la possibilità di porre rimedio in sede giurisdizionale agli errori commessi durante lo svolgimento del procedimento amministrativo potrebbe indurre l'amministrazione ad essere meno rigorosa nel rispetto delle regole procedurali<sup>[163]</sup>.

## **4. Conclusioni**

La giurisprudenza dell'Unione impiega complessi meccanismi decisionali per

stabilire quali debbano essere le conseguenze dei vizi procedurali. Auspicando in una futura codificazione del diritto procedurale amministrativo europeo che preveda norme procedurali di portata generale, con il presente contributo si è tentato di identificare e sistematizzare le soluzioni relative alla correzione e alla irrilevanza dei vizi procedimentali che emergono dalle pronunce giurisprudenziali, analizzandole attraverso la lente del diritto comparato.

A conclusione dell'approfondimento svolto, sembra potersi affermare che, sotto il profilo del diritto comparato, la creazione di criteri di matrice giurisprudenziale è frequente soprattutto nei Paesi membri dell'Ue che non dispongono di norme giuridiche che disciplinino le conseguenze degli errori procedurali<sup>[164]</sup>. Ciò implica il vantaggio di poter risolvere i diversi casi in maniera flessibile e con riferimento alla singola situazione di fatto, soddisfacendo al tempo stesso il requisito di una differenziazione adeguata, nel rispetto del principio generale di parità di trattamento e di non discriminazione. Anche per quanto concerne l'applicazione dei singoli criteri, si rinviene un notevole livello di uniformità tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Allo stato attuale si può affermare che in tema conseguenze derivanti dalla commissione di errori procedurali, sebbene sia innegabile l'influenza esercitata dal diritto francese, i criteri elaborati dal diritto dell'Ue non sembrano ispirarsi alla tradizione giuridica di un particolare Stato membro.

Dalle sentenze oggetto di studio emerge che i giudici non sempre operano una chiara distinzione tra i vari criteri che gli organi giurisdizionali dell'Ue hanno elaborato per una regolazione differenziata delle conseguenze degli errori procedurali. In tal senso sembra che i criteri sopra presentati non debbano essere assunti quali categorie "chiuse", bensì vadano intesi nel senso che tra gli stessi si verificano delle vere e proprie transizioni "fluide". Il fatto che l'impiego di alcuni di essi sia ricorrente fa emergere come gli organi giurisdizionali dell'Ue spesso esaminano una questione da differenti angolazioni. Dallo studio delle pronunce emerge che alcuni criteri sono largamente applicati dai giudici a discapito di altri e che, in assenza di una *checklist* di criteri prestabilita, i giudici fondano le proprie decisioni sulla combinazione e sul bilanciamento di due o più criteri a disposizione.

1. Art. 5, commi 1, 2 e 3, TEU. Di regola, il diritto dell'Ue viene implementato dalle autorità



- nazionali (c.d. esecuzione indiretta). Cfr. S. Battini, L'Unione europea quale originale potere pubblico, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, Milano, Giuffrè, 2013, 39; R. Caranta, *Le competenze dell'amministrazione europea*, in *L'amministrazione europea e le sue regole* a cura di L. De Lucia, B. Marchetti, Bologna, Mulino, 2015, 16. .
2. Cfr. S. Hindelang, *Die mittelbare Unionsverwaltung durch die Mitgliedstaaten*, in *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, a cura di S. Leible e J.P. Terhechte, Baden-Baden, Nomos, 2014, § 33 para. 9; J. Saurer, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 24 ss.; J. Lorenzen, *Kontrolle einer sich ausdifferenzierenden EU-Eigenverwaltung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, 7 s.
  3. Si veda richieste di armonizzazione del diritto d'asilo e del diritto dei rifugiati alla luce della crisi dei rifugiati da parte di Angela Merkel e François Hollande, [www.zeit.de/politik/ausland/2015-08/europa-fluechtlinge-lastenverteilung-asylrecht](http://www.zeit.de/politik/ausland/2015-08/europa-fluechtlinge-lastenverteilung-asylrecht).
  4. S. Hegels, *EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2001, 35; C. Vedder, *(Teil)Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts der EG?*, in *Europarecht*, 1995, 75, spec. 89.
  5. Riguardo alle motivazioni dell'aumento del numero di errori nelle procedure amministrative in generale cfr. E. Schmidt-Aßmann e H. Krämer, *Das Verwaltungsverfahren und seine Folgen*, in *Europäische Zeitschrift für öffentliches Recht*, edizione speciale, 1993, 99, spec. 104.
  6. Con l'espressione vizi procedurali qui impiegata si vuole fare riferimento ai vizi dell'atto amministrativo soprattutto relativi al diritto di essere sentiti, principio del contraddittorio e la motivazione dell'atto. Tale espressione è mutuata dal diritto tedesco nel quale l'illegittimità di un atto amministrativo può risultare da una violazione di norme procedurali o formali («*formelle Rechtswidrigkeit*») o da una violazione di diritto sostanziale («*materielle Rechtswidrigkeit*»), cioè si distingue tra «*vizi procedurali o formali*» (Verfahrens- und Formfehler) e «*vizi di forma sostanziale*». Esempio A. Decker, § 113 *VwGO*, in *BeckOK* a cura di H. Posser e H.A. Wolff, Monaco, C.H. Beck, 2019, para. 4a ss.
  7. R. Wahl, *Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2003, 1285, spec. 1292.
  8. Riguardo questa strategia cfr. E. Schmidt-Aßmann e H. Krämer, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 104.
  9. T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Berlino, Springer, 2008, 394 notò già nel 2008 che «*gli sviluppi giuridici riguardanti le conseguenze degli errori procedurali nel diritto amministrativo diretto dell'Ue hanno raggiunto un livello in cui appare utile la creazione di un sistema coerente*». (Liberamente tradotto).
  10. Per esempio, l'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze non dispone di nessuna regola per le procedure amministrative; l'Agenzia europea per i medicinali ne ha solo di frammentarie o incomplete.
  11. Per esempio, l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale dispone di regole di procedura amministrativa molto dettagliate, ma non ne ha nessuna che riguardi le

- conseguenze delle irregolarità procedurali.
12. J.P. Schneider, *The ReNEUAL Codification Project – Book III*, in *ReNEUAL Musterentwurf*, cit., 2.
  13. Ad esempio, art. 296, co. 2, TFUE e art. 41 CDFUE.
  14. Questa interpretazione dell'art. 298, co. 2, TFUE é supportata dalla gran maggioranza della dottrina cfr. tra gli altri P. Craig, *A General Code of Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence*, in *European Public Law*, 2013, 503 ss.; J. Ziller, *Article 298 on European Administration*, in *On The Law Of The European Union*, a cura di H. Smit, P. Herzog, C. Campbell e G. Zagel, New York, Nexislexis, 2013, 298/14. È appoggiata anche dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi (2012/2024(INL)).
  15. Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL), [www.reneual.eu/](http://www.reneual.eu/).
  16. [www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0](http://www.reneual.eu/index.php/projects-and-publications/reneual-1-0); J.P. Schneider, H. Hofmann e J. Ziller, *ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht*, Monaco, C.H. Beck, 2015.
  17. Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi ( 2 0 1 2 / 2 0 2 4 ( I N L ) ), [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0004+0+DOC+XML+V0//IT](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0004+0+DOC+XML+V0//IT).
  18. M. Šeřčovič, Vice-Presidente della Commissione, *Speech: Administrative procedure law – Berlinguer report*, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-37\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-37_en.htm).
  19. Parlamento europeo, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sui procedimenti amministrativi delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea, [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2016/01-28/1081253IT.pdf).
  20. Questo era stato l'obiettivo stabilito dal progetto ReNEUAL, cfr. J.P. Schneider, H. Hofmann e J. Ziller, *Die ReNEUAL Model Rules 2014: Ein Verwaltungsverfahrensrecht für Europa*, in *JuristenZeitung*, 2015, 265 ss.
  21. Questa lacuna normativa nella proposta del progetto é stata criticata anche da A. Guckelberger e F. Geber, *Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?*, Baden-Baden, Nomos, 2013, 212 ss.; S. Lenz, *Der ReNEUAL-Musterentwurf für ein Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht in der Diskussion*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2016, 38, spec. 39 s.; K. Rennert, *ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht aus der Sicht des BVerwG*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2016, 69.
  22. Ottimista in tal senso sembra essere J.-P.Schneider, *Der ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht in der Diskussion: Einführung und Ergebnisse*, in J.-P. Schneider, K. Rennert e N. Marsch, *ReNEUAL – Musterentwurf für ein EU-*

- Verwaltungsverfahrenrecht. Tagungsband, C.H.Beck, München, 2016, 3, spec. 18.
23. J. Schwarze, *European Administrative Law*, cit., ccvii.
  24. J. Schwarze, *European Administrative Law*, Londra, Sweet and Maxwell, 2006, 259; R. Bauer, *Das Recht auf eine gute Verwaltung*, Bern, Peter Lang, 2002, 68 concepisce il dovere dell'amministrazione di fare bene ed eliminare gli errori commessi come parte integrante del diritto ad una buona amministrazione; cfr. anche la presentazione della domanda del richiedente nella causa 55/70, *Reinartz c. Commissione*, Racc. 1971, 379, 383 e para. 18 ss.
  25. E. Schmidt-Aßmann e H. Krämer, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 111. Conclusioni dell'avvocato generale F.G. Jacobs nelle cause riunite 100, 146 e 153/87, *Basch c. Commissione*, Racc. 1989, 455, para. 12. In generale, per quanto riguarda la rigorosa disciplina dei vizi procedurali nel diritto amministrativo dell' Ue cfr. E. Bülow, *Die Relativierung von Verfahrensfehlern im europäischen Verwaltungsverfahren und nach §§ 45, 46 VwVfG*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 103; C.D. Classen, *Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, 2457, spec. 2459; J. Greim, *Rechtsschutz bei Verfahrensfehlern im Umweltrecht*, Berlino, Duncker & Humblot, 2013, 85; R. Wahl, *Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren*, cit., 1285, spec. 1292.
  26. Nei seguenti casi, la possibile rettifica di un errore procedurale o formale è stata affrontata prima di trattare la sua eventuale irrilevanza: causa T-281/01, *Huygens c. Commissione*, Racc. 2004, I-A-203 e II-903, para. 108 ss.; causa T-286/09, *Intel c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:547, para. 622 e 626.
  27. Soprattutto per quanto riguarda i casi in cui è stata inflitta un'ammenda, i giudici rifiutano la regolarizzazione di un difetto che vizia il provvedimento impugnato dopo che il ricorso è stato presentato, in quanto ciò eliminerebbe a posteriori qualsiasi fondamento dell'eccezione sollevata, cfr. causa T-37/91, *ICI c. Commissione*, Racc. 1995, II-1901, para. 92; causa T-32/91, *Solvay c. Commissione*, Racc. 1995, II-1825, para. 53. Nei casi in cui manca una motivazione, gli organi giurisdizionali dell' Ue ritengono che la notifica dei motivi alla persona interessata che avviene nel corso del procedimento giudiziario sia un rimedio insufficiente, in quanto al ricorrente rimangono solo le controdeduzioni per presentare il suo punto di vista, cfr. causa T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio*, Racc. 2006, II-4665, para. 139; conclusioni dell'avvocato generale Kokott nelle cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:11, para. 110 ss.
  28. Cfr. E. Schmidt-Aßmann e H. Krämer, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 99, spec. 111.
  29. Causa 25/70, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel c. Köster and Berodt & Co*, Racc. 1970, 1161, para. 4 e 9; causa 138/79, *Roquette Frères c. Council*, Racc. 1980, 3333, para. 33; causa 70/88, *Tschernobyl*, Racc. 1990, I-2041, para. 21 ss.
  30. Causa T-51/89, *Tetra Pak c. Commissione*, Racc. 1990, II-309, para. 11 ss.; E. Pache, *Die Kontrolldichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1998, 380-382.

## CERIDAP

31. Causa T-30/91, *Solvay c. Commissione*, Racc. 1995, II-1775, para. 98; causa T-36/91, *ICI c. Commissione*, Racc. 1995, II-1847, para. 108; Cause C-238/99 *P et al, LVM c. Commissione*, Racc. 2002, I-8375, para. 327.
32. Cfr. conclusioni dell'avvocato generale C.O. Lenz nella causa C-115/92 P, *Parlamento c. Volger*, Racc. 1993, I-6549, para. 93.
33. Cfr. C.D. Classen, *Strukturunterschiede*, cit., 2457, spec. 2461 ss.; M. Kment, *Die Stellung nationaler Unbeachtlichkeits-, Heilungs- und Präklusionsvorschriften im europäischen Recht*, in *Europarecht*, 2006, 201, spec. 230.
34. Conclusioni dell'avvocato generale K. Roemer nella causa 16/61, *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena c. Alta Autorità*, Racc. 1962, 533, 593; cfr. anche conclusioni dell'avvocato generale M. Lagrange nella causa 25/60, *Leda de Bruyn c. Parlamento*, Racc. 1962, 41, 73; cfr. anche E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 251; M. Girnau, *Die Stellung der Betroffenen im EG-Kartellverfahren*, Colonia, Heymann, 1993, 178 ss.; J. Schwarze, *European Administrative Law*, cit., 1428.
35. Conclusioni dell'avvocato generale K. Roemer nella causa 16/61, *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena c. Alta Autorità*, Racc. 1962, 33, 593; cfr. anche conclusioni dell'avvocato generale M. Lagrange nella causa 25/60, *Leda de Bruyn c. Parlamento*, Racc. 1962, 41, 73.
36. Conclusioni dell'avvocato generale M. Lagrange nella causa 25/60, *Leda de Bruyn c. Parlamento*, Racc. 1962, 41, 73.
37. Simili categorie in una prospettiva di diritto comparato possono essere ritrovate in E. Schmidt-Aßmann e H. Krämer, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 99, spec. 107 ss.; in relazione al diritto procedurale amministrativo tedesco cfr. H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Heidelberg, Decker-Verlag, 1986, 339 ss.
38. Cfr. causa C-269/90, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, Racc. 1991, I-5469, para. 14 ss.
39. Causa T-346/94, *France-Aviation c. Commissione*, Racc. 1995, II-2841 para. 39; causa 237/00, *Reynolds c. Parlamento*, Racc. 2002, II-163, para. 115; causa T-102/00, *Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap c. Commissione*, Racc. 2003, II-2433, para. 84 s. Per una compiuta analisi della giurisprudenza in parola si rinvia al contributo di E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 335 ss.
40. Vedi per esempio, causa 9/76, *Morello c. Commissione*, Racc. 1976, 1415, para. 11; causa 117/81, *Geist c. Commissione*, Racc.1983, 2191, para. 7; causa T-261/97, *Ortbaumann c. Commissione*, Racc. 2000, I-A-181, I-A-183; II-829, para. 33; cause riunite T-130/98 e T-131/98, *Panichelli c. Parlamento*, Racc. 2000, I-A-287, I-A-289; II-1311, para. 52; per maggiori dettagli, cfr. E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 304 ss.; cfr. anche B. Bredemeier, *Kommunikative Verfahrensbehandlungen im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Freiburg, Mohr Siebeck, 2007, 465 ss.; S. Hegels, *EG-Eigenverwaltungsrecht*, cit., 87. Questo gruppo di casi fino ad ora ha potuto essere usato solo in relazione a motivazioni carenti nel contesto del diritto del pubblico impiego. Se copra anche violazioni del diritto ad essere ascoltati non è stato deciso dai giudici dell'UE, cfr. causa T-237/00, *Reynolds c.*

## CERIDAP

- Parlamento*, Racc. 2002, II-163, para. 83.
41. Causa 117/81, *Geist c. Commissione*, para. 7; cfr. anche causa 432/85, *Souna c. Commissione*, Racc. 1987, 2229, para. 20.
  42. Causa 117/81, *Geist c. Commissione*, para. 7. Vedi anche causa 9/76, *Morello c. Commissione*, para. 11; cause riunite T-357/00, T-361/00, T-363/00, T-364/00, *Martinez Alarcón e altri c. Commissione*, Racc. 2002, I-A-37; II-161, para. 93. Anche il diritto amministrativo francese si concentra sulla mancanza di legittimo interesse del ricorrente, C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 183. In Germania la disposizione di irregolarità emerge dal concetto di mala (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*), F. Hufen, *Heilung und Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern*, in *Juristische Schulung*, 1999, 313, spec. 318; B. Schöbner, *Der Ausschluss des Aufhebungsanspruchs wegen Verfahrensfehlern bei materiell-rechtlich und tatsächlich alternativen Verwaltungsakten*, in *Die Verwaltung*, 2000, 447, spec. 453.
  43. Come per esempio non ha fatto nella causa 9/76, *Morello c. Commissione*, vedi para. 11.
  44. Per contro, il Tribunale a volte non esamina il difetto di motivazione e respinge la causa solo in base al carattere vincolato dell'atto, per esempio, causa T-50/91, *De Persio c. Commissione*, Racc. 1992, II-2365, para. 10 e 24 ss. Ma a volte esamina se il difetto della motivazione è effettivamente presente, anche se è chiaro il carattere vincolato dell'atto, per esempio, causa T-27/92, *Camera-Lampitelli e altri c. Commissione*, Racc. 1993, II-873, para. 51 ss.
  45. Conclusioni dell'avvocato generale F.G. Jacobs nelle cause riunite 100, 146 e 153/87, *Basch c. Commissione*, para. 13.
  46. Per esempio, causa 206/85, *Beiten c. Commissione*, Racc. 1987, 5301, para. 16; cause riunite 100, 146 e 153/87, *Basch c. Commissione*, para. 17.
  47. Riguardo al principio secondo il quale i difetti di motivazione non possono essere rettificati in via giudiziale, A. Zuccaro, *L'obbligo di motivazione tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale: brevi considerazioni a margine di un rinvio pregiudiziale "alternativo"*, in *il Foro amministrativo TAR*, n. 9, 2011, 2915; M. Fehling, *Europäisches Verwaltungsverfahren*, cit., § 12 para. 81; Id., *Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 70 (2011), 278, spec. 297; M. Krajewski e U. Rösslein, *Art. 296 AEUV*, in *Recht der Europäischen Union*, a cura di E. Grabitz, M. Hilf e M. Nettesheim, Tübingen, C. H. Beck, 2018, para. 43.
  48. Causa T-156/89, *Valverde Mordt c. CGUE*, Racc. 1991, II-407, para. 133; causa T-283/97, *Thinus c. Commissione*, Racc. 1999, I-A-69, I-A-72; II-353, para. 84 ss.
  49. Causa T-43/90, *Díaz García c. Parlamento*, Racc. 1992, II-2619, para. 54.
  50. Riguardo al principio dei «*moyens inopérants*» cfr. J.M. Auby e R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, Parigi, Litec, 1992, para. 326; L. Frier, *Vice de procédure*, cit., para. 114; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Parigi, LGDJ, 1968, para. 309; C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 157 ss. e 168 ss.
  51. Liberamente tradotto.

52. Secondo l'opinione prevalente, la versione del § 46 *VwVfG* prima della riforma del 1996 era addirittura limitata ai soli casi in cui la legge non lascia alcun margine di discrezionalità all'Amministrazione (mentre ad oggi comprende anche i provvedimenti che lasciano margine di discrezionalità all'Amministrazione), cfr. la giustificazione ufficiale per la legge riguardante il § 42 *EVwVfG*, documento del Parlamento tedesco (Bundestagsdrucksache) 7/910 del 18 luglio 1973, 66; sentenza della Corte amministrativa federale, BVerwG, 6 C 39.80, BVerwGE 61, 45, 50.
53. La disposizione italiana all'art. 21-*octies*, co. 2, legge 241/1990 si basò sul modello tedesco § 46 *VwVfG*, cfr. Camera dei Deputati, Relazione della I Commissione Permanente, n. 3890-1160-2574-A, 6 Novembre 2003, 10 ss.; G. Tropea, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2003, 531, spec. 563.
54. Consiglio di Stato, sez. VI, 8.11.2005, n. 6204; TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 31.10.2005, n. 12376; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 6.10.2005, n. 3954; TAR Veneto, Venezia, sez. III, 8.6.2005, n. 2427.
55. Cfr. *R. v Ealing Justices Ex p. Fanneran*, [1996] 8 Admin. L.R., 351, 356, L.J. Staughton. La violazione delle norme della *natural justice* non è stata considerata irrilevante, anche se il risultato non sarebbe stato diverso, anche se l'errore non fosse stato commesso. L.J. Staughton ha dichiarato: «*la nozione secondo cui quando le regole della natural justice non sono state rispettate, si possa mantenere il risultato, perché non avrebbe fatto alcuna differenza, deve essere trattata con molta attenzione. Sotto quel pendio scivoloso c'è la via verso la dittatura. D'altra parte, se si tratta di un caso in cui è dimostrabile senza alcun dubbio che non avrebbe fatto alcuna differenza, il giudice potrebbe, se lo ritiene opportuno, mantenere una condanna anche se la natural justice non è stata fatta*». (Liberamente tradotto)
56. Cfr. D. Bergner, *Grundrechtsschutz durch Verfahren*, Monaco, Vahlen, 1998, 294.
57. Causa T-12/94, *Daffix c. Commissione*, Racc. 1995, I-A-71; II-233, para. 48 ss.; conclusioni dell'avvocato generale A. La Pergola nella causa C-166/95 P, *Commissione c. Daffix*, Racc. 1997, I-983, para. 11.
58. Conclusioni dell'avvocato generale J. Kokott nelle cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One c. Commissione*, para. 111; conclusioni dell'avvocato generale J. Kokott nella causa C-286/13 P, *Dole Food Company c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2437, para. 26; cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One c. Commissione*, para. 77.
59. Il diritto tedesco fa uso di questo esempio, cfr. H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren*, cit., 349.
60. R. Odent, *Contentieux administratif*, Parigi, Les Cours de Droit, 1970/71, 1449; cfr. anche G. Isaac, *La procédure*, cit., 290.
61. R. Odent, *op. loc. cit.*; cfr. G. Isaac, *op. cit.*, 290 ss.; C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 227.
62. Ad esempio, se la persona interessata non è stata informata in modo sufficientemente chiaro del suo diritto di accesso al fascicolo o se l'accesso è stato rifiutato, la sanzione

## CERIDAP

- disciplinare sarà sempre revocata, C.E., 30. ottobre 1981, *Centre interdépart. de Psychiatrie Infantile*, DA 1981, Nr. 412; vedi anche R. Chapus, *Droit administratif général*, II, Parigi, Montchrestien, 2001, para. 405; G. Isaac, *op. loc. cit.*; C. Ladenburger, *op. cit.*, 227 ss.
63. J. Auburn, J. Moffett e A. Sharland, *Judicial Review*, Oxford, OUP, 2013, para. 5.55; C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, Londra, Sweet & Maxwell, 2015, para. 9-027; cfr. anche *Lord Bingham CJ in R v Hereford Magistrates' Court, ex p Rowlands*, [1997] 2 W.L.R. 854, [1998] QB 110, para. 120 ss.
64. *Alletta Nash v Chelsea College of Art and Design*, [2001] EWHC Admin 538, 2001 WL 825052, para. 35 (liberamente tradotto).
65. Sul punto si rinvia a E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 336 ss.; cfr. anche J. Schwarze, *European Administrative Law*, cit., 1426.
66. Per esempio causa T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, Racc. 1991, II-485, para. 23; Causa 44/69, *Buchler c. Commissione*, Racc. 1970, 733, para. 17.
67. E. Bülow, *op. cit.*, 337 ss.; W. Weiß, *Art. 14 VerfVO*, in *Kartellrecht*, a cura di U. Loewenheim, K.M. Meessen e A. Riesenkampff, Monaco, C.H. Beck, 2016, para. 7.
68. Causa T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, Racc. 1991, II-485, para. 23.
69. Causa T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, Racc. 1991, II-485, para. 23.
70. Causa 44/69, *Buchler c. Commissione*, Racc. 1970, 733, para. 17.
71. Causa 44/69, *Buchler c. Commissione*, para. 17; causa C-45/69, *Boehringer c. Commissione*, Racc. 1970, 769, para. 17; causa T-2/89, *Petrofina c. Commissione*, Racc. 1991, II-1087, para. 43; case T-6/89, *Enichem Anic c. Commissione*, Racc. 1991, II-1623, para. 45.
72. Causa T-48/00, *Corus UK c. Commissione*, Racc. 2004, II-2325, para. 157. A differenza di Art. 21-octies co. 2, l. n. 241/1990 l'onere della prova grava sull'impresa e non sulla PA.
73. Causa T-48/00, *Corus UK c. Commissione*, para. 159. Ciò è stato criticato in H.J. Freund, *Verteidigungsrechte im kartellrechtlichen Bußgeldverfahren*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, 839, spec. 842.
74. Causa 51/69, *Bayer c. Commissione*, Racc. 1972, 745, para. 17; causa 48/69, *ICI c. Commissione*, Racc. 1972, 619, para. 28/32; causa T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, para. 27.
75. Causa C-51/92 P, *Hercules c. Commissione*, Racc. 1999, I-4235, para. 79; cause riunite C-204/00 P e altri, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, Racc. 2004, I-123, para. 103; causa 109/10 P, *Solvay c. Commissione*, Racc. 2011, I-10329, para. 56; causa C-110/10 P, *Solvay c. Commissione*, Racc. 2011, I-10439, para. 51. La giurisprudenza precedente era diversa, cfr. causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, Racc. 1979, 461, para. 15. Nel mentre è stata considerata superata, M. Kment, *Die Stellung*, cit., 201, spec. 228; C. Quabeck, *Dienende Funktion*, cit., 137.
76. Causa 111/83, *Picciolo c. Parlamento*, Racc. 1984, 2323, para. 20; causa C-280/08, *Deutsche Telekom c. Commissione*, Racc. 2010, I-9555, para. 130; C. Calliess, *Art. 296 AEUV*, in *EUV/AEUV*, a cura di C. Calliess e M. Ruffert, Monaco, C.H. Beck, 2016, para. 11 ss.; P. Craig, *EU Administrative law*, Oxford, OUP, 2018, 369 s.

77. Riguardo al diritto del pubblico impiego, cfr. per esempio, causa T-52/90, *Volger c. Parlamento*, Racc. 1992, II-121, para. 40 ss.; causa T-56/96, *Maccaferri c. Commissione*, Racc. 1998, I-A-57, I-A-61; II-133, para. 38; causa T-277/02, *Pascall c. Consiglio*, Racc. 2004, I-A-137; II-621, para. 31; causa T-66/05, *Sack c. Commissione*, Racc. 2007, I-A-2-229; II-A-2-1487, para. 66. Riguardo al diritto della concorrenza, cfr. per esempio, cause riunite C-189/02 P e altri, *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, Racc. 2005, I-5425, para. 462 ss.; cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, *Alliance One c. Commissione*, para. 73 ss.; causa C-508/11 P, *Eni SpA c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:289, para. 127 ss.; causa C-511/11 P, *Versalis SpA c. Commissione*, ECLI:EU:C:2013:386, para. 140 ss.
78. Causa Rs. T-16/91 RV, *Rendo c. Commissione*, Racc. 1996, II-1827, para. 55; conclusioni dell'avvocato generale C.O. Lenz nella causa C-115/92 P, *Parlamento c. Volger*, para. 94 ss.; cfr. anche E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 143 ss. Secondo la giurisprudenza precedente invece «un'insufficiente motivazione equivale ad assenza di motivazione». Pertanto, entrambe portano all'annullamento del provvedimento impugnato, causa 18/57, *Nold c. Alta Autorità*, Racc. 1959, 87, 110.
79. Causa 195/80, *Michel c. Parlamento*, Racc. 1981, 2861, para. 21 ss.
80. Questo approccio è stato sviluppato nella causa 111/83, *Picciolo c. Parlamento*, para. 22 ed è proseguito nelle cause riunite 64, 71-73 e 78/86, *Sergio e altri c. Commissione*, Racc. 1988, 1399, para. 52 ss. Cfr. anche per esempio, causa T-156/89, *Valverde Mordt c. CGUE*, para. 131 ss.; causa T-36/94, *Capitanio c. Commissione*, Racc. 1996, I-A-449, I-A-456; II-1279, para. 46; causa T-71/96, *Berlingieri Vinzek c. Commissione*, Racc. 1997, II-921, para. 80. Per maggiori dettagli, cfr. E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 290 ss.
81. A. Calogéropoulos, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Parigi, LGDJ, 1983, 211 ss.; G. Isaac, *La procédure*, cit., 291; C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 198 ss.; J. Moreau, *Les conséquences des illégalités procédurales en droit administratif français*, in *Europäische Zeitschrift für öffentliches Recht*, edizione speciale, 1993, 85, spec. 91.
82. A. Calogéropoulos, *op. cit.*, 226 ss.; L. Frier, *Vice de procédure*, cit., para. 171; C. Ladenburger, *op. cit.*, 199 ss. Dalla giurisprudenza cfr. per esempio, C.E., Sect., 15 febbraio 1974, *Société civile agricole Centre d'insémination de la Crespelle*, Rec. CE 1974, 109; C.E. Ass., 26 novembre 1976, *Sieur Soldani*, AJDA 1977, 33, commentata da M.A. Latournerie.
83. A. Calogéropoulos, *op. cit.*, 230; C. Ladenburger, *op. cit.*, 202 ss.; C.E., 17 dicembre 2003, *CNEPT*, n. 248814, AJDA 2004, 462.
84. C. Ladenburger, *op. cit.*, 167.
85. L. Frier, *Vice de procédure*, cit., para. 175; J.J. Israël, *La régularisation en droit administratif français*, Parigi, Pichon et R. Durand-Auzias, 1981, 58 ss.; C. Ladenburger, *op. cit.*, 14.
86. Riguardo il c.d. *common sense approach* vedi S. Bailey, *Grounds Judicial Review: Due Process, Natural Justice, and Fairness*, in *English Public Law*, a cura di D. Feldman, Oxford, OUP, 2009, para. 15.100 ss.; P. Leyland e G. Anthony, *Textbook on*



- Administrative Law*, Oxford, OUP, 2016, 392 ss.; causa *R. v Secretary of State for the Department Ex p Jeyanthan*, [2000] 1 W.L.R. 354, 361, Lord Woolf.
87. Per esempio, L.J. Woolf in *R v Lambeth LBC, ex p Sharp*, (1988) 55 P.& C.R. 232, 239.
88. La domanda riguardo al raggiungimento dello scopo della procedura viziata in Germania, per esempio, viene posta in BVerwG, 4 C 63.80, BVerwGE 71, 150, 152; VGH Mannheim, 10 S 1942/93, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report*, 1995, 17, spec. 20; BVerwG, 4 A 35–97, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1999, 532, spec. 533. Nella dottrina questo criterio è stato commentato da H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren*, cit., 313 e 434; M. Morlok, *Die Folgen von Verfahrensfehlern*, Berlino, Duncker & Humblot, 1988, 122; E. Schmidt-Aßmann e H. Krämer, *Das Verwaltungsverfahren*, cit., 99, spec. 115 ss.
89. Una parte della dottrina italiana sostiene la c.d. regola del raggiungimento dello scopo, che è stata sviluppata dalla giurisprudenza a partire dall'art. 156, co. 3, c.p.c., il quale prevede che un atto non può essere annullato se lo scopo che perseguiva è stato raggiunto. Cfr. R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, cit., 620 ss.; D. Marrama, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 359, spec. 363; A.R. Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 1993, 64 ss.
90. Il testo dell'ex art. 12 del regolamento interno della Commissione era il seguente: «*Gli atti adottati dalla Commissione [...] sono autentici, nella o nelle lingue in cui fanno fede, dalle firme del presidente e del segretario esecutivo. I testi di tali atti sono allegati al verbale della Commissione in cui è fatta menzione della loro adozione. Il presidente notifica, se del caso, gli atti adottati dalla Commissione.*» Regolamento interno della Commissione, 63/41/CEE, 31 gennaio 1963, 181.
91. Causa T-32/91, *Solvay c. Commissione*, para. 51.
92. Causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF e altri*, Racc. 1994, I-2555, para. 75 ss.
93. Causa T-32/91, *Solvay c. Commissione*, para. 49. Cfr. anche causa T-37/91, *ICI c. Commissione*, para. 88 ss.; causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF e altri*, para. 75.
94. Causa T-32/91, *Solvay c. Commissione*, para. 50.
95. Causa T-32/91, *Solvay c. Commissione*, para. 53. Nel procedimento d'appello la CGUE ha condiviso l'opinione del Tribunale, ma non si è espresso sulla rettifica del vizio procedurale, causa C-287/95 P e C-288/95 P, *Commissione c. Solvay*, Racc. 2000, I-2391, para. 55 ss.
96. Sul punto si rinvia alla nota 64.
97. Un argomento usato nel diritto amministrativo francese contro la possibilità di rettificare i vizi procedurali è che la regolarizzazione retroattiva non è possibile perché esiste un termine ottimale per l'esecuzione di ogni azione procedurale e questo non può essere spostato dall'Amministrazione a suo piacimento. In ogni caso, questo termine è precedente all'emissione del provvedimento amministrativo, A. Calogéropoulos, *Le contrôle*, cit., 233; J.J. Israël, *La régularisation*, cit., 51. In Germania l'interpretazione sistematica è stata commentata da H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren*, cit., 366 ss.

## CERIDAP

98. Causa C-263/95, *Germania c. Commissione*, Racc. 1998, I-441, para. 31.
99. Nel diritto inglese, nell'ambito del c.d. *common sense approach* con riferimento alla delimitazione dei *mandatory/ directory requirements*, l'intenzione del legislatore al momento dell'emanazione della disposizione violata risulta decisiva per determinare se la violazione deve necessariamente portare all'annullamento della decisione amministrativa. Sul punto si veda per esempio quanto stabilito nella causa *Regina v Soneji and another*, [2005] UKHL 49, [2006] 1 A.C. 340 para. 23. Occasionalmente anche il diritto francese tiene conto dell'intenzione del legislatore, specialmente quando si sostiene che il rispetto di un requisito formale è necessario perché un provvedimento sia legittimo. Sul punto si rinvia a C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 167. In Germania l'interpretazione storica è stata commentata da H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren*, cit., 367.
100. Vedi per un esempio tra tanti causa 30/78, *Distillers c. Commissione*, Racc. 1980, 2229, para. 26. Per maggiori dettagli, cfr. E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 320 ss.; cfr. T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 391 ss.
101. Il primo esempio è, nel settore della concorrenza, la causa 30/78, *Distillers c. Commissione*, Racc. 1980, 2229, para. 26. Una decisione simile è stata adotta successivamente nel diritto del pubblico impiego (causa T-27/89, *Sklias c. CGUE*, Racc. 1990, II-269, para. 28) e nell'ambito della normativa sugli aiuti di Stato (cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck and Acciaierie di Bolzano c. Commissione*, Racc. 2002, I-7869, para. 12).
102. Uno dei primi casi in cui questa categoria è stata usata è nel diritto della concorrenza, nelle cause riunite 209-215, 218/78, *Van Landewyck c. Commissione*, Racc. 1980, 3125, para. 47. Cause successive di diritto della concorrenza sono state per esempio, causa T-7/89, *Hercules Chemicals c. Commissione*, Racc. 1991, II-1711, para. 56; causa T-210/01, *General Electric c. Commissione*, Racc. 2005, II-5575, para. 632 ss. Nel diritto processuale dell'Ue in materia di marchi, la CGUE fa esplicito riferimento alla giurisprudenza in materia di concorrenza nel ribadire che una violazione dei diritti della difesa porta all'annullamento della decisione solo se è dimostrato che, se non fosse stato per l'irregolarità, l'esito del procedimento avrebbe potuto essere diverso, cfr. per esempio, causa C-96/11 P, *August Storck c. OHIM*, ECLI:EU:C:2012:537, para. 80; causa T-410/07, *Jurado Hermanos c. OHIM*, Racc. 2009, II-1345, para. 32. Inoltre, questa categoria di casi si applica alla normativa sugli aiuti di Stato, cfr. per esempio, causa 234/84, *Belgio c. Commissione*, Racc. 1986, 2263, para. 30; case 301/87, *Francia c. Commissione*, Racc. 1990, I-307, para. 31; causa 288/96, *Germania c. Commissione*, Racc. 2000, I-8237, para. 102. Tuttavia, la principale categoria riguarda la remota possibilità di ricorsi relativi alla copertura dei rischi di infortunio e di malattia professionale dei funzionari delle Comunità europee, cfr. per esempio, causa 150/84, *Bernardi c. Parlamento*, Racc. 1986, 1375, para. 28; causa 2/87, *Biedermann c. Corte dei conti*, Racc. 1988, 143, para. 21; causa T-7/90, *Korbor c. Commissione*, Racc. 1990, II-721, para. 30; cfr. E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 328 ss. e 331 ss.
103. Causa 150/84, *Bernardi c. Parlamento*, para. 28. Cfr. anche per esempio, causa 30/78, *Distillers c. Commissione*, para. 26; cause riunite 209-215 e 218/78, *Van Landewyck c.*

## CERIDAP

- Commissione*, para. 47; causa C-315/99 P, *Isméri Europa c. Conte dei conti*, Racc. 2001, I-5281, para. 34; cfr. E. Bülow, *op. cit.*, 321.
104. Cfr. 3.1. a).
105. E. Bülow, *op. cit.*, 335 ss.
106. Ciò costituisce anche una differenza rispetto al gruppo di casi in cui un vizio è irrilevante, poiché l'amministrazione non ha alcun potere discrezionale e ha dovuto agire come ha fatto, il che si applica solo ai vizi formali (e non procedurali), E. Bülow, *op. cit.*, 321.
107. Causa 150/84, *Bernardi c. Parlamento*, para. 28; cfr. anche cause riunite 209-215, 218/78, *Van Landewyck c. Commissione*, para. 47; E. Bülow, *op. cit.*, 327 e 409.
108. L'altra possibilità è che un vizio procedurale in linea di principio porti all'annullamento della decisione, salvo che prove concrete ne escludano l'impatto sull'esito della decisione. A proposito di questi due approcci cfr. C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 195 ss. Il § 46 *VwVfG* appartiene al secondo approccio: E. Bülow, *op. cit.*, 386; E. Peuker, § 46, in *Verwaltungsverfahrensgesetz*, a cura di H. J. Knack e H.G. Henneke, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2014, para. 36; M. Sachs, §46, in *VwVfG*, a cura di P. Stelkens, H.J. Bonk e M. Sachs, Monaco, C.H. Beck, 2018, para. 80a. Anche il diritto francese avalla quest'ultimo approccio, cfr. C.E. Ass., 3 dicembre 1971, *Branger*, Rec. 1971, p. 737; C.E., 6 novembre 1957, *Syndicat chrétien des agents du ministère de la Reconstruction et de l'Urbanisme*, Rec. 1957, p. 582; C.E., 11 gennaio 1980, *Laveau*, Rec. 1980, p. 6; C. Ladenburger, *op. cit.*, 196. Al contrario, l'art. 21-octies, co. 2, alinea 2, l. n. 241/1990 così come il diritto inglese – che richiede che la parte che ricorre al *no difference principle* debba dimostrare che l'irregolarità non ha influenzato il risultato del provvedimento – rientrano nel primo approccio.
109. Causa 150/84, *Bernardi c. Parlamento*, para. 28; cfr. anche cause riunite 209-215, 218/78, *Van Landewyck c. Commissione*, para. 47; E. Bülow, *op. cit.*, 327 e 409.
110. Cfr. cause riunite 209-215, 218/78, *Van Landewyck c. Commissione*, para. 40; causa T-7/90, *Kobor c. Commissione*, para. 28; E. Bülow, *op. cit.*, 334.
111. Causa 188/73, *Grassi c. Consiglio*, Racc. 1974, 1099, para. 20 ss. e 32 ss., dove la valutazione delle competenze linguistiche è stata determinata interrogando i testimoni; E. Bülow, *op. loc. cit.*; W. Kahl, *Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU*, in *Verwaltungsarchiv*, 2004, 1, spec. 24.
112. Causa 150/84, *Bernardi c. Parlamento*, para. 28; causa T-7/90, *Kobor c. Commissione* para. 28; case T-1/92, *Tallarico c. Parlamento*, para. 47; E. Bülow, *op. loc. cit.*
113. E. Bülow, *op. loc. cit.*
114. Documento del Parlamento tedesco (Bundestagsdrucksache) 13/3995, 8; H.J. Bonk, *Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrensbeschleunigungsgesetz*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1997, 320, spec. 325. Il criterio di causalità è stato commentato da H. Hill, *Das fehlerhafte Verfahren*, cit., 370 ss.; M. Morlok, *Die Folgen*, cit., 185 ss.
115. Giusta il disposto dell'art.21 octies, co. 2, alinea I, l. 241/1990 «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti,

- qualora per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».*
116. Sulla portata del nuovo art. 21 *octies*, L. 241/1990, parte della dottrina italiana ha ritenuto che, per un verso, esso miri ad evitare annullamenti “inutili” (che ricorrerebbero nei casi in cui gli atti annullati fossero seguiti da atti identici) e, per altro, che esso consenta di affiancare all’annullamento utile un accertamento sulla spettanza del bene della vita. In particolare si è sostenuto che «*nel caso di vizi formali o procedurali lo stesso oggetto del giudizio non è più l’atto impugnato ma il rapporto sottostante: ove il giudice riterrà che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso egli non annullerà il provvedimento [...]; ove invece riterrà che il provvedimento avrebbe dovuto, per via del suo carattere vincolato, avere un contenuto diverso e favorevole, dovrà mettere una pronuncia di annullamento con contenuto di accertamento del bene della vita*». Così F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, Giuridica Editrice, 2018, pp. 150-151 con riferimento a Cons. Stato, sez. V, 27.1.2016, n. 279; Cons Stato, sez. III, 22.3.2017, n. 1310.
117. J. Auburn, J. Moffett e A. Sharland, *Judicial Review*, cit., para. 32.51 ss.; P. Craig, *Administrative Law*, Londra, Sweet & Maxwell, 2016, para. 12-027; A. Mills, *The „Makes No Difference“ Controversy*, in *Judicial Review*, n. 18, 2013, 124 para. 2; W. Wade e C. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, OUP, 2014, 424 ss.; H. Woolf, J. Jowell e A. Le Sueur, *De Smith’s Judicial Review*, Londra, Sweet & Maxwell, 2013, para. 8-052 ss.; *Malloch v Aberdeen Corporation*, [1971] 1 W.L.R. 1578, 1582 (Lord Reid) e 1595 (Lord Wilberforce); *Glynn v Keele University*, [1971] 1 W.L.R. 487; risulta *e contrario* anche in *R v Leicester City Justices ex p. Barrow*, [1991] 2 QB 260. I giudici applicano questa categoria molto restrittivamente, cfr. *R v Ealing Justices Ex p. Fanneran*, [1996] 8 Admin. L.R. 351, 356, L.J. Staughton.
118. D. Bergner, *Grundrechtsschutz*, cit., 293.
119. Per maggiori dettagli, cfr. M. Elliott e J.N.E. Varuhas, *Administrative Law*, Oxford, OUP, 2017, 574 ss.
120. J.M. Auby e R. Drago, *Traité*, cit., para. 230; C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 193 ss.; A. de Laubadère, J.C. Venezia e Y. Gaudemet, *Traité*, cit., para. 716. Al contrario, cfr. A. Calogéropoulos, *Le contrôle*, cit., 198 ss.
121. Per esempio, C.E., *Synd. chrétien des agents du ministère de la Reconstruction et de l’Urbanisme*, Rec. 1957, p. 582; C.E., *Laveau*, Rec. 1980, p. 6; a proposito, cfr. C. Ladenburger, *op. cit.*, 194.
122. In generale, esiste una presunzione di validità anche per gli atti irregolari dell’Unione, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d’Abruzzo c. Commissione*, Racc. 1987, 1005, para. 10; causa C-475/01, *Commissione c. Grecia*, Racc. 2004, I-8923, para. 18; W. Cremer, *Art. 263*, in *EUV/AEUV*, a cura di C. Callies e M. Ruffert, Monaco, C.H. Beck, 2016, para. 9.
123. Per esempio, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d’Abruzzo c. Commissione*, para. 10; causa C-475/01, *Commissione c. Grecia*, para. 19; causa T-369/07, *Lituania c. Commissione*, Racc. 2011, II-1039, para. 61.
124. Causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF e altri*, para. 50

## CERIDAP

125. Cause riunite C-8-11/66, *Cimenteries c. Commissione*, Racc. 1967, 93, 106 s.; Ordinanza del Tribunale di primo grado T-67/91, *Torre c. Commissione*, Racc. 1992, II-261, para. 25; cfr. anche C. Annacker, *Die Inexistenz als Angriffs- und Verteidigungsmittel*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1995, 755, spec. 756ss.
126. W. Cremer, *Art. 263*, cit., para. 9; C. Gaitanides, *Art. 263*, in *Europäisches Unionsrecht*, a cura di H. von der Groeben, J. Schwarze e A. Hatje, Baden-Baden, Nomos, 2015, para. 18.
127. Per maggiori dettagli, C. Annacker, *Die Inexistenz*, cit., 755, spec. 757 ss.; cfr. anche W. Cremer, *op. loc. cit.*
128. F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 1446.
129. R. Chapus, *Droit administratif général*, I, Pargi, Montchrestien, 2001, para. 1204.
130. Lord Radcliffe, *Smith v. East Elloe Rural District Council* [1956] A.C., 736, 769 ss. ha preso in prestito l'espressione «*non porta alcun marchio di invalidità sulla fronte*» (liberamente tradotto), che è quasi identica all'espressione usata dalla giurisprudenza tedesca rispetto al § 44, co. 1, *VwVfG*, che concerne l'inesistenza degli atti amministrativi.
131. D. Bergner, *Grundrechtsschutz*, cit., 273.
132. B. Bredemeier, *Kommunikative Verfahrensbehandlungen*, cit., 468; E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 341 ss.; T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 391; O. Dörr, *Art. 263 AEUV*, in *Recht der Europäischen Union*, a cura di E. Grabitz, M. Hilf e M. Nettesheim, Tübingen, C. H. Beck, 2018, para. 171; S. Hegels, *EG-Eigenverwaltungsrecht*, cit., 87 ss.
133. Cause riunite 100-103/80, *Musique Diffusion c. Commissione*, Racc. 1983, 1825, para. 30.
134. Causa T-198/01, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, Racc. 2004, II-2717, para. 203.
135. Causa 123/75, *Küster c. Parlamento*, Racc. 1976, 1701, para. 18/19.
136. Cfr. *supra* nota n. 60.
137. B.L. Jones e K. Thompson, *Garner's Administrative Law*, Oxford, Butterworths, 1996, 237.
138. *Coney v Choyce and others*, [1975] 1 W.L.R. 422, 434.
139. Cfr. 3.2. a).
140. C.E., 29. giugno 1990, *Mme Poncin*, Rec. T 818; sul criterio della gravità vedi C.E., 19. maggio 1983, *Bertrand*, Rec. C.E. 206; C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 204 ss. con numerosi ulteriori riferimenti alla giurisprudenza e 317.
141. Causa T-69/89, *Radio Telefís Éireann c. Commissione*, para. 27 in cui l'inosservanza del termine non aveva avuto conseguenze pregiudizievoli per l'impresa interessata e non poteva quindi viziare la decisione. Cfr. anche causa 41/69, *ACF Chemifarma c. Commissione*, Racc. 1970, 661, para. 48/52.
142. Art. 3 del Regolamento n. 1 che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea, G.U. n. 17 del 6 ottobre 1958, 385: «*I testi, diretti dalle istituzioni ad uno Stato membro o ad una persona appartenente alla giurisdizione di uno Stato membro, sono redatti nella lingua di tale Stato.*»
143. Cause riunite T-25/95 e altre, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*, Racc. 2000, II-491,

## CERIDAP

- para. 643; cfr. anche causa 41/69, *ACF Chemifarma c. Commissione*, para. 48/52; causa T-77/92, *Parker Pen c. Commissione*, Racc. 1994, II-549, para. 74.
144. Causa 41/69, *ACF Chemifarma c. Commissione* para. 48/52; cause riunite T-305/94 e altre, *LVM e altri c. Commissione* para. 358.
145. Causa T-77/92, *Parker Pen c. Commissione*, para. 74; cause riunite T-305/94 e altre, *LVM e altri c. Commissione* para. 359; cause riunite T-25/95 e altre, *Cimenteries CBR e altri c. Commissione*, para. 636.
146. Causa T-77/92, *Parker Pen c. Commissione*, para. 74.
147. Causa 41/69, *ACF Chemifarma c. Commissione*, para. 48/52; causa T-77/92, *Parker Pen c. Commissione*, para. 74; cause riunite T-305/94 e altre, *LVM e altri c. Commissione*, para. 359.
148. J.M. Auby e R. Drago, *Traité*, cit., para 230 ; per maggiori dettagli, C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen*, cit., 202 ss.; J. Moreau, *Les conséquences des illégalités procédurales*, cit., 85, spec. 91 ; C.E., 17 dicembre 2003, *CNFPT*, 462; C.E., 3 luglio 1998, *Assoc. Défense environnement Saint-Come d'Olt*, Rec. C.E., 283; C.E. sect., 6 novembre 2002, *M. W.*, n. 225341, *AJDA* 2002, 1443, commentata da F. Donnat e D. Casas.
149. J. Templeman in *Coney v Choyce and others*, [1975] 1 W.L.R. 422, 434; cfr. anche P. Leyland e G. Anthony, *Textbook*, cit., 387.
150. Cfr. 3.2. a).
151. Cfr. *supra* nota n. 17.
152. Causa T-86/98, *Gouloussis c. Commissione*, Racc. 2000, I-A-5; II-23, para. 77; E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 305.
153. Per esempio, causa 37/72, *Marcato c. Commissione*, Racc. 1973, 361, para. 21/22; causa 89/79, *Bonu c. Consiglio*, Racc. 1980, 553, para. 8 in cui la CGUE ha annullato la decisione solo in base alla carenza di motivazione.
154. Per esempio, cause riunite T-18/92 e T-68/92, *Coussios c. Commissione*, Racc. 1994, I-A-47; II-171; causa T-586/93, *Kotzonis c. Comitato economico e sociale europeo*, Racc. 1995, II-665; causa T-159/96, *Wenk c. Commissione*, Racc. 1998, I-A-193, I-A-200; II-593; causa T-118/04 und T-134/04, *Caló c. Commissione*, Racc. 2007, I-A-2-37; II-A-2-253. Per maggiori dettagli, E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 278 ss.; cfr. anche C. Quabeck, *Dienende Funktion*, cit., 139. Le conclusioni dell'avvocato generale H. Mayras nella causa 24/79, *Oberthür c. Commissione*, Racc. 1980, 1761, 1766 e nella causa 156/79 e 51/80, *Grateau c. Commissione*, Racc. 1980, 3957, 3965 criticano questa giurisprudenza.
155. Causa T-586/93, *Kotzonis c. Comitato economico e sociale europeo*, para. 107; cfr. anche cause riunite T-18/92 e T-68/92, *Coussios c. Commissione*, para. 105 ss.
156. Cause riunite T-18/92 e T-68/92, *Coussios c. Commissione*, para. 105.
157. Cause riunite T-18/92 e T-68/92, *Coussios c. Commissione*, para. 107; causa C-119/94 P, *Coussios c. Commissione*, Racc. 1995, I-1439, cfr. note a sentenza; causa T-586/93, *Kotzonis c. Comitato economico e sociale europeo*, para. 108.
158. Riguardo l'effetto "educatorio" o "pedagogico" della giurisprudenza amministrativa vis à vis l'amministrazione J. Nolte, *Die Eigenart des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*,

- Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 70; si veda anche V. Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in *Die Verwaltung* 2010, 379, spec. 380 ss.
159. Conclusioni dell'avvocato generale J.P. Warner nella causa 30/78, *Distillers c. Commissione*, Racc. 1980, 2267, 2298.
160. Causa T-86/98, *Gouloussis c. Commissione*, para. 77; cfr. E. Bülow, *Die Relativierung*, cit., 305; causa T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*, para. 27; cfr. anche causa 9/76, *Morello c. Commissione*, para. 11, come esempio rappresentativo del gruppo di casi in cui un vizio di forma non comporta l'annullamento della decisione se l'amministrazione non disponeva di alcun potere discrezionale e doveva agire come ha fatto.
161. Causa T-586/93, *Kotzonis c. Comitato economico e sociale europeo*, para. 107; cfr. anche cause riunite T-18/92 e T-68/92, *Coussios c. Commissione*, para. 105 ss.
162. Per la Francia cfr. J.M. Auby e R. Drago, *Traité*, cit., para. 326; G. Isaac, *La procédure*, cit., 314; per l'Italia cfr. R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 622; per la Germania cfr. M. Niedobitek, *Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungsverfahrens*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2000, 761, spec. 767; per l'Inghilterra cfr. M. Fordham, *Judicial Review Handbook*, Oxford, OUP, 2012, para. 4.5.
163. Per la Francia cfr. J.M. Woehrling, *Un aspect méconnu de la gestion administrative: La régularisation des procédures et décisions illégales*, in *RFAP*, 2004, 533, spec. 534. A proposito della funzione educative dei tribunali *vis-à-vis* l'amministrazione mediante le sanzioni dei vizi procedurali in Francia cfr. T. von Danwitz, *Europäisches Verwaltungsrecht*, cit., 60 e nota n. 335; R. Halfmann, *Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland, Frankreich und Europa*, in *Verwaltungsarchiv*, 2000, 74, spec. 80. Anche in Germania i critici della possibilità di rettifica dei vizi procedurali in via giudiziale usano come argomentazione il fatto che la possibilità di rettifica incoraggia l'amministrazione a disattendere le regole procedurali, C. Quabeck, *Dienende Funktion*, cit., 66 ss.; W. Schenke, *Heilung von Verfahrensfehlern gem. § 45 VwVfG*, in *Verwaltungsarchiv*, 2006, 592, spec. 597; R. Schmidt, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, in *Verwaltungsarchiv*, 2000, 149, spec. 165.
164. In Inghilterra i giudici hanno nella pratica adottato il *common sense approach* in senso ampio, secondo cui si prende conoscenza di tutte le circostanze di un caso in cui vi è una violazione di un requisito procedurale di legge, vedi nota 60. Anche il diritto amministrativo francese utilizza diversi criteri nella distinzione fra *formalités substantielles* e *formalités non substantielles*, C. Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, Berlino, Springer, 1999, 161 ss. La dottrina francese enfatizza la varietà e le sfumature dei tratti empirici della giurisprudenza, L. Frier, *Vice de procédure*, in *Répertoire de contentieux administratif*, Parigi, Dalloz, 2014, para. 170; A. de Laubadère, J.C. Venezia e Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, I, Parigi, LGDJ, 1996, para. 713.

## Il “caso Banksy”: spunti di riflessione per la posizione del “terzo” nel sistema di tutela del marchio dell’Unione europea

*Alessia Monica*

*La protezione offerta al marchio nell’Unione europea si prefigge di riconoscere alle imprese la possibilità di contraddistinguere i rispettivi prodotti o servizi, superando le barriere nazionali che invece permangono in molti campi riguardanti la tutela della proprietà intellettuale. Nel prendere decisioni sui marchi europei, EUIPO (e allo stesso modo le sue commissioni di ricorso) è talvolta chiamato a valutare la sussistenza della “malafede”, “ordine pubblico” e “buon costume”. La recente dichiarazione di nullità assoluta del marchio del “Flower Thrower” di Banksy pone perciò in evidenza come il diritto del marchio sia stato concepito per tutelare anche i diritti fondamentali e i diritti propri della concorrenza, nonché i diritti del “terzo”. La loro tutela risulta perciò strettamente collegata all’interpretazione logica di “concetti indeterminati” nel contesto di riferimento.*

### **1. La proprietà intellettuale e la tutela del marchio nel diritto dell’Unione europea**

La seguente analisi, a partire da alcune recenti vicende legate all’utilizzo del marchio e alla sua «revocabilità per malafede», vuole provare a sottolineare come nei processi decisionali inerenti alla tutela del marchio il decisore sia chiamato ad operare le sue valutazioni tenendo conto di concetti “astratti” e rilevare brevemente come, di conseguenza, le decisioni stesse abbiano delle implicazioni anche per i diritti dei “terzi”.

Innanzitutto, in questo scritto ci si concentrerà sulla tutela offerta a livello europeo per quanto riguarda il marchio, disciplinato sulla base del Regolamento



1001/2017<sup>[1]</sup>, quindi direttamente applicabile negli Stati membri. È doveroso precisare che non per tutti gli aspetti legati alla proprietà intellettuale si può parlare di armonizzazione sul territorio europeo<sup>[2]</sup> poiché il sistema di tutela è caratterizzato dalla complessità e dall'assetto multilivello<sup>[3]</sup>. Ad esempio, come poi verrà ripreso in seguito, il *copyright* protegge le modalità di espressione delle idee (della proprietà intellettuale) e non le idee di per sé, ma a livello europeo sono disposte solo direttive per cui ci si deve rifare soprattutto al diritto internazionale<sup>[4]</sup> e alle legislazioni nazionali (per gli aspetti di dettaglio). Gli Stati membri sono ancora poco propensi a dotarsi di un quadro regolatorio comune che li vincoli in materia di diritto d'autore, ciò è dovuto soprattutto agli interessi legati allo sfruttamento economico dell'opera. Nel territorio dell'Unione viene riconosciuta anche una tutela comune al brevetto consentendo di proteggere un'invenzione presentando un unico atto: essa è il frutto di una recente cooperazione rafforzata tra 25 Stati Membri<sup>[5]</sup> che è gestita a livello operativo dall'*Ufficio europeo dei brevetti* (EPO). La Convenzione di Monaco del 1973<sup>[6]</sup>, che ha istituito tale ufficio, è la fonte cui riferirsi; attraverso la sua applicazione sono conferiti ai richiedenti il brevetto negli Stati sottoscriventi i medesimi diritti che deriverebbero loro da un brevetto nazionale. Infine, l'*Ufficio europeo per la proprietà intellettuale* (EUIPO) si occupa del marchio europeo, di design e di modelli<sup>[7]</sup>. Ovviamente, tutelare l'innovazione significa proteggere anche i *know-how* e le informazioni commerciali<sup>[8]</sup>, ma è comunque possibile negoziare un accordo di licenza con un'altra entità (il "licenziatario") cui concedere il permesso di utilizzare la propria proprietà intellettuale.

L'occasione in *medias res* per riflettere su alcune implicazioni del potere delegato ad EUIPO è offerta dalla recente decisione della «*divisione annullamento*»<sup>[9]</sup> di EUIPO di dichiarare nullo il marchio attribuito all'opera di Banksy "Flower Thrower" depositato nel 2014 dalla società *Pest Control Office Limited*, ai sensi dell'art. 52 del Regolamento 207/2009 sul marchio dell'Unione Europea<sup>[10]</sup>. Secondo quanto sancito da tale articolo, il marchio può essere dichiarato nullo se, al momento del deposito della domanda, il richiedente ha agito in «*malafede*». Su tale questione si è espressa, riscontrando la mancanza di «*buonafede*», la «*divisione annullamento*» di EUIPO. Di recente su questioni riguardanti il «*buon costume*» che possono essere accostate alla «*malafede*» per analogia dell'iter argomentativo utilizzato nella sua determinazione, si è pronunciata la

Corte di giustizia il 27 febbraio 2020 nel ricorso C-240/18P *Constantin film* contro una decisione del Tribunale riguardante sempre il marchio europeo di due anni antecedente<sup>[11]</sup>. Tale ultima pronuncia, insieme alla decisione della “divisione annullamento” di EUIPO sul “*Flower Thrower*”, evidenzia come i vari organi preposti a decidere nei vari contenziosi sui marchi registrati ai sensi del diritto UE (sia relativamente ai ricorsi interni sia relativamente a quelli davanti alle commissioni di ricorso) siano spesso chiamati a prendere decisioni sulla base *anche* di valutazioni morali<sup>[12]</sup>. Connaturata a tale decisione vi è la facoltà di esercizio di un potere decisionale delegato dalla Commissione (nei limiti della c.d. *dottrina Meroni*)<sup>[13]</sup> e specificato nei regolamenti di settore che, in ogni caso, deve tenere conto non solo del «principio della certezza del diritto» ma anche della necessità di valutare ogni singolo caso nel contesto concreto di appartenenza, sulla base anche della prassi e dell’opinione pubblica<sup>[14]</sup>.

Di conseguenza, ci si chiede se tale attività censoria possa, in qualche modo, contrastare non solo con il rispetto dei diritti fondamentali, ma anche con il «principio del carattere unitario del marchio UE» il quale si prefigge, tra l’altro, di lottare efficacemente contro la contraffazione nell’ottica del completamento e del buon funzionamento del mercato interno. Da qui, discende l’altro punto controverso relativo alla capacità in concreto di far sì che, nel decidere sui ricorsi, si tenga davvero conto del contesto di riferimento, nell’interesse delle parti e della posizione del “terzo”.

## **2. L’annullamento del marchio di *Banksy***

La recente decisione di invalidità della protezione dell’opera “*Flower Thrower*” di Banksy in quanto marchio,<sup>[15]</sup> adottata dalla “divisione annullamento” EUIPO<sup>[16]</sup> il 14 settembre 2020 non è stata impugnata davanti alle Commissioni di ricorso di EUIPO e quindi è divenuta definitiva. Avendo la *Pest Control* scelto di non proporre ricorso davanti alla commissione di ricorso contro la decisione notificata di nullità dei marchi, non è più azionabile un ricorso in via giudiziale: tale passaggio è, infatti, condizione necessaria per poi proporre gravame al Tribunale (*ex art. 68 del Regolamento UE 2017/1001*) da parte del destinatario della decisione (o meglio dal suo rappresentante legale). Si deve precisare che il Regolamento sul marchio europeo distingue tra casi di «nullità assoluta» e casi

di «*nullità relativa*». Nel primo caso il marchio è dichiarato nullo se è stato registrato con caratteristiche contrarie all'elenco tassativo dei casi di esclusione ex art. 7, nonché qualora venga riscontrato che, al momento del deposito della domanda di marchio, il richiedente abbia agito in «malafede». Nel secondo caso, vale a dire la «nullità relativa», si tratta piuttosto di una richiesta di parte, o di «domanda riconvenzionale»<sup>[17]</sup> che solleva questioni consolidate *già* in un tempo anteriore rispetto alla registrazione del marchio stesso. Potrebbe anche trattarsi del caso in cui, prima della registrazione, risulti prevalente il diritto al nome; il diritto all'immagine; il diritto d'autore; il diritto di proprietà industriale, sempre in base alla normativa dell'Unione o al diritto interno che ne disciplina la protezione.

Nel caso del “*Flower Thrower*”, opera apparsa su un muro di un’abitazione privata di Gerusalemme nel 2005, il titolare del marchio europeo è, come già detto, la *Pest Control Office Limited*, vale a dire la persona giuridica che gestisce le questioni e gli affari dell’artista anonimo Banksy icona dello *street art* contemporaneo. La “divisione annullamento” di EUIPO si è pronunciata sulla base della domanda avanzata dalla *Full Colour Black Limited*, la quale ha manifestato un interesse alla rimozione del marchio *ab origine* per cause patologiche quali, appunto, la «malafede». EUIPO, ha cercato di dimostrare l’esistenza della «malafede», sulla base di un’analisi dei fatti evidenziati nel corso del dibattimento dalla ricorrente e dal titolare del marchio di *Banksy*, seppure in assenza di una sua definizione univoca e determinata nel diritto europeo. La nozione di “malafede” può rappresentare un “concetto giuridico indeterminato”<sup>[18]</sup>, caro alla dottrina tedesca. Tali concetti indeterminati sono altresì rintracciabili nel diritto europeo ove sono ripresi dalla teoria giuridica dei diritti nazionali e sulla cui interpretazione sorgono diverse ambiguità. Nel caso della “malafede” «*tale disposizione costituisce una nozione autonoma del diritto dell’Unione [...] e deve essere interpretata uniformemente nell’Unione europea*»<sup>[19]</sup>. Per quanto attiene alla regolazione del marchio, la norma contenuta nell’art. 59 del Regolamento 1001/2017<sup>[20]</sup>, non descrive puntualmente la fattispecie in cui la «malafede» si rivela, necessitandosi di conseguenza un’opera ricostruttiva e integrativa dell’interprete<sup>[21]</sup>. La “divisione annullamento” evidenzierà, perciò, un “fascio di indizi” per cui la malafede da parte dell’autore dell’opera sarebbe evidente, comportando per quest’ultimo la perdita di ogni diritto al marchio.

Innanzitutto, vengono richiamate le conclusioni dell'AG *Sharpston* che nel 2009 nella causa C-529/07 *Chocoladefabriken Lindt* aveva provato a definire il contenuto del concetto<sup>[22]</sup>. Tuttavia, essendo la giurisprudenza della Corte essa stessa da considerare quale fonte di diritto dell'Unione europea, anche le sentenze di annullamento possono avere effetto ben al di là della questione specifica delle parti perché, appunto, possono fornire un'interpretazione del diritto UE o determinare la validità di un atto<sup>[23]</sup>. Ad oggi, comunque, la Corte non ha cristallizzato una definizione di malafede "oggettiva", limitandosi piuttosto a valutare l'esistenza della malafede nel comportamento del richiedente la registrazione del marchio nel caso specifico<sup>[24]</sup>.

EU IPO, nel suo argomentare, ben evidenzia *in primis* il fatto che Banksy non abbia richiesto il *copyright* anche nel caso in cui la legislazione nazionale lo avrebbe permesso<sup>[25]</sup>, deducendo che la richiesta di tutela del marchio europeo sarebbe stata per l'artista una sorta di seconda opzione cui ricorrere per fornire un minimo di tutela alla propria opera. L'assenza di protezione del diritto d'autore, che avrebbe permesso all'artista il riconoscimento dei diritti di utilizzazione economica, dei diritti morali e dei diritti a compenso sull'opera per i 70 anni successivi alla morte dell'autore<sup>[26]</sup>, è conseguenza della volontà esplicita dello stesso di rimanere anonimo e non rivelare al pubblico la propria identità. In tal senso, dunque, il cosciente perseguimento dell'anonimato costituirebbe la "prima prova della malafede", e non piuttosto la causa della perdita del diritto d'autore. Infatti, nulla avrebbe vietato di registrare l'opera come anonima o pseudoanonima<sup>[27]</sup>. In concreto, però, *Banksy* non ha mai fatto valere alcun diritto d'autore, non può perciò goderne proprio perché egli non può essere identificato come il soggetto proprietario del "*Flower Thrower*". Nella decisione si adduce anche che lo stesso luogo ove è stata realizzata l'opera in maniera abusiva, vale a dire un muro in una proprietà privata, metterebbe a rischio qualsiasi diritto sull'opera, laddove questa potrebbe essere riconosciuta addirittura come appartenente al proprietario del muro<sup>[28]</sup>.

In terzo luogo, a provare la malafede (soggettiva) concorrono le stesse parole dell'artista, il quale ha più volte dichiarato come «*copyright is for losers*»<sup>[29]</sup>, permettendo al contempo al pubblico di scaricare da Internet e utilizzare le sue immagini<sup>[30]</sup> ma per scopi non commerciali. Nella pratica, però, dopoché la domanda di annullamento presentata dalla *Full Color* ad EU IPO era stata

notificata alla *Pest Control*, Banksy aveva iniziato ad esporre prodotti raffiguranti le sue opere in un negozio a Londra (non aperto al pubblico) e aveva aperto un negozio on line con vario merchandising, dichiarando che l'intenzione non fosse quella di ritagliarsi una propria porzione di mercato, ma piuttosto quella di dimostrare l'effettivo uso del marchio al fine di «*eludere il mancato uso del requisito del segno previsto dal diritto europeo*»<sup>[31]</sup>. Il diritto all'utilizzo del marchio, se rinnovato, è infatti un diritto di cui il titolare può godere a tempo indeterminato; tuttavia non è esaustivo come il diritto d'autore. In tal modo *Banksy* ha implicitamente ammesso di aver tentato di pregiudicare a terzi l'uso del marchio<sup>[32]</sup>, cercando di ottenere un *diritto esclusivo* per scopi diversi da quelli che rientrano nelle funzioni del marchio<sup>[33]</sup>, come nel caso della riproduzione del segno su alcuni prodotti, senza però avere l'intenzione di usare il segno come marchio<sup>[34]</sup>. Infatti, il marchio europeo ha la finalità di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi, nonché di cercare di garantire delle condizioni di mercato ove la concorrenza non venga falsata<sup>[35]</sup>. Ai fini dell'analisi giuridica, il fatto che la *Pest Control* non abbia impugnato la decisione, chiude in qualche modo la questione sulla “malafede” riscontrata nel comportamento dell'artista. Si ricorda però come altre opere di *Banksy* siano già tutelate in quanto marchi UE<sup>[36]</sup>. In ogni caso, rimangono ad oggi insolte le questioni legate ai diritti di proprietà intellettuale sull'intera produzione dell'artista<sup>[37]</sup>.

### **3. Le nozioni di “buonafede”, “ordine pubblico” e “buon costume” per la corretta regolazione del marchio nel diritto UE.**

Il caso dell'annullamento del marchio di *Banksy* è, dunque, di interesse per l'opinione pubblica per via della popolarità indiscussa dell'opera e dell'autore. Rappresenta altresì un caso ove la divisione interna di EUIPO si è dovuta cimentare nella delimitazione di concetti indeterminati da adattare al caso concreto, cercando di delimitare i margini di applicabilità e di valenza della nozione di malafede. Il rispetto di tale criterio diventa, perciò, una sorta di condizione imprescindibile per una buona regolazione del marchio nel diritto europeo e per l'esplicarsi della corretta efficacia di tale diritto della proprietà

intellettuale, riconosciuto come fondamentale anche dalla Carta di Nizza. La tutela dei diritti fondamentali di proprietà intellettuale (art. 17, par. 2)<sup>[38]</sup> e il diritto ad una tutela giurisdizionale (art. 47) hanno, innanzitutto, lo scopo di perseguire un interesse superiore dei cittadini, quale quello di accesso e di uso sociale della conoscenza<sup>[39]</sup>. In tal senso, dunque, il diritto fondamentale della tutela della proprietà intellettuale e con esso il diritto ad a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sono da valutare in rapporto funzionale tra loro. Le varie possibilità di ricorso interno ad EUIPO, una delle poche agenzie del panorama europeo caratterizzate da un potere decisionale effettivo, basato sull'indipendenza a l'alta specializzazione sotto il profilo tecnico<sup>[40]</sup>, costituiscono un primo rimedio per la revisione di una decisione che può essere lesiva dei vari interessi delle "parti" in gioco. Si tratta di procedimenti di "*internal review*" contro i quali poi si potrà esperire poi il ricorso davanti alle «*commissioni di ricorso*»<sup>[41]</sup>, le quali possono accogliere o rigettare il ricorso annullando o anche riformando l'atto<sup>[42]</sup>. Negli ultimi anni la dottrina si è spesso interrogata sulla natura del potere esercitato dalle commissioni di ricorso, dal momento che queste ultime esercitano una funzione *quasi-giudiziale*<sup>[43]</sup> e, di conseguenza, anche relativamente all'esistenza di una reale continuità funzionale delle decisioni di revisione con la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>[44]</sup>. Infatti, è possibile per la parte soccombente impugnare le decisioni della commissione di ricorso davanti al Tribunale -il quale non può comunque pronunciarsi su questioni sulle quali la stessa commissione non si è pronunciata. Successivamente, per questioni meramente di diritto, si può ricorrere davanti alla Corte. A livello giuridico altro motivo di interesse è strettamente correlato al fatto che di tali organismi, è bene ricordare, non fanno parte solo giuristi ma anche esperti della materia specifica di pertinenza dell'agenzia. Nell'applicare la normativa rilevante le commissioni di ricorso sono incentrate soprattutto sulla tutela dei diritti del ricorrente<sup>[45]</sup>, mentre il ricorso giurisdizionale si pone anche l'obiettivo di tutela dell'interesse pubblico. Anch'esse sono poi spesso chiamate a pronunciarsi su casi ove è necessario interpretare concetti giuridici indeterminati.

Ad esempio, in merito alla nozione di "buon costume" si può osservare come la Corte di giustizia sia intervenuta ad annullare la sentenza del Tribunale chiamato a pronunciarsi, in appello, sulla decisione della quinta commissione di ricorso EUIPO<sup>[46]</sup> la quale si era rifiutata di registrare il marchio *Fack ju Göthe* perché

contrario all'art. 7, lettera f) del Regolamento sul marchio e lettera b) sul «*carattere distintivo*». In questo frangente, la Corte di giustizia viene in ultima istanza chiamata a pronunciarsi su questioni di diritto. Secondo la ricorrente, il Tribunale avrebbe violato il «*principio dell'esame individuale*» cadendo nell'errore di fatto di non considerare il segno costitutivo del marchio così come scritto nella lingua di registrazione (il tedesco), ma di valutare il marchio sulla base dell'evocata lingua inglese ove, appunto, il significato tra le due lingue, a livello scritto, è differente<sup>[47]</sup>. In poche parole, il pubblico tedesco non percepirebbe in modo identico al pubblico inglese l'espressione *Fack ju Göthe*, anche perché il marchio richiesto non consiste nell'espressione inglese (letterale) bensì nella sua traduzione fonetica in lingua tedesca.<sup>[48]</sup> Di conseguenza, l'impedimento alla registrazione dovuto al “cattivo gusto” dello stesso, ragione per cui sarebbe contrario al «buon costume», si basa sulla determinazione dell’“intendimento” che del marchio ne ha il pubblico. Tale valutazione, effettuata in modo assoluto ed astratto, non ha chiaramente tenuto conto degli elementi specifici del caso<sup>[49]</sup> tra cui la percezione effettiva che il segno denominativo (istitutivo del marchio) riflette sul pubblico di riferimento. Non solo, secondo i giudici della Corte, sia la commissione di ricorso sia successivamente il Tribunale, avrebbero applicato in maniera erronea le norme relative all'onere della prova, non valutando correttamente gli elementi a sostegno del fatto che il pubblico germanofono non sia stato turbato dal marchio richiesto, in quanto in grado di riconoscere nel marchio il titolo di una commedia che aveva riscosso un grande successo nel 2013<sup>[50]</sup> e utilizzato anche da un istituto culturale a fini pedagogici. La Corte ricorda anche come EUIPO non avrebbe tenuto conto di quanto richiesto dall'art. 76, par. 1 del Regolamento sul marchio<sup>[51]</sup> in merito all'obbligatorietà dell'esame dei fatti già in sede di registrazione e, successivamente, nei casi di impedimenti agli argomenti e ai fatti presentati dalle parti<sup>[52]</sup>. Tale negligenza pecca anche di non aver considerato quanto stabilito dalla giurisprudenza pregressa, la quale ribadisce come l'esame del caso vada effettuato con riferimento alla percezione di tale segno al momento del suo uso come marchio, da parte del pubblico interessato situato nell'Unione o in una parte di essa. Tale parte può anche essere costituita da un unico Stato membro<sup>[53]</sup>.

Per completare il quadro sul “ordine pubblico”, nel caso di specie, si possono operare alcune considerazioni. Il concetto di “ordine pubblico”, nel diritto

europeo, si ritrova sovente nelle categorie riconducibili all'”interesse generale” per cui possono essere operate a livello degli Stati membri restrizioni alle libertà di circolazione (art. 36 TFUE). Tra esse, perciò, ricade anche la questione se l'uso di un segno sia inammissibile, al di là del rifiuto specifico della protezione del marchio. Come ricorda l'AG Bobek, l'obiettivo della disposizione volta ad evitare che segni contrari all'”ordine pubblico” o al “buon costume” godano dei privilegi derivanti dalla registrazione come marchi, non impedisce di per sé la commercializzazione dei prodotti<sup>[54]</sup>. La protezione offerta dal marchio europeo è perciò da considerarsi come aggiuntiva ai diritti acquisiti dal bene in oggetto. Non solo, ma un marchio non potrà essere considerato contrario all'ordine pubblico per la sola ragione che esso non è conforme alle disposizioni della legislazione sui marchi, salvo il caso in cui questa disposizione non riguardi essa stessa l'ordine pubblico (anche limitatamente alla legislazione nazionale). È questo il caso ben esemplificato nella pronuncia T-1/17, *La Mafia Franchises*, ove, appunto «[il] marchio contestato, considerato complessivamente, rinvia ad un'organizzazione criminale, trasmette un'immagine globalmente positiva di tale organizzazione e, pertanto, banalizza i gravi attacchi sferrati da detta organizzazione ai valori fondamentali dell'Unione»<sup>[55]</sup>.

Si aggiunga anche che l'«ordine pubblico» è un concetto da porre in relazione col ruolo dell'autorità pubblica degli Stati membri che tale ordine sono chiamate a fare rispettare<sup>[56]</sup>. Nel caso del segno *Fack ju Göthe* le questioni di “ordine pubblico” e “buon costume” sono state trattate congiuntamente: EUIPO ha poi ravvisato solo l'impedimento connesso al “buon costume”, anche in virtù del fatto che i motivi di ordine pubblico sono ragionevolmente e più agevolmente circoscrivibili in modo “oggettivo”<sup>[57]</sup>.

Va altresì segnalato come la Corte sottolinei chiaramente l'errore di diritto basato su una considerazione approssimativa (quanto errata!) operata dapprima dalla commissione di ricorso e, successivamente, avvalorata dal Tribunale nella sentenza oggetto di appello: entrambi hanno infatti sostenuto come il diritto fondamentale alla libertà di espressione non si applichi al settore dei marchi. Su tale punto si deve ricordare innanzitutto che la tutela dei diritti fondamentali garantita nella CDFU, sebbene non estenda in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati, riguarda il campo di applicazione del diritto europeo. Ragion per cui è errato pensare di limitare la libertà di espressione



riconosciuta dall'art. 11 della CDFU solo al settore dell'arte, della cultura e della letteratura. Tale orientamento è altamente fuorviante rispetto alla portata della Carta, sia per quanto stabilito nei Trattati, sia per quanto ribadito dai giudici del Lussemburgo. Ancor di più se si pensa, oltremodo, che la Carta di Nizza è collegata alla CEDU (art. 6, c. 3 TUE), e i diritti fondamentali in essa riconosciuti fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Tra essi si ricorda proprio l'art. 10 della CEDU sulla «*libertà di espressione*»<sup>[58]</sup> il quale include il diritto alle proprie opinioni senza interferenze da parte dell'autorità pubblica<sup>[59]</sup>. Esso si applica a tutte le forme di comunicazione, inclusi i simboli<sup>[60]</sup>. Le varie modalità di comunicazione possono certamente essere soggette a restrizioni disposte dalla legge nell'interesse della società democratica: tra essi rientrano, appunto, anche l'"ordine pubblico" e il "buon costume". È altresì inevitabile che, mancando delle definizioni di "valore assoluto" per le nozioni di "buon costume", "malafede", bisognerà far sì che le restrizioni siano "proporzionali" rispetto al contesto di riferimento<sup>[61]</sup>. Il che comporta un necessario bilanciamento tra di essi per statuire sul caso specifico nell'eventualità che vi sia contrasto tra i diritti fondamentali garantiti nel diritto dell'Unione.

Ciò detto, senza pretesa di sviluppare approfonditamente il tema, vale la pena soffermarsi sulla posizione del "terzo" nei casi qui brevemente analizzati<sup>[62]</sup>. Come già anticipato, oltre agli interessi delle parti nel caso specifico, vi sono interessi qualificabili come rilevanti nel singolo procedimento e che non devono essere trascurati, quali quelli di «*chiunque esprima un interesse legittimo al procedimento*», oppure «*chiunque non abbiano ancora espresso alcun interesse al procedimento*»<sup>[63]</sup>. Quindi, oltre ai vari soggetti che richiedono l'intervento delle varie divisioni di EUIPO, per tutelare interessi di parte - come appunto è il caso della *Full Colour Black Limited* (i cui interessi sono minati dall'errato utilizzo che la *Pest Control* ha fatto del marchio), o della stessa *Pest Control* che si è ritrovata soccombente- sono da tenere in considerazione anche gli interessi più generici dei «*consumatori*». Non a caso tra le ragioni per cui si richiede la registrazione del marchio vi è quella di tutelare l'origine del prodotto con l'intento finale di garantirne la qualità al consumatore. È innegabile come la nozione di "terzo" muti a seconda del contesto e come questa possa essere riferibile non solo ad un singolo, quale il «*consumatore medio*»<sup>[64]</sup> i cui interessi potrebbero venire in rilievo proprio in seguito alla registrazione del marchio (come nel caso del

coniglietto pasquale *Lindt*)<sup>[65]</sup>, ma anche ad un «*gruppo di cittadini*» o alla «*collettività in senso generale*» (come nel caso in cui è necessario difendere la sicurezza di un territorio). In astratto, il “terzo” può inoltre riferirsi anche al “cittadino” facente parte del “pubblico”: in questo caso il suo interesse è più difficile da qualificare e circoscrivere, ma di esso l’agenzia tiene implicitamente conto proprio nel cercare di riempire di contenuto le nozioni di “malafede”, “ordine pubblico” e “buon costume” nelle singole decisioni, al fine di tutelare l’interesse generale. A proposito, si segnala come il Regolamento sul marchio preveda per i “terzi” la possibilità di presentare osservazioni scritte nel caso di richiesta di esclusione alla registrazione e opposizione<sup>[66]</sup>, garantendone così la partecipazione.

#### **4. La revisione delle decisioni nelle agenzie dell’Unione: brevi conclusioni**

I casi di *Banksy* e della *Constantin film* evidenziano il ruolo concreto che viene svolto sia dalle varie divisioni di EUIPO, sia dalle commissioni di ricorso in materia di nullità e ammissibilità del marchio. Di conseguenza, al seguito dell’analisi sui singoli casi, è possibile svolgere considerazioni più a grand’angolo, sulla base delle evidenti implicazioni per il diritto amministrativo europeo in generale. Esse riguardano, innanzitutto, il ruolo della discrezionalità esercitata nei ricorsi amministrativi interni e quelli di revisione davanti alle commissioni di ricorso; nonché di come questa possa risultare determinante, laddove ci si debba pronunciare sulla base di principi che si fondano su concetti valoriali di cui non esiste una “definizione oggettiva statica”. Come ben evidenzia il Regolamento sul marchio, ciò è dovuto anche al fatto che non sempre il dato normativo si premura di circoscriverla. È altresì chiaro come la stessa giurisprudenza tenda ad aggirare il problema preferendo declinare in concreto il concetto volta per volta attraverso la ponderazione degli interessi coinvolti. Una prima spiegazione di ciò è ravvisabile nella natura ontologica del potere discrezionale riservato alle agenzie tecniche e, in particolare, alle commissioni di ricorso le quali si esprimono, come già detto, nel merito dei contenziosi sulla base di competenze settoriali qualificate. Tale aspetto viene già in luce nei procedimenti di revisione interna a dimostrazione che, laddove EUIPO sia chiamato a porre il caso concreto in relazione ai principi di

“buonafede”, alla tutela dell’ordine pubblico” e del “buon costume” (i quali possono a loro volta essere delineati come canoni discretivi della decisione finale), residua anche un margine di “discrezionalità piena”. A tal proposito, si ricorda anche come il diritto europeo non si interessi più di tanto alla questione dottrinale relativa ai diversi tipi di discrezionalità<sup>[67]</sup>. Ecco che, laddove si ponga quale necessaria una valutazione basata sulle competenze tecniche, il giudice si limita perlopiù ad esaminare l’esattezza sostanziale dei fatti e delle qualificazioni giuridiche che l’autorità (cui spetta il potere decisionale finale) ne ha desunto e, in particolare, se l’operato di quest’ultima non sia inficiato da «*errore manifesto*» o «*sviamento di potere*»<sup>[68]</sup>. Negli esempi qui evidenziati della “malafede di *Bansky*” e del «*grado di decoro del segno Fack ju Göthe*» emerge chiaramente come l’accertamento dei fatti concreti sia imprescindibile al fine di poter operare una corretta scelta finale discrezionale; essa sussume sia elementi tecnici sia elementi connaturati al potere di scelta. Come già detto, il potere di revisione amministrativa delle decisioni va esercitato nei limiti della delega conferita ad EUIPO. Tuttavia, si evince dal Regolamento sul marchio come, nel decidere sulle varie controversie, si debba tener conto di “concetti indeterminati” la cui applicazione evidenzia l’utilizzo di un potere discrezionale che non è, in fin dei conti, solo di tipo tecnico<sup>[69]</sup>.

La questione è più che mai attuale dal momento che EUIPO è chiamato a decidere relativamente al deposito di marchi che possono, o meno, richiamare esplicitamente il Covid-19. Anche in questo caso, sarà interessante vedere come sarà applicato il criterio di «buon costume» per quei segni in cui la parola o il segno del Covid-19 tende ad operare una “banalizzazione” della pandemia, oppure nel caso in cui il richiedente cerchi di arricchirsi attraverso la speculazione sulla crisi economica<sup>[70]</sup>. La tutela della proprietà intellettuale, in un momento dove necessariamente aumenta anche la richiesta e la fruizione di contenuti *on line*, è più che mai attuale se si tiene conto anche della prospettiva del “terzo” (sia esso un concorrente del detentore del marchio, un consumatore o un cittadino) brevemente accennata in questo scritto.

Per quanto attiene le commissioni di ricorso, da un lato rimane innegabile che esse operino tendenzialmente sulla base di una logica tecnica e specialistica<sup>[71]</sup> e che, a differenza del giudice europeo, esercitino poteri di merito inserendosi in maniera perspicua nelle decisioni dell’agenzia<sup>[72]</sup>. Dall’altro lato, nei fatti, emerge

quanto sia arduo per tutti gli attori chiamati a pronunciarsi (a partire dai funzionari di EUIPO), giungere a delle “definizioni oggettive” di concetti quali quello di “malafede”, o anche di “buon costume”, ove la “dimensione soggettiva” non è trascurabile e dove le “ragioni tecniche” diventano dunque marginali. La “malafede di *Bansky*”, infatti, come giustamente è rilevato nella decisione di EUIPO, si evince dal comportamento perpetuato dall’artista negli anni e non si rileva da ragioni avulse dal contesto; motivo per cui si deduce che la discrezionalità attiene non solo al momento della decisione di annullamento, ma anche al momento logico che la produce. È anche vero che, qualora le commissioni di ricorso si incammino sul terreno scivoloso delle considerazioni permeate di contenuti “extra-giuridici”<sup>[73]</sup> per applicare al caso concreto le nozioni di “buon costume” o “ordine pubblico”, il contenuto delle loro decisioni può venire smentito in seconda battuta dai giudici che ne evidenziano le lacune (logiche) o gli errori<sup>[74]</sup>. Ciò è stato ben dimostrato nella causa *Constantin Film*. Le possibilità di messa in discussione sono maggiori se l’argomentare che ha portato alla decisione difetta di una valutazione proporzionale dei vari interessi e diritti in gioco, tra cui quelli dei “terzi”. Tale ipotesi suscita interrogativi controversi anche perché le commissioni di ricorso tendono ad essere assimilate sempre di più a dei “tribunali specializzati”<sup>[75]</sup>. Stando a quanto previsto dall’art. 58-*bis* dello Statuto della Corte di giustizia, esse possono adottare atti sottraibili allo scrutinio della Corte, a meno che non sia dimostrato che il ricorso rivesta particolare importanza per l’unità, la coerenza e lo sviluppo del diritto dell’Unione<sup>[76]</sup>.

Non da ultimo, è un dato non trascurabile il fatto che il «diritto del marchio» rappresenti un diritto che trasversalmente tocca diversi aspetti, dai rapporti tra privati per ragioni legate alla competizione nel mercato (quindi anche i diritti del “terzo”), ai problemi di tutela della proprietà intellettuale nell’era digitale, fino alla garanzia dei diritti fondamentali.

1. Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell’Unione europea. Tale Regolamento codifica le varie integrazioni e modifiche del precedente Regolamento (CE) n. 207/2009.
2. È il caso delle «*indicazioni di provenienza o denominazioni d’origine*» della Convenzione di Parigi dal 1867, volte a proteggere il consumatore attraverso il riconoscimento “ufficiale” della qualità del prodotto. Tali procedure vedono coinvolte le autorità nazionali

- che poi trasmettono la domanda alla Commissione per la decisione finale.
3. Per uno sguardo complessivo sulla proprietà intellettuale (considerando anche le questioni di attualità legate alle responsabilità delle piattaforme online in caso di violazioni) L. Bently, D. Sherman, D. Gangjee, *Intellectual Property Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2018.
  4. Convenzione di Berna – art. 2.
  5. Regolamento (UE) n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2012 relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell’istituzione di una tutela brevettuale unitaria.
  6. Si tratta della Convenzione sul Brevetto Europeo, firmata a Monaco di Baviera il 5 ottobre 1973; essa vede attualmente 38 Stati contraenti.
  7. L’ *Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale* (EUIPO), fondato nel 1994 e conosciuto fino a marzo 2016 come UAMI, ha sede ad Alicante, e si occupa della registrazione di marchi, design e modelli a livello europeo.
  8. Direttiva (UE) 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’8 giugno 2016 sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l’acquisizione, l’utilizzo e la divulgazione illeciti.
  9. Si segnala una sorta di Babele linguistica sui nomi delle divisioni e delle procedure di EUIPO: nel testo italiano del Regolamento 1001/2017, all’art. 109, si utilizza il termine «*decisione di annullamento*» per comprendere le procedure di nullità assoluta e relativa (ricordando che per il diritto europeo non vale la distinzione tra annullabilità e nullità tipica del diritto amministrativo italiano). Il testo inglese utilizza invece l’espressione «*proceedings for a declaration of invalidity*». Il testo francese utilizza, invece, «*procédure de nullité*». La “decisione sul caso *Banky*”, che appunto dichiara la nullità del marchio, è poi assunta dalla «*Cancellation Division*» (che equivale alla «divisione annullamento» in italiano e alla «*division d’annulation*» nel testo francese -ex art. 109 c.3-).
  10. ora art. 59 del Regolamento 1001/2017.
  11. Tribunale (Sesta Sezione), Sentenza del 24 gennaio 2018, T- 69/17 *Constantin Film*, ECLI:EU:T:2018:27.
  12. Entro due mesi dalla ricezione della decisione di EUIPO sul marchio possono essere proposti ricorsi in sede amministrativa di riesame delle decisioni: si tratta delle procedure di opposizione (art. 46), decadenza (58) o nullità (59-60). Si segnala che la procedura di opposizione differisce rispetto alla decadenza e alla nullità perché può portare ad un rigetto della domanda di registrazione, dunque di una decisione relativa all’ «*attribuzione del diritto alla registrazione del marchio*». Nei casi di decadenza e nullità si tratta piuttosto di una valutazione della registrazione alla luce della situazione fattuale di riferimento. Per approfondimenti su tali strumenti di revisione interna P. Chirulli, L. De Lucia, *Rimedi Amministrativi Ed Esecuzione Diretta Del Diritto Europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 49; N. La Femina, *Rimedi amministrativi e tecniche alternative di risoluzione delle controversie nell’ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, n. 5, pp. 1409-1435.

13. Nella sentenza *Meroni* (Corte di giustizia, sentenza 13 giugno 1958, Causa 9-56, *Meroni & Co., c. l'Alta Autorità*, ECLI:EU:C:1958:7) la Corte di giustizia ha affermato che la delega di potere non può mai eccedere i limiti dei poteri affidati dai Trattati al soggetto delegante e che un potere comprendente un ampio margine di discrezionalità non può essere mai delegato senza limiti poiché implicherebbe anche il trasferimento delle responsabilità verso il soggetto che riceve la delega. C. Harlow, R. Rawlings, *Process and Procedure in EU Administration*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 32 (traduzione dall'inglese dell'autore).
14. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza della Corte del 27 febbraio 2020, C- 240/18P *Constantin Film*, ECLI:EU:C:2020:118, p.to 42.
15. EUIPO, Decisione N.33 843 C, 14 settembre 2020, rinvenibile ad [www.euipo.europa.eu](http://www.euipo.europa.eu)
16. Art. 63 Regolamento 1001/2017.
17. Art. 60 Regolamento 1001/2017.
18. *Ex pluribus*, E. Ferrero, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2014, n. 3, p. 759-790; D. De Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, n. 12, pp. 1179-1183.
19. Corte di giustizia (quinta sezione), sentenza del 26 giugno 2013, C-320/12 *Malaysia Dairy*, ECLI:EU:C:2013:435, p.to 29.
20. Già presente all'art. 52 del Regolamento 207/2009.
21. Nei casi qui esposti si nota come sia le commissioni di ricorso, sia i giudici che sono chiamati a sindacare la legittimità delle decisioni frutto di una scelta amministrativa debbano svolgere un'interpretazione della norma che implica anche un'integrazione valutativa della clausola generale contenuta nella norma europea. Sul punto M. Giavazzi, *Il processo amministrativo nella prospettiva europea*, in D. U. Galetta (cura di), *Diritto amministrativo nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli 2020, p. 187.
22. AG Sharpston, Conclusioni 12 marzo 2009, C-529/07 *Chocoladefabriken Lindt*, ECLI:EU:C:2009:148, p.to 60
23. Sul punto, J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 626.
24. Corte di giustizia (Prima Sezione), sentenza dell'11 giugno 2009, C-529/07 *Chocoladefabriken Lindt*, ECLI:EU:C:2009:361, p.to 42.
25. Per una panoramica sul copyright nella prospettiva europea e statunitense, J. C. Ginsburg, *Overview of Copyright Law, (July 1, 2016). Forthcoming, Oxford Handbook of Intellectual Property*, Rochelle Dreyfuss & Justine Pila, Eds., *Columbia Public Law Research Paper No. 14-518, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2811179>*
26. Art. 1, par. 1 Direttiva 2006/116/CE.
27. Art. 1, par. 3
28. EUIPO, Decisione N.33 843 C, p. 9.
29. *Ivi*, p. 3.
30. *Banksy* ha quindi dato il suo consenso alla copia delle sue immagini, come avviene per un

- qualsiasi detentore dei diritti di un'opera artistica: «*He also allows the general public to download and use his images, but not for a commercial purpose, although the proprietor denied this in its arguments, the website extracts show that Banksy did allow this practice*», ivi, p. 9. Sull'uso legittimo e sul carattere transitorio della riproduzione cfr. art. 5, lett. b) della Direttiva 2001/29/CE e Corte di giustizia (Quarta Sezione), sentenza del 16 luglio 2009, C-5/08 *Infopaq*, ECLI:EU:C:2009:465.
31. L'onere di provare l'uso genuino ed effettivo del marchio incombe esclusivamente ed interamente sul titolare del marchio cfr., S. Giudici, *La prova dell'uso del marchio: il marchio "Big Mac" è decaduto per non uso?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2019, n. 1, 53-56.
  32. C-529/07 *Chocoladefabriken Lindt*, p.to 40. In tale contenzioso il fatto di voler registrare il marchio con l'idea di impedire ad un "terzo" di utilizzarlo non può essere giustificata con l'intenzione di garantire al consumatore l'identità di origine del prodotto. Sul ruolo del consumatore, *infra*, nota 65.
  33. Corte di giustizia, sentenza 29 gennaio 2020, C-371/18, *Sky*, ECLI:EU:C:2020:45 p.to 81.
  34. «*l'intenzione del richiedente al momento pertinente è un elemento soggettivo che deve essere determinato con riferimento alle circostanze oggettive del caso di specie*», C-529/07 *Chocoladefabriken Lindt*, p.to 42.
  35. Considerando 3, Regolamento 1001/2017.
  36. La "divisione annullamento" rileva che «*The registration of the trademarks avoids evidential burdens relating to allegations of copyright infringement and relating to the acquisition of registered trademarks in the United States of America. There has been a pattern of registering (or applying to register) established works of Banksy as EU trademarks and register the corresponding mark in the US as a trade mark claiming the EU rights as basis for obtaining registration*», EUIPO, Decisione N.33 843 C, p. 3. *Banksy* ha, infatti, commercializzato i beni e i servizi specifici per i quali ha ottenuto la registrazione non utilizzando mai come marchio nessuna delle immagini per le quali è stata richiesta, a loro volta, la registrazione, compreso il marchio del "*Flower Thrower*". Anche tali registrazioni potrebbero ipoteticamente essere oggetto di ricorsi in futuro.
  37. Sulle differenze e analogie tra *copyright* nel diritto statunitense e europeo si rimanda *supra* alla nota n. 26.
  38. Sul punto si deve precisare come tale articolo della Carta abbia «*significato e portata identici*» alle norme corrispondenti della CEDU, cfr., I. Anrò, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, 2020, n.19, p. 115.
  39. F. Rotolo, *Diritto alla vita privata e tutela della proprietà intellettuale: un bilanciamento ponderato tra gli interessi in gioco*, in *MediaLaws*, 2019, n.1, p. 264.
  40. E. Chiti, *An Important Part of the EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, p. 1404.
  41. Si segnala che le commissioni di ricorso nel quadro regolatorio della proprietà intellettuale sono presenti anche in EPO per risolvere controversie sui brevetti. Si tratta di *Enlarged*

## CERIDAP

- Board of Appeal, Legal Board of Appeal e 28 Technical Boards of Appeal* che operano a Monaco di Baviera. Si occupano dei ricorsi presentati contro le decisioni prese dai dipartimenti di prima istanza di EPO (*Receiving Section, Examining Division, Opposition Division, Legal Division*), durante e successivamente la procedura di concessione del brevetto. Le analogie con EUIPO, anche solo a livello terminologico, sono evidenti.
42. Talvolta la riforma da parte della commissione avviene direttamente in sostituzione all'organo che ha emanato il provvedimento oppure viene a tale organo rinviato; quest'ultimo sarà comunque obbligato a tenere conto del giudizio formulato nell'atto di rinvio: cfr., A. Cassatella, *Procedimenti amministrativi europei: il caso del marchio comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, n. 3-4, p. 861.
  43. AG Bot, Conclusioni 28 novembre 2013, causa C-530/12P, *UAMI c. National Lottery Commission*, ECLI:EU:C:2014:186, p.to 93.
  44. Sulle commissioni di ricorso in generale cfr., L. De Lucia, P. Chirulli, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5, 2015, pp. 1305-1347; G. Greco, *Rapporti (sostanziali e processuali) dell'EUIPO con le proprie commissioni di ricorso*, in *Eurojus.it*, 2019, n. 4, pp. 143-144.
  45. P. Chirulli, L. De Lucia, *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo*, cit., p. 1313. Nel caso di EUIPO, inoltre, si aggiunge anche la possibilità per le parti di seguire la strada della mediazione.
  46. Tribunale (Sesta Sezione), Sentenza del 24 gennaio 2018, T- 69/17 *Constantin Film*, ECLI:EU:T:2018:277
  47. C-240/18 P *Constantin Film*, p.to 48.
  48. Ivi, p.to 68.
  49. Ivi, p.ti 40 e 43.
  50. p.ti 50 e 60.
  51. ora art. 95 Regolamento 1001/2017.
  52. Art. 27, Regolamento delegato (UE) 2018/625 della Commissione, del 5 marzo 2018, che integra il regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio sul marchio dell'Unione europea e abroga il Regolamento delegato (UE) 2017/1430.
  53. Tribunale (Quarta Sezione), sentenza del 20 settembre 2011, T-232/10 *Couture Tech Ltd*, ECLI:EU:T:2011:498 p.to 50.
  54. AG Bobek, Conclusioni 2 luglio 2019, C-240/18 P *Constantin Film*, p.to 64.
  55. Tribunale (Nona Sezione), sentenza del 15 marzo 2018, T-1/17 *La Mafia Franchises*, ECLI:EU:T:2018:146
  56. Cfr. art 4 TUE in cui si afferma come l'Unione «[...]Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale».
  57. Conclusioni C-240/18 P *Constantin Film*, p.to 78.
  58. Per l'art. 11 della CDUE vale quanto precisato *supra* alla nota 38.
  59. Art. 10 CEDU- «*The right shall include freedom to hold opinions and to receive and*



*impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers».*

60. *Vainai c. Ungheria*, 33629/06 dell'08 luglio 2008, p.to 47. Cfr., J. Ziller, *Liberté d'expression, une perspective de droit comparée – Conseil de l'Europe*, in *Etude*, EPRS du Parlement européen, ottobre 2019, in particolare pp. 5-16 e giurisprudenza *ivi* citata.
61. Vale a dire che agli Stati nazionali è lasciato un margine di apprezzamento rispetto alla possibilità di limitare la libertà di espressione su cui comunque la Corte di Strasburgo opera un controllo di proporzionalità. Cfr. *Goodwin c. Regno Unito*, 17488/90 del 27 marzo 1996, p.to 39.
62. Sul ruolo del “terzo” si rimanda a J. Ziller, *Protecting Third Parties to Eu Administrative Procedures: Rules in Adjudication and Institutional Design*, in R.L. Weaver, D. Fairgrieve, S.I. Friedland (eds.) *Administrative Law, Administrative Structures and Administrative Decisionmaking: Comparative Perspectives*, Carolina Academic Press, North Carolina, 2018, pp. 47-54; A. Monica, *I “terzi” e l'attività di valutazione tecnico-scientifica*, Torino Giappichelli, 2020, pp. 97-100.
63. J. Ziller, *Conclusioni*, in N. Bassi, J. Ziller (a cura di), *La formazione procedimentale della conoscenza scientifica ufficiale: il caso dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA)*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 167.
64. Sulla partecipazione del consumatore ai procedimenti in quanto “terzo” cfr., A. Monica, *I “terzi” e l'attività di valutazione tecnico-scientifica*, cit., pp. 115-119.
65. *Case R 1332/2005-4, Decision of the Fourth Board of Appeal of 11 June 2008*, in cui si contesta la mancanza del «carattere distintivo del marchio» della forma tridimensionale del coniglietto *Lindt* per tutti i paesi UE. A tal proposito la commissione di ricorso rileva che: «*this (...) gives these economic operators a considerable incentive to distinguish their goods from those of the competition in particular by their appearance and the design of their packaging, in order to attract the attention of consumers. Accordingly, it must be assumed that the average consumer is entirely capable of recognising the shape of the packaging of these products as an indication of their trade origin, inasmuch as this shape has sufficient characteristics to attract their attention*», p.to 34.
66. Art. 45 Regolamento UE 1001/2017.
67. Cfr., Corte di giustizia (Quinta sezione), sentenza del 21 gennaio 1999, C-120/97, *Upjohn Ltd*, ECLI:EU:C:1999:14, p.to 34.
68. Per approfondimenti sul sindacato del giudice europeo in caso di esercizio di competenze tecniche si rimanda alla sentenza T-13/99 *Pfizer*, 11 settembre 2002, ECLI:EU:T:2002:209.
69. Per un tentativo di distinzione nel diritto europeo tra attività pienamente discrezionale o vincolata dai fatti cfr., A. Monica, *I “terzi” e l'attività di valutazione tecnico-scientifica*, cit., pp. 78-79.
70. Per qualche informazione sul punto, V. Debernardi, *The EUIPO's approach to 'Covid-19' trade mark applications*, 03 dicembre 2020, Maastricht University Blog, <https://www.maastrichtuniversity.nl/blog/2020/12/euipo%E2%80%99s-approach-%E2%80%99>

- 80%98covid-19%E2%80%99-trade-mark-applications
71. «Le decisioni che le commissioni di ricorso dell'EU IPO devono adottare, in forza del regolamento 207/2009, relativamente alla registrazione di un segno come marchio dell'Unione europea, rientrano nell'esercizio di una competenza vincolata e non di un potere discrezionale», T-1/17, *La Mafia Franchises*, cit., p.to 49.
  72. L. De Lucia rileva come in materia di marchi, seppure ai sensi dell'art. 65, c.2 del Regolamento 207/09 la Corte possa riformare la determinazione contestata, il giudice interpreti in modo limitativo tale possibilità nella prassi, cfr., *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 2, p. 345.
  73. S. Piva, *Concetti giuridici indeterminati, sindacato del Giudice amministrativo e principi CEDU*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 4, p. 3. L'autrice sostiene anche che: «La sinergia maggiore tra diritto e tecnica si vede proprio a proposito dei concetti giuridici indeterminati, dal momento che la discrezionalità tecnica è la chiave di volta per affrontare i rapporti tra diritto e mercato, in quanto, da una parte, si ha l'esigenza di salvaguardare le regole relative alla libertà del mercato e, dall'altra, l'esigenza di eliminare le distorsioni dello stesso», p. 2.
  74. Cfr. Tribunale (Quinta Sezione), sentenza dell'8 maggio 2018, T-283/15 *Esso Raffinage*, ECLI:EU:T:2018:263, p.ti 46 e 47.
  75. Sul punto, si rimanda a L. De Lucia, *L'evoluzione della tutela dei diritti nei confronti delle agenzie europee. A proposito della recente modifica dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3-4, 2020, pp. 335-356; J. Alberti, *A new era for EU Agencies' Boards of Appeal? A Preliminary Assessment of the Recent Reform of CJEU's Statute and its Implication on EU Administrative Adjudication*, in G. Della Cananea, M. De Bellis, M. Conticelli, *EU Executive Governance: Agencies and Procedures*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 204-232.
  76. La *ratio* di tale previsione è quella di ridurre il contenzioso davanti alla Corte, proprio in virtù di ciò la dimostrazione della cogente necessità di appellarsi è subordinata ad un'esigenza rilevante. Cfr. A. Monica, *I "terzi" e l'attività di valutazione tecnico-scientifica*, cit., p. 150-151.

# Brexit: challenges and opportunities in the EU-UK environmental law & policy framework

*Giuseppe Poderati*

*La Brexit rappresenta un cambiamento rilevante nel quadro giuridico e politico delle relazioni UE-Regno Unito. Le attuali normative sulla sicurezza alimentare e idrica, nonché quelle riguardanti gli standards di valutazione di impatto sull'ambiente, potrebbero essere messe in pericolo. Questo contributo considera la Brexit non solo come una mera "rottura" negativa del sistema al fine di abbassare gli standards ambientali stabiliti. Infatti, si mette in evidenza che i potenziali rischi ambientali posti dalla Brexit potrebbero essere mitigati applicando il principio di non regressione, e contemporaneamente le istituzioni possono andare avanti adottando strumenti giuridici e azioni politiche più in linea con l'ecologia, tra l'altro creando una nuova governance ambientale e mantenendo un livello alto di cooperazione con l'UE.*

## **1. Introduction**

Many centuries ago, Confucius firmly asserted: «*study the past, if you would define the future*». <sup>[1]</sup> Promptly agreeing with this important statement, the current world state of affairs can be better understood by looking at the past historical events as our best teacher in order to avoid mistakes that the progress of humanity sometimes implied in so far doing. However, delivering reasonable predictions of what will happen next in today's world after Brexit is not the scope of this paper. Instead of, this paper analyses why current existing legal and political environmental standards could be considered at risk within the new framework of EU-UK regulatory relations. With this purpose, **Section I** briefly outlined a historical excursus of the European integration process. This process could be described as a sort of a roller coaster path not only characterized by failures or slowdowns crisis but also by the achievement of successful milestones

towards a full political European integration. Simultaneously to the process of integration, it was a great environmental normative development. Furthermore, despite the existence of the new Trade and Cooperation Agreement (TCA) 2020 between EU and UK, **Section II** shows what were the potential and suitable as well as considered cooperation patterns that could be adopted by the stipulating parties, highlighting what would be the best potential model under the lenses of environmental protection. Particularly, this section also tries to answer the interrogative of whether the UK could contribute to creating a new system of bilateral sectoral relations. Then, **Section III** offers an initial environmental assessment of the Trade and Cooperation agreement. Subsequently, **Section IV** demonstrates the latent risk of domestic deregulation – after Brexit – in the environmental legal regime by also recalling the not so positive previous cases of air pollution and soil directive framework. This section focuses on critical areas such as (i) water, (ii) air pollution, (iii) environmental permitting system, (iv) EIA and (vi) soil. Of note, one could make the case of possible significant changes in the agricultural and fisheries policy, food and water security standards, and implementation of the obligation to carry out an environmental impact assessment for projects and activities in the UK.

Conversely, **Section V** puts the light on the Brexit as a paradoxical opportunity for the UK to improve and innovate its environmental set of rules by means of (i) new domestic green governance institutions, (ii) approval of laws and regulations on the adoption of best available technologies and artificial intelligence. Significantly, **Section VI** refers to international law and the importance of the principle of non-regression as a way to mitigate the risk of deregulation in the above-mentioned environmental areas. However, one ought to note that the realization of a so-called *Green Brexit* heavily relies on the political will of the British public institutions, which, most probably, are going to be called to establish a proper set of laws and measures not necessarily harmonized with the European legal and political context. **Section VII** provides with the final remarks.

## 2. The European integration process: historical excursus

### **and environmental normative development.**

The European Communities and the United Kingdom *environmental policy* was really conceived in 1973, after the integration of a good number of European States in the Communities. It is relevant to note in our present context – among these new Member States – the membership of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (UK). At that time, it was paved the road for the making of a common market area (i) pulling down the economic custom barriers, (ii) increasing the freedom of circulation of workers, and exchange of goods and services, (iii) drawing the beginning of the common agricultural and commercial policies.<sup>[2]</sup>

The **Single European Act (SEA) 1986** entered into force, marking the beginning of the environmental *normative development*. The European Community actively worked on different grounds, such as energy (other than nuclear), transport, telecommunication, and **environmental protection**. Of note, with reference to the latter ground, Article 130 - R of the *SEA* states that: «*The action [of the EEC] in what concerns the environment has the following objectives: (i) preserve, protect and improve the quality of the environment, (ii) contribute to the protection of the health of people, (iii) assure a prudent and rational use of the natural resources*». <sup>[3]</sup> Thus, the EEC well considered the intersection between environmental protection and human security, inviting its Member States to increase the related living standards within their own domestic legislation. This was incredibly important to advance environmental protection at the regional and national as well as *strictu sensu* at the European level.<sup>[4]</sup> Although already in 1973 there was a successful publication of the **1<sup>st</sup> Environmental Action Program**<sup>[5]</sup> by the Commission, it is an opinion of the writer that only after the stipulation of the *SEA*, environmental protection started being considered as an important component of the political action and program set by the European institutions besides the achievement of economic objectives. It is worth pushing this point a step further, stating that with the *SEA*, the environmental normative development becomes a parallel track to the progressive advancement of the integration process; basically, they move forward together.

In the current *parlance*, the **Treaty of Maastricht 1992** assumes fundamental

importance. This treaty is literally a historical turning point within the European integration process.<sup>[6]</sup> Besides that, the fact that this treaty created a mere obligation upon the European Union to protect the environment should be here emphasized. As a general rule, Article 2 plainly states that: «*The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing the common policies or activities ... to promote throughout the Community a harmonious and balanced development of economic activities, **sustainable and non-inflationary growth respecting the environment**, a high degree of convergence of economic performance, a high level of employment and of social protection, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States*».<sup>[7]</sup> Member States like the UK got deeply influenced by the EU law. Thus considered, the Treaty of Maastricht embodied both the concept of sustainable economic development and several principles of international environmental law, namely (i) prevention principle; (ii) polluter pays principle, (iii) precautionary principle.<sup>[8]</sup> This brings up to another critical point within environmental protection. In particular, the Treaty of Maastricht established the principle of subsidiarity by which the EU's action could complement some ineffective domestic legislation, for example, with reference to national plans, specific laws on air pollution, water security, food security, and so forth. Thus, the European integration process<sup>[9]</sup>, in this particular phase, was characterized by a normative development focused on the elaboration of an integrated model of policies and laws able to consider both the principles of precaution and subsidiarity. As such, it is possible to think about it as a consistent legal innovation added to the EU system. Subsequently, without the specific purpose of leveling up the integration among EU Member States, the **Treaty of Amsterdam**, entered into force in 1999, introduced mechanisms of enhanced cooperation in some matters as well as it established the duty to integrate environmental protection into all EU sectoral policies with the unambiguous intent of promoting sustainable development<sup>[10]</sup> considering the principles of (i) the high level of environmental protection<sup>[11]</sup> and (ii) the integration of environmental requirements into other Community policies.<sup>[12]</sup> Notably, Article 100a (4) confers the possibility of adopting more stringent national environmental measures; interestingly, this has been considered by some

Scandinavian scholars as a sort of “environmental guarantee”.<sup>[13]</sup> Definitely, the implementation of stringent measures would contribute to creating a healthy environment. By way of illustration, it is sufficient to mention that – within this broad historical excursus – the **Treaty of Nice 2002** and the **Convention on the Future of Europe** had, despite some critics, the primary purposes of facilitating the realization of the enlargement of the EU.<sup>[14]</sup>

The **Treaty of Lisbon**, entered into force in 2009, represents another significant progressive move of the integration process. The Preamble of this treaty significantly expresses the commitment of the EU «*to complete the process started by the Treaty of Amsterdam [1997] and by the Treaty of Nice [2001] with a view to enhancing the efficiency and democratic legitimacy of the Union and to improving the coherence of its action*». <sup>[15]</sup> In holding this view, it assumes a functional status the recognition of the EU as a subject of international law. Technically speaking, the EU holds the legal personality that enables itself to sign international or multilateral agreements (assuming rights and obligations) and to participate as a sovereign member in international organizations. By doing so, the EU external action (with the Third Countries) is now strengthened and stabilized.<sup>[16]</sup>

It is important to remember here that, despite an arguable opt-out<sup>[17]</sup> had by the UK and Poland (through the Protocol 30 of the Treaty), the **Charter of Fundamental Rights of the EU** is now acknowledged as a *hard* law by the provisions contained in the Treaty of Lisbon.<sup>[18]</sup> Of note, the UK distinguished itself as a “reluctant” or not an “easygoing” EU Member States defending and preferring the British way of conducting legal and political affairs. Not surprisingly, one could argue that the origin of Brexit might be rooted in that historical period of time. As to the specific content of this treaty, it is important to briefly highlight that the EU adopts and develops a holistic approach to environmental protection by making reference not only to the socio-economic but also to peace and security dimensions, and by considering sustainable development as a goal to be fully achieved through integrated policies and activities (e.g., in the field of fisheries and energy).<sup>[19]</sup>

From a legal standpoint, an important novelty was added to the treaty. In particular, it is successfully bordered the legal exclusive and shared competences of the EU besides those actions implemented «*to support and coordinate or*

*supplement the action of the Member States, without thereby superseding their competence in these areas».*<sup>[20]</sup>

Certain concrete suggestions about the last observation would seem logically to arise within the sphere of environmental law of the Union. First and foremost, the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy is an exclusive competence of the Union. Secondly, there is a set of shared competences in different fields, such as (i) environment<sup>[21]</sup>; (ii) agriculture and fisheries<sup>[22]</sup> (obviously excluding the conservation of marine biological resources), and (iii) energy.<sup>[23]</sup> These distinctions should not be taken too rigidly; however, it is quite important to have them established to pursue a high level of environmental protection for developing a set of consistent laws and policies, for instance, focusing on the spreading of renewable energies and combating climate change.

To reconcile these whole set of considerations made so far, it should be said at once that, after all, the *sui generis* organization of EU – through its complicated and slow process of integration – was able to elaborate the most advanced and “brave” normative in the theme of environmental law and policy. Nowadays, after the Brexit referendum and the reached agreement, the EU integration process is experiencing a chaotic moment or better to say another challenge in its path. Chiefly, the impacts of Brexit are still unknown, except for the Euroscepticism that has been produced – not accidentally – soon after the signature of the Treaty of Lisbon. The debate on the deepening of the Union political integration is open like never before.

### **3. Looking back and forward: what models of cooperation between the UK and the EU have been or are still in consideration for a higher level of environmental protection?**

Analyzing Brexit implications implies the study of a number of factors related to history, economy, politics and law. Around November 2020, one could only affirm with a high degree of certainty that «*whatever happens, the relationships between the UK and the EU and its member states will continue to be regulated by international law - treaty and customary law as well as general principles of*



*international law - and submitted to the governance and dispute resolution mechanisms of international law».*<sup>[24]</sup>

From an institutional standpoint, it is assertable now that the UK is not willing to adopt a so-called “**Norway Model**” with a future enlargement of the membership of the European Economic Area (EEA) and the European Free Trade Association (EFTA). In fact, although by adhering to this model the UK could have almost full access to the EU common market benefiting of the four freedoms (regarding the movement of goods, services, people and capital) and without jeopardizing closer cooperation in fields like environment,<sup>[25]</sup> one could say that UK is not interested in it because this model follows the principle of *integration without representation*. This would create a situation where the UK could become a great *norm taker*. As a matter of fact, Norway, by carrying out the *two-pillar structure* incorporation procedure<sup>[26]</sup> plainly outlined in the EEA Agreement, incorporated almost 75% of EU law.<sup>[27]</sup> This is an important legal and political aspect of the *constructive* Norway model. Many of these are sectoral laws related to climate change, energy, and chemical management; plus, framework and strategy directives on water and marine. With a particular focus on climate change, the UK, following this model, could establish a strong cooperation with the EU. And yet, chiefly, the UK could be in favor of the EU Emissions Trading System (EU ETS), sharing EU targets for renewable energy, energy efficiency, energy savings, and regulations of the environmental performance of various products as Norway does.<sup>[28]</sup>

In somewhat simplistic terms, a UK membership in the EEA and EFTA would significantly help to reduce the impact of the Brexit on EU environmental law and policy.<sup>[29]</sup> Notably, the EU institutions have taken the lead in conducting environmental affairs even on behalf of the EEA members (namely, Liechtenstein, Norway, and Iceland). One further observation of a general character must be made here. In order to have a better understanding of the importance of the environmental protection in the **EEA context**, it is necessary to methodically recall **Article 73 paragraphs 1 and 2 of the Agreement** that declares: «*Action by the Contracting Parties relating to the environment shall have the following objectives: (a) to preserve, protect and improve the quality of the environment; (b) to contribute towards protecting human health; (c) to ensure a prudent and rational utilization of natural resources. 2. Action by the Contracting*

*Parties relating to the environment shall be based on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source, and that the polluter should pay. Environmental protection requirements shall be a component of the Contracting Parties' other policies».*<sup>[30]</sup> Of note, the EEA Agreement does not apply *inter alia* to «*Common Agriculture and Fisheries Policies (although the Agreement contains provisions on various aspects of trade in agricultural and fish products)* »<sup>[31]</sup>; these are specifically regulated through bilateral agreements. Additionally, one ought to note that the UK would not incorporate the Birds Directive, the Habitats Directive and activate the Natura 2000 network of protected areas simply because there are no provisions on nature management and conservation in the EEA agreement. However, as long as the EEA considers environmental protection as a priority, the adoption of the model in the current parlance would at least mitigate or abundantly avoid the risk of deregulation in the UK environmental law and policy. This argument is also supported by some eminent scholars that have firmly emphasized the EEA membership in order to keep a good amount of EU law applicable in the UK.<sup>[32]</sup> Anyway, at the time of writing, the *Brexiters*, including the current Prime Minister Boris Johnson, consider the Norway model a *bad deal*; a strongly disadvantageous agreement for the United Kingdom that is looking «*for taking its sovereignty back*».<sup>[33]</sup>

Undoubtedly, for the *Brexiters* staying in the European framework by way of the single market would limit British sovereignty. As the Member States vetoed *cherry picking* (the power to adopt or restrict the fundamental freedoms of the single market), access to the EEA would prevent the United Kingdom from setting constraints on the free movement of EU citizens, one of the strong points of Brexit supporters. Also, Theresa May, the Former Prime Minister, invited the EU to be *creative* and not to resort to pre-established models, such as the “Norway model” or the “**Canada model**”<sup>[34]</sup> (referring here to the 2017 Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) stipulated between Canada and the EU).<sup>[35]</sup> Some words should be spent on the latter mentioned model. To some extent, it seems justified to argue that the Parties, particularly the UK, considered the adoption of the CETA model, in which the environment, climate and health are not contemplated as an urgent priority. There is a room for some arguments here. First and foremost, although it is true that CETA is by

itself qualified as a comprehensive agreement (setting provisions to pull down economic barriers in several trade and non-trade areas), this new-generation type of bilateral free trade agreement could be more effective in establishing not just general but specific rules and commitments in areas related to the environment and human security (e.g., climate and health).<sup>[36]</sup> The UK would have been bound to an agreement where environmental protection and sustainable development are general goals without any explicit obligations to be carried out. Secondly, the UK would be subject to an agreement where, in the area of sustainable development for agriculture (e.g., biotechnology, GMOs, and field crops), the legal standards on the use of pesticides and food quality are lower than the current European ones. Finally and above all, the UK would be operating in a legal framework characterized by: (i) no limit to the rise of CO<sub>2</sub> emissions due to aviation and shipping activities and trade in fossil fuel; and (ii) no provisions, for instance, with reference to low carbon economy or zero waste economy to fight climate change. Needless to say, CETA does not look like the most adequate model to be followed by the UK having regards to environmental related issues.

To varying degrees within the Brexit context, the **Swiss model** was considered in order to maintain a quasi-interlocked and more integrated EU-UK regulatory relation. This model is based on the Swiss membership to the EFTA and a series of very interesting bilateral legal arrangements with the EU inherent also to the sphere of environmental protection. In this sphere, the UK would have gotten the chance to dynamically participate in the programs and actions of the European Environmental Agency. This entity carries out environmental information activities gathering significant data and empirical analysis through an Information and Observation Network called EIONET and advising the EU Commission on environmental policy. Formally speaking, the UK would have been in the position to establish a closer cooperation with the EU undertaking transnational environmental issues through a pivotal system of an exchange of information with neighboring countries and participating in common initiatives focusing on the realization of research activities with reference to several areas, namely: (i) soil contamination; (ii) biodiversity; (iii) greenhouse gas emission trading scheme; (iv) air pollution; (v) ecolabel and resource efficiency; (vi) environmental permitting. It is an opinion of the writer that, with the Swiss model grounded on the principle *integration without membership*<sup>[37]</sup>, the UK

would have been probably able to orient itself towards the creation and protection of a healthy environment. It must be stressed that the UK could either incorporate much of the EU environmental laws and also, freely, adopt more stringent environmental measures in areas not yet covered by the EU law; or conversely, it would have the option of not taking into account the acceptance of environmental legislations. Thus considered, this model would be able to safeguard British sovereignty. Although the Brexiters are working on a new model, it would not be remote the chance for the UK to embrace the Swiss model without compromising the current environmental standards.

#### **4. An environmental assessment of the UK-EU Trade and Cooperation Agreement 2020**

While in the reached agreement it is straightforwardly expressed the will to protect the sovereignty of the stipulating parties, at first glance and to some extent, this agreement appears to be like an attempt to strike a balance between the right to regulate for achieving self-reliantly legitimate policy goals (such as a clean environment) in their respective territories and the duty to keep a high level of environmental protection (including climate change).<sup>[38]</sup> Following Article 1.2 of the reached agreement, it is recognized the *precautionary principle*.<sup>[39]</sup> Meaning that the lack of scientific knowledge of a particular issue cannot affect the right and duty to adopt, maintain and enforce measures of safeguard and the established level of protection of the living environment.

Interestingly and pragmatically, this agreement has some provisions that focus on the promotion of a *large cross border or international cooperation projects* from which people can benefit at large.<sup>[40]</sup> Very welcome are projects that push toward the creation of a low carbon international society, particularly those projects stimulating and fostering the implementation and utilization of renewable energies whereas these are imperative for fighting climate change. Of note, energy and environmental subsidies will support the energy transition and decarbonization of emissions linked to their respective industrial activities without compromising the rules related to the level playing field for open and fair competition and sustainable development.<sup>[41]</sup> This will definitely help the achievement of an overall reduction in greenhouse gas emissions while keeping a

high level of energy efficiency.

Most importantly in our present context, Chapter 7 of the reached agreement is entitled “environment and climate.”<sup>[42]</sup> In accordance with Article 7.4, the parties, on the one hand, acknowledge their respective commitments to carry an environmental impact assessment ensuring the right of public participation for projects and activities; and yet, on the other hand, «*each Party commits to respecting the internationally recognized environmental principles... in particular: (a) the principle that environmental protection should be integrated into the making of policies, including through impact assessments; (b) the principle of preventative action to avert environmental damage; (c) the precautionary approach referred to in Article 1.2(2) [Right to regulate, precautionary approach and scientific and technical information]; (d) the principle that environmental damage should as a priority be rectified at source; and (e) the polluter pays principle*».<sup>[43]</sup> This is important to underline because it represents one of the reflections of the authoritative *principle of non-regression* (see below Section VI) to which the agreement seems to be committed through a regulatory convergence of the parties based on relevant international standards (e.g., in the field of airworthiness and environmental certification, motor vehicles). Thus considered, both Parties considered significant the multilateral action of the United Nations particularly, through the United Nations Environmental Program in order to tackle transnational environmental related issues.<sup>[44]</sup> This is an important aspect as we are living in a historical momentum in which, at times, protectionism and bilateralism seem to prevail over multilateralism.

## **5. Risks of domestic deregulation in environmental areas**

By way of illustration, it is important methodologically to start stating that the UK has undoubtedly – although no perfect – one of the most advanced legal systems in the world to protect the natural environment. On closer examination, the UK adopted different regulatory techniques, namely: (i) command and control; (ii) anticipatory control; (iii) continuing control; (iv) adaptive management. Through these relevant techniques aimed at the elaboration of primary, secondary, and tertiary environmental legislation, the UK is broadly able to keep itself in decent but not excellent ecological status – removing at least the

label of being *the dirty man of Europe*.<sup>[45]</sup> It is certainly possible to argue that after Brexit, the *British* approach to pollution control could be back. It has been pointed out by some scholars that this approach is a mix of pragmatism in combination with other factors like the need for more flexibility rather than uniform and centralized application of the laws and regulations imposing environmental standards – similar to the EU way of doing.<sup>[46]</sup> As a particular note, the environmental laws produced within the EU institutional framework and transposed in the UK domestic sphere are in large part uniformly interpreted without discrimination; while there are two centralized and decentralized administrative binaries due to the devolution of powers to local governments.<sup>[47]</sup> This is a key characteristic of the UK institutional system that provides devolved authorities with a good amount of discretion so far.

In the present context, Brexit could hide the latent risks of deregulation in some areas of different environmental legal regimes. Here as follows six areas have been identified.

*Observations on Water Legal regime:*

This institutional structure is also able to influence the implementation of the EU law domestically. For instance, in the case of the implementation of the **EU Bathing Water Directive (2006/7/EC)**, it was adopted a flexible approach to set standards for achieving good water quality allowing the UK to designate the bathing seasons in consideration of the diverse landscape of the country (having both inland and coastal bathing waters). After Brexit, the British institutions may pass new laws without the need to comply with EU law that could not be able to achieve the same positive outcome of this particular EU directive; apparently, once out from the EU, the UK Government will not have the duty to comply with any EU obligations.

*Town and Country Planning:*

The UK has elaborated on several sectoral laws that probably could result affected in the post Brexit period. In particular, the UK set of rules related to the *town and country planning* is greatly shaped by the EU law firmly centered on some important directives, notably: The Environmental Impact Assessment Directive 2011, the Strategic Environmental Assessment Directive 2001, and the Habitats Directive 1992. The domestic legislation in this area is based on the prevention principle disciplining anticipatory control on the development of

projects and activities to avoid environmental harm. The duty to carry out an EIA for the developer is the key feature of this sectoral law. It is important to underline here that the EIA is considered to be the most effective tool in protecting the natural environment and creating the ideal conditions for sustainable development. Unfortunately, at the same time, EIA is quite expensive also for UK operators in charge of it. Having regards to this latter aspect and with the political goal of stimulating economic growth, Brexit could be able to soften EIA obligation in two possible ways. Firstly, by eliminating the threshold that set EIA as a requirement to request licenses or permits (e.g., a construction permit in a certain territorial area and according to the type of project and activities to be developed). And secondly, by removing the requirement of demonstrating *«imperative reasons of overriding public importance indicated in the Habitats Directive»*.<sup>[48]</sup> In doing so, the EU obligations would not be a material consideration in planning decisions; especially in the case of a *hard* Brexit. Differently, if the UK would choose to adopt the Norway or Swiss model of cooperation with the EU, this deregulation could be easily avoided since the EU law would be still valid.

*Environmental Permitting:*

Furthermore, the UK *environmental permitting* system mirrors almost completely the EU one that is organized in a series of main directives.<sup>[49]</sup> It is the emblematic case in which the EU law profoundly shaped the UK law. For this reason, assessing the potential implication of Brexit in this area is really critical, and it is not an easy task. Basically, the regulatory relation could remain unchanged, or probably the UK would be more inclined to get the chance of setting up lax standards. Brexit will require a transitional period of time for the UK to stabilize its own environmental law while keeping a decent level of legal certainty.

*Air Quality:*

In our present context, peculiar importance has a reference to *air quality-related issues*. The UK domestic law is well outlined with several laws and regulations, one above all is the National Air Quality Plan 2007 that, by way of a regulatory listing technique, tries to control and impose limits of emissions of certain toxic chemical substances in the air. The UK also centered its action on the role played by the local authorities that, at the time of writing, still carry out assessment

activities verifying compliance with the EU law. Given that, it could be stated that, presumably the duty to comply with EU law in this environmental area can be easily bypassed after the advent of Brexit constituting a danger in safeguarding natural environment and human health and security.<sup>[50]</sup> Within the area of air quality enforcement rules, it appears to be well established the jurisprudence of the CJEU in relation to the UK environmental matters on air pollution. In particular, emblematic is the case *ClientEarth vs. Secretary of State for the Environment Food and Rural Affairs*<sup>[51]</sup> in 2015 in which the CJEU condemned the UK because of non-compliance with the European normative contained in the Air Quality Directive. The non-compliance was demonstrated through assessment activities, pointing out a violation of established limit values to protect human health (precisely, 95 percent of the examined areas were characterized by high concentration of toxic substances). The CJEU stated that this is a case of a direct breach of **Article 13** and **22** of the mentioned EU Directive. The UK government violated the specific obligation to take all necessary measures to secure the environment. Besides that, the CJEU obliged the UK to set a new air quality plan to undertake this dangerous situation. Subsequently, the UK presented a plan (supposed to be implemented by 2025) without referring to the European normative considered too strict and difficult to comply with for “practical difficulties.” Later, the CJEU newly condemned the UK government, affirming the duty to immediately set a quality plan (by July 2017) given the fact that a particular urgency characterized the situation in relation to the critical level of pollution. All in all, the CJEU’s judicial review, in so far doing, is crucial in creating a safe venue for the application of environmental quality standards within the legal systems of the Member States. Trying to assess the post-Brexit epoch, it is, at the moment, possible to assert that a large part of the Brexiteers negatively considers the series of mandatory orders issued by the CJEU; defining these as an overruling activity upon the British Parliament and national courts (with no legitimacy).<sup>[52]</sup> Thus considered, it is highly probable or better saying roughly certain that after Brexit judicial review made by CJEU in the UK, environmental matters will be absent. The implications of that would be catastrophic for maintaining or creating a healthy environment.<sup>[53]</sup> Pragmatically, the UK institutions could find excuses emphasizing, for instance, the point of practical difficulties to enforce



environmental quality standards; this argument leads (i) to a lack of action in taking necessary measures to protect the environment, and concurrently (ii) to a proliferation of environmental degradation.

*Soil Legal regime:*

To further understand the potential impacts that Brexit is likely to produce in the next years, it is worth elaborating on one observation on the *soil legal regime* too. It must be stressed that the EU adopted a Soil Thematic Strategy 2006, highlighting the need to have a high level of soil protection. Subsequently, in 2014, the EU withdrew the proposal of a Soil Framework Directive after the opposition of some Member States – among this the UK. Accordingly, «*a particular concern was a proposed requirement on landowners to provide a soil status report when selling land. Defra argued that this would be costly and could have liability implications, given that the UK and other member states had existing contaminated land regimes*». <sup>[54]</sup> This is another evidence about the intolerance that the UK has towards additional command and control regulation – farmers do not really like. <sup>[55]</sup> Brexit would likely encourage the UK to have its own “independent” soil legal regime (though this could be part of the negotiations in case of *soft* Brexit). And perhaps, the focus would be on the development of the agri-business sector linked to the use of new technologies. Eventually, the UK soil legal regime should have a section of relation with European countries as most of the environmental related issues have a considerable transnational character.

*Risks of Deregulation:*

As a theoretical model and discourse, *deregulation* is always around the corner in the UK policy that considers on the one hand cutting useless and time-consuming bureaucracy and reducing the amount of government regulations that somehow can interfere in business activities, whereas, on the other hand, it produces cost savings – in theory – moving towards better regulation. Unfortunately, it is important to note that in the UK, the government (in recent years) reduced its environmental control and inspection activities after having used deregulation as a mean to cut public expenditure. <sup>[56]</sup> Brexit could multiply this kind of situation unless DEFRA and Environment Agency have a more significant amount of financial resources. <sup>[57]</sup> It should be borne in mind the fact that in 2014, the Environmental Audit Committee created an environmental

scorecard to monitor and assess the government environmental policies in several selected areas. Unfortunately, the result was remarkably negative because many areas were considered “red risks” or “amber risks,” while none of them were evaluated as satisfactory.<sup>[58]</sup> On a totally different trend – meaning by adopting an additional regulation – the UK positively uses some other economic instruments for environmental ends subsidizing project development for renewable energies in the political framework of combatting climate change. Conversely, it is possible to consider a breach of EU state aid rules, the cutting of financial aids to the green energy sector while delivering subsidies, and other economic support to the oil and gas sector that happened in 2015.<sup>[59]</sup> In this scenario, Brexit is likely to worsen the environmental issues and energy package, and climate change safeguards in the UK within the long term unless a strategic political action would be taken in order to phase out these subsidies; all of that would represent a significant regression of current existing EU policy.<sup>[60]</sup>

The exit of the UK from the EU potentially could still result in a sort of deregulation of all binding established sets of domestic rules and multilateral environmental agreements so far stipulated; it depends always on the respect of the principle of non-regression (see below Section VI). In point of fact, environmental issues were not part of the political debate of the 2016 referendum. The White paper just mentioned a little bit about it. Environmental protection does not even appear on the twelve points established by the UK Government to start the negotiations with the EU. Unsuccessfully, the Parliament’s Environmental Audit Committee tried to work with the executive power organ to undertake environmental concerns. At the same time, public pressured political activities initiated by a number of Environmental Non-Governmental Organizations (ENGOS) were not enough to catalyze the attention of the main British political actors engaged in several harsh debates on other matters, such as the boundary issue between Northern Ireland and Ireland or even the Scottish political will to formally remain in the EU. Despite that, ENGOS were able to publish a *manifesto* asking the UK Government to set some environmental guarantees before leaving the EU.<sup>[61]</sup> At this time, there is still a high degree of uncertainty for the future and fear for the difficulties of possible incorporation or *internal nationalization* of the European environmental normative. Technical and legislative operations would leave a wide range of

discretion to those who suffer the current EU environmental safety and human security standards because of the economic slowness that, in certain circumstances, these produces. For these considerations, it is possible to argue that if Brexit succeeds, it might be a challenge to synchronize and, consequently, to reframe the UK and EU legal and political systems. Sincerely, this would not be an easy task, not even for a team of experienced or “seasoned” legal and political experts.

A number of commentators and scholars or even experts working in international organizations have the strong perception that the UK would be free to reform its environmental policy towards less ambitious goals by getting even distant from the actions and programs related to the achievement of the Sustainable Development Goals established by the United Nations to which it agreed with the EU.<sup>[62]</sup> This argument could be linked to the failure of the recent Environmental Bill to complete its passage through the Parliament. One of the main reasons for this no legislative progress it might be rooted in the attempt to establish the Office for Environmental Protection (OEP).<sup>[63]</sup> Basically, the UK Government tried to introduce this new institution providing it with several powers in order to ensure a high level of environmental protection. In particular, the OEP would have had primarily the powers (i) to scrutinize and advice public authorities’ environmental policies, (ii) to open investigation, and overall (iii) to refer the Courts about failures by public authorities to comply with environmental law.<sup>[64]</sup> However, if the OEP was supposed to replace the enforcement role of the EU Commission, this latter supposed assigned power can be easily criticized. In fact, while the EU can impose heavy sanctions on the Member States for violation of environmental safety standards, the OEP would have merely the command to report to the relevant Minister, and to activate, for instance the accessible environmental courts and tribunals<sup>[65]</sup> (established in England and Wales) for a judicial review. In such a way, it could not have the same *modus operandi* of the EU Commission that directly can punish the violators with economic fines.<sup>[66]</sup> Moreover, the OEP would have simply the function of an environmental watchdog attached to government, and financially funded by it. Thus considered, it is possible to agree with the majority of commentators underlining the need to have an effective OEP with definitely much greater independence.<sup>[67]</sup> This can be considered as an example of

deregulation in the sphere of enforcement for non-compliance with environmental laws.

It is crucial to underline that parallel to the above-mentioned risk of deregulation, there is one of environmental fragmentation nationwide. As it is commonly recognized, the UK has a constitutional framework dividing competences between the Central Government (located in Westminster London) and the Devolved Governments (of Scotland, Wales, and Northern Ireland); the latter ones can request the Central Government to have a higher degree of discretion on dealing with environmental matters. Thus characterized, before proceeding with the incorporation of the EU environmental law, it would make sense to redraw well the line establishing the division of competences between the Central and Devolved Governments bearing in mind the importance of the principles of subsidiarity, proportionality together with the principle of conferral. It would be fundamental to renegotiate and reframe the internal legal and political order also in the area of the environment. Additionally, there could be another see-through and realistic hypothesis here. In particular, after taking back the legislative powers exercised by the EU and restoring the centrality of the British Government, the UK could prefer to design just one central and uniform legislation in order to avoid any technical harmonization issues at the domestic level with the Devolved Governments.

## **6. The *paradox* of Brexit as an opportunity to innovate environmental law and governance**

Although Brexit could pose institutional and international normative challenges, it could be an opportunity to rethink and redesign environmental law and policy in Europe and, broadly, in the world at large inasmuch a new type of environmental governance could be created. This could be done by increasing the focus of environmental law and policy on implementation and enforcement as well as the effectiveness of its regulations (e.g., in replacing the EU Common Agricultural Policy or the EU Common Fisheries Policy). Thus considered, Brexit must not be seen just as a “breakdown” in system in order to lower the contemporary established environmental standards. Indeed, institutions could move forward, adopting greener legal instruments and political actions,

maintaining a high level of cooperation with the EU. Moreover, the need to create new environmental governance<sup>[68]</sup> is implied in the goals set up in the 25 Year Environmental Plan that UK Government published in 2018.

Moving from the implicit to the explicit, the *living* aspect of this plan is rooted in the ambitious goal to create a dynamic economy and to maximize its benefits without destroying the environment; indeed, having higher consideration of the natural capital and fight to climate change for the generation to come.<sup>[69]</sup> The existing legal and political instruments such as the UK's Climate Change Act (2008)<sup>[70]</sup>, the Clean Growth Strategy (2017)<sup>[71]</sup>, the National Adaptation Program (2018)<sup>[72]</sup> must be reinforced with new institutions able to create positive leadership to take more effective action solving contemporary problems. Here as follows, some ideas can be briefly sketched.

First and foremost, acting within a model of institutional network-based governance setting up an interdependent relation – obviously a nonhierarchical one – with the EU is fundamental as a large part of the environmental issues hold a strong transnational character. After Brexit, it will be still important to share common values and to achieve collective goals through cooperation with the EU. Thus, a new interinstitutional EU-UK body would facilitate communication and organization of common long-term flexible programs (with or without binding commitments).

Secondly, recognizing Brexit not only as external but also as an internal systemic change, a new domestic independent body would be useful to hold the UK Government accountable for its environmental law and policy (ensuring transparency and legitimacy too). In a way, it is possible to consider the attempt to create the above mentioned OEP. However, as already referred (and criticized above) the OEP must be financially independent and not attached to any public authority in order to be effective. In other words, it has to be able to work as the EU Commission did so far holding the power to impose high financial sanctions against the violators. Of note, the OEP would watch the application of the principle of non-regression (see the section below) in the context of post-Brexit environmental protection.

Thirdly, the use of the National Ecosystem Assessment (NEA)<sup>[73]</sup> tool would be of great help in monitoring inclusively the current status of the natural environmental conditions and the human well-being values producing better

decision-making processes outcomes. In particular, this modern assessment tool has an appealing and attractive potential in its use and scope. Combining a plurality of different scenario (e.g., economic, cultural, environment) with the ecosystem, the NEA is able to provide significant reports on several issues, for example, related to the coastal and marine ecosystem, cultural, ecosystem, and so forth.

It is an opinion of the writer that NEA is an advancement of the integrated and social impact assessment because it adopts an interdisciplinary and anthropocentric approach, putting the ecosystem at the center to reverse the ongoing deterioration. NEA can try to forge new ecological rights and contribute to managing crosscutting issues like population growth and health, intersecting with sustainable development, urbanization as well as cultural acceptability of a specific project.

Lastly, the creation of a new Green Investment Bank would be able to strengthen the local leadership that could be exercised by several territorial Green Business Councils. These later local institutions, through the support of a specific investment bank, could favor the use of economic instruments like green bonds financing projects able to move towards the low carbon economy, for instance, gaining benefits from the zero-waste economy or circular economy. In the same line, this would encourage the adoption of expensive and extremely beneficial best available technologies; in particular, artificial intelligence and satellite data to assess ecosystems referring to soil health, air quality, and so forth. Perhaps, in a sense, one could argue that the UK, after Brexit, would have that necessary higher degree of autonomy, speed, and flexibility than sometimes working closely with the EU do not allow to have. As a final note, it should be emphasized that it is a royal established truth that every deep crisis contains major opportunities. And perhaps, after Brexit, the EU-UK environmental regulatory relation will open a new era of cooperation patterns based on new institutions with a different and advanced *modus operandi* of environmental law and governance as well.

## **7. Brexit and International Law: The Principle of Non-Regression**

Brexit could be interpreted as one of the vivid reflections of certain political

orientations having the objective of overthrowing large part of the so far developed environmental normative in Europe in favor of the *centrality* of the sovereign British Parliament. Practically speaking, this argument could also hide, for instance, the specific intent of the *Brexiters*, among other things to replace the current Common Agricultural Policy with new regulations, since they consider the EU farming system as a profound disgrace.<sup>[74]</sup> In fact, on closer examination, it is worth to note that under the EU legal framework, the UK organic farmers and food producers must undergo strict production requirements and inspection regime that might negatively affect their own businesses. In order to avoid financial sanctions, these above-mentioned economic operators have to comply with the general food law (e.g., on ecolabelling) and cross-compliance legislation in connection with health (e.g., reduction of diseases and sickness), and environment (e.g., soil erosion, biodiversity protection, water pollution).<sup>[75]</sup> Indeed, the *Brexiters* could be able in the future to promulgate new regulations determining a less stringent bureaucratic system with the opportunity to deliver environmental subsidies as well.<sup>[76]</sup> Needless to say that, it does not take to have a law or business school degree to understand that with higher legal standards come higher costs; and yet, with competitive deregulation, one can obtain higher economic profits heavily constraining the surrounded environmental conditions.<sup>[77]</sup> Against this background, and within a specific perspective of having a *Green Brexit*, international law can be adequately applied to maintain good environmental standards through its important existing set of environmental principles and rules. Most importantly, in our present context, the principle of non-regression<sup>[78]</sup> could functionally work as an environmental guarantee to keep on adopting – even now after Brexit – an environmentally safe approach to development. Here it is necessary to highlight the definition reported by the IUCN Commission on Environmental Law that plainly states: «*the Principle of Non-Regression is an International Law Principle known by Human Rights specialists requiring that norms which have already been adopted by States not be revised, if this implies going backwards on the subject of standards of protection of collective and individual rights*».<sup>[79]</sup> It should be borne in mind that incorporating the EU environmental laws in a new UK bill will be in the critical position to decide what to regulate, amend or repeal. Concerns have been expressed with reference to the

EU Water Framework Directive and the EU Air Pollution Framework Directive (see the previous section). In both cases, the UK could undermine the effectiveness of quality standards by not choosing the same EU rules setting strict sanctions against the violators. Hence, the principle of non-regression would be able to, at least, mitigate this risk.

Based on that thinking, the principle of non-regression also operates in the sphere of foreign direct investment (FDI) law and policy. In the hypothesis that the UK would decrease the level of environmental safeguard to facilitate new FDIs, this principle would operate once again as an environmental guarantee increasing the state responsibility. It would avoid a dramatic rollback in the UK national legislation keeping the track to strike a balance between economic development and environmental degradation.<sup>[80]</sup> Interestingly, according to the reached agreement, it is possible to figure out that the principle of non-regression could find application in the sector of products with new technologies or new features to ensure human security and environmental protection while accessing the market.<sup>[81]</sup>

Another most widespread concern is, perhaps, that the so-called *environmental democracy* could also be weakened by way of Brexit. In particular, hypothetically the effectiveness of the fully established procedural rights enshrined in the Aarhus Convention, such as public participation in decision-making processes, access to information, and access to justice in environmental matters<sup>[82]</sup> could be flawed by the new coming political will of the UK institutions (e.g., in case of victory of the election by the Conservative Party<sup>[83]</sup>). This could lead, for instance, to a lack of implementation of a proper environmental social impact assessment for small- or large-scale economic projects, programs, and activities. Bearing in mind these hypotheses, the principle of non-regression could significantly contribute to granting the incorporation and application of an extensive and essential part of the EU environmental law. Thus characterized, it would be possible to have a stable and interlocked EU-UK regulatory relation concerning transboundary environmental related issues too. Harmonization would be kept to a high level through framing generic or specific commitments and obligations around the important principle of non-regression, avoiding *de facto* less stringent non-compliance system.

Consolidating the view of Brexit as a *systemic* change within the EU-UK



environmental regulatory relation, the principle in the current parlance combined with principle of progressive development (having also regards in signing future environmental agreements) would allow the UK to hold, and, perhaps, to keep to develop a human right approach to environmental protection having firm consideration of the right to a healthy environment and the principle of inter-generational equity while carrying out what is possible to be defined as daunted task of converting EU environmental law in UK law.

## 8. Final Remarks

Brexit is not a fringe scenario any longer, and its considerable potential deregulation risks can undermine the legal certainty and integrity of the UK environmental legal system, potentially having substantial consequences within the EU-UK regulatory relation.

At the time of the writing, one ought to note that future negotiations (even after the above-mentioned agreement) must be centered correspondingly on (i) building structural legal arrangements granting a higher level of cooperation between the parties and (ii) creating an institutional system able to ensure a new green environmental governance. Within this perspective, a win-win environmental cooperation pattern should be elaborated; previously either the *Norway or Swiss model* represented good options to be adopted by the UK. Now the Trade and Cooperation agreement might be a good cooperation pattern, but still needs more provisions through protocols, and so forth. Anyway, the EU-UK future environmental *sui generis* regulatory relation must be based on equality producing mutual benefits where the environment should be a central topic. Thus considered, the two parties should jointly promote environmental protection with the ideal components of sustainable growth and enhanced cooperation – similar to the ones established, respectively, in the treaties of Maastricht and Amsterdam (with the analyzed further developments of Lisbon Treaty) – in order to offset, for instance, the impact of carbon-based economic activities. All in all, cooperation and consensus must exceed competition and disagreement within the EU-UK environmental regulatory relation; this could make real and possible the hypothesis for a *Green Brexit*. The two parties could embrace the future teaming up together *inter alia* to preserve and protect the

environment developing a firm consideration for generations to come. Given the magnitude of the importance of having a healthy environment, it is fundamental to prioritize the setting up of environmental guarantees in future bilateral legal arrangements over the political choice of achieving an instant departure from the EU through a *speedy* Brexit. Hence, it is very relevant the application of the principle of non-regression and progressive development in signing environmental agreements.

In their future relations, the EU and the UK have to consider the transnational factor characterizing the environmental-related issues. It is fairly possible to agree with the opinion of Ludwig Kramer, one of the founding fathers of the European Environmental Law, that highlighted the following point: «*the main function of the EU in the environmental sector, it is to allow states to protect their own environment, a goal that alone cannot be possible to be achieved*».<sup>[84]</sup> In the same line, the UK Government has to maintain the environmental rule adopted at the European level. Still, it also must or should try to harmonize the mechanism of the common market to keep commercial relations with the EU (e.g., rules on the packaging of goods, management of chemical wastes, and so forth).

To conclude with, therefore, it is of a good auspicious to presently advocate for a regulatory alignment able to grant future legal arrangements focused on the reduction of divergence between the two parties. It is necessary to orient the political will to reach the best suitable agreements (e.g., on trade matters) wide-ranging, and comprehensive of environmental norms centered around the implementation of EU and UK international obligations and the respect of shared values to protect the natural environment as well as to promote sustainable development. This will not happen overnight, nevertheless both parties' political leadership and legal communities have to work hard to make it happen, and undoubtedly, they are moving in this direction.

1. Confucius (497 BC) *Analects*.
2. Thus characterized, the Member States started to think about the creation of a European currency system by converging their own national economies, and by also trying to make the efforts to reduce the gap between developed and developing regions through the essential technical support of a specific European Regional Development Fund.
3. See, *The European Single Act 1987*, article 130 -R.

## CERIDAP

4. On closer examination, the EEC adopted fundamental legislative regulations under the *European Single Act 1987*. For instance, the law that established the European Environmental Agency and a monitoring information network (regulation 1210/90), the environmental impact assessment directive (Dir. 85/337), access to environmental information directive (Dir. 90/313), the regulation on integrated financial instrument for the environment Reg. 1973/92.
5. «The task of the European Economic Community is to promote...a harmonious development of economic activities...which cannot now be imagined in the absence of an effective campaign to combat pollution and nuisance or of an improvement in the quality of life and protection of the natural environment are among the fundamental tasks of the Community». See, the First Environmental Action program (1973) O.J. C112/1. Subsequently, other six environmental action programs were adopted by the European Union.
6. The Treaty of Maastricht marked the transition from an organization characterized by a so-called community's structure (chiefly created for economic and monetary purposes – EEC) to another one the European Union (EU) that, at least in the long term, must aim at accomplishing the political union with a *quasi*-federal institutional framework. In point of fact, this treaty *inter alia* reinforced the existing policies by strengthening the union with the establishment of: (i) a common foreign and security policy and (ii) cooperation in matters of justice and internal affairs, and, importantly, (iii) a common currency: the euro. The European institutions got closer to the citizens trying to widespread a sort of solidarity among the peoples by officializing the European citizenship as well.
7. Article 2 Treaty of Maastricht 1992.
8. See, Article 130 R of the Treaty of Maastricht: «1. Community policy on the environment shall contribute to pursuit of the following objectives: - preserving, protecting and improving the quality of the environment; - protecting human health; - prudent and rational utilization of natural resources - promoting measures at the international level to deal with regional or worldwide environmental problems. 2. Community policy on the environment shall aim at a high level of protection taking into account the diversity of situations in the various regions of the Community. It shall be based on the precautionary principle and on the principles that preventive action should be taken, that environmental damage should as a priority be rectified at source and that the polluter should pay. Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of other Community policies».
9. Of note, the non-participation of the UK in signing the Social Policy Protocol attached to the treaty of Maastricht. «The Social Policy Protocol was the legal mechanism adopted to resolve the impasse reached over the social policy provisions of the Treaty of Maastricht at the summit in December 1991. Eleven of the EU Member States agreed on the provisions of a new Social Chapter of the EC Treaty, reflecting the Agreement on Social Policy reached by the European social partners on 31 October 1991; the United Kingdom was opposed. Unanimity was required for the Maastricht Treaty to be adopted. The

## CERIDAP

outcome of Maastricht was the Treaty on European Union signed by the Member States of the European Community on 7 February 1992, a Protocol on Social Policy and an Agreement, annexed to the Protocol, between 11 Member States, with the exception of the UK (which benefited from an opt-out), also on Social Policy. The Protocol notes that 11 Member States ‘wish to continue along the path laid down in the 1989 Social Charter [and] have adopted among themselves an Agreement to this end’; accordingly, all 12 Member States: 1. Agree to authorize those 11 Member States [excluding the UK] to have recourse to the institutions, procedures and mechanisms of the Treaty for the purposes of taking among themselves and applying as far as they are concerned the acts and decisions required for giving effect to the above-mentioned Agreement. 2. The [UK] shall not take part in the deliberations and the adoption by the Council of Commission proposals made on the basis of this Protocol and the above-mentioned Agreement... 3. Acts adopted by the Council... shall not be applicable to the [UK].’ This division in the Community over social policy might have been resolved by the expected victory of the Labour Party in the British general election of April 1992, which would have led to the UK becoming party to the Agreement. Its provisions would then have substituted for the provisions in the Treaty. As this did not happen, there continued in existence two parallel sets of provisions: one applicable to all the Member States (in the Treaty), and one applicable to all but the UK (in the Agreement). The election of a Labour government in the UK in May 1997 led the UK to opt-in, and the Treaty of Amsterdam, agreed on 7 June 1997, provided for the provisions of the Agreement on Social Policy to be incorporated into the EC Treaty, terminating the Social Policy Protocol». see European Observatory of Working Life (2007) Social Policy Protocol. Available at [www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/social-policy-protocol](http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/social-policy-protocol) (accessed 3 November 2020).

10. See, Article 1 para 2 of the Treaty of Amsterdam, precisely states that: «determined to promote economic and social progress for their peoples, taking into account the principle of sustainable development and within the context of the accomplishment of the internal market and of reinforced cohesion and environmental protection, and to implement policies ensuring that advances in economic integration are accompanied by parallel progress in other fields». Furthermore, Article 6 (Treaty of Amsterdam) plainly states that: «Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Community policies and activities referred to in Article 3, in particular with a view to promoting sustainable development».
11. Article 2 para 1.
12. Krämer (1995) *E.C. Treaty and Environmental Law*. London: Sweet & Maxwell.
13. Article 100a (4) Treaty of Amsterdam: «If, after the adoption by the Council or by the Commission of a harmonization measure, a Member State deems it necessary to maintain national provisions on grounds of major needs referred to in Article 30 [former Article 36], or relating to the protection of the environment or the working environment, it shall notify the Commission of these provisions as well as the grounds for maintaining them».

Further, *see*, Miljögarantin in Christiernsson A (2004) Environmental Taxation and EC Law. Luleå University of Technology C Extended Essay 04/18: 24. See, Decisions of the 18<sup>th</sup> December 2002 by the Commission, relating to more stringent national provisions on limiting the importation and placement on the market of certain NK fertilizers of high nitrogen content and chlorine in France. The Commission found that France had not provided new scientific evidence and did therefore not fulfill the conditions laid down in article 95(5), (O.J.L001,90). The same conclusion was made in Commission Decision of 2 September 2003, relating to national provisions on banning the use of genetically modified organisms in the region of Upper Austria. Austria had not provided new scientific evidence and not demonstrated that there was a specific problem within the territory of Upper Austria (O.J.L230, n.75,76). However in the Commission Decision of 23 January 2002, relating to national provision on limitations on the marketing and use of creosote-treated wood in the Netherlands, the Commission found that the request by the Netherlands for introducing stricter national provisions could be approved in accordance with article 95(5), (O.J. L023,n.95).

14. «Enlargement is one of the most powerful policy tools that the European Union has to extend peace, stability and prosperity. The pull of the EU has helped to transform Central and Eastern Europe into modern, well-functioning democracies with market economies. More recently, it has inspired far-reaching reforms in... Western Balkan countries. The political benefits of EU enlargement, such as the extension of peace, stability, prosperity, democracy, human rights and the rule of law across Europe, seem to be widely recognized. On the other hand, one might ask whether citizens are really aware of the enlargement process and its consequences, and whether there is skepticism in Europe's public opinion about these benefits and the less emphasized economic and social consequences of enlargement... European Union citizens do not perceive enlargement as a win-win situation; while they consider that the 2004 enlargement process benefits the new member states, they are more concerned about the problems that could arise. Furthermore, they consider future accessions as primarily in the interest of the candidate and potential countries and fear the consequences for the economic situation of their own country. All in all, they seem to have insufficient information about, and are less aware of, the benefits for citizens of the old member states and the collective good thereof. This also holds true for future enlargement processes; apart from the low level of knowledge about the topic in general, benefits for the EU are less known compared to benefits for potential future member states», *see* Special Eurobarometer 255, Enlargement, *Attitudes towards European Union Enlargement*, EU Commission, Fieldwork March-May 2006, Publication July 2006. Another point is that «Despite the problems faced by the European Union, enlargement remains a flagship policy. However, expansion is a far more complex process than is often acknowledged, either by policymakers or by scholars. While the institutional dimensions of enlargement are undoubtedly important, and generally well-understood, it is also vital to recognize the role played by domestic political dynamics within member states. Although meeting the basic standards of economic and political openness and

conforming to the terms of the *acquis* are both necessary conditions for membership, doing so is not wholly sufficient for accession. Member states must give their approval. This veto power is not subject to appeal or oversight. Nor can it be outdone by the collective votes of other members. It is an absolute and uncontested prerogative of members. To this extent, national politics matter enormously. Although the role of domestic politics within member states in the accession process may be accepted in general terms, very little research has been conducted on the subject. Few efforts have been made to investigate the way in which individual member states conceptualize enlargement in a broad sense, let alone how they approach enlargement in regional or country-specific terms. This collection is an attempt to investigate the way in which a variety of member states approach enlargement and highlight the true range of differences that exist within members over the question of the future expansion of the European Union. It tries to remedy this lacuna in the literature by providing a range of case studies prepared in such a way as to maximize their comparative value. Given the range of issues at stake, the Western Balkans is therefore a valuable testing ground for examining the wide range of issues that underpin member state support or opposition towards enlargement. What it shows is that the national politics of EU enlargement are not only very different, they are driven by very different and often very specific national concerns. They are also open to change. This needs to be more explicitly recognized. The support of countries can alter over time. The EU needs to respond to this, as do aspiring members», see Ker-Lindsay J, Armakolas I, Balfour R and Stratulat C (2017) The national politics of EU enlargement in the Western Balkans, *The national politics of EU enlargement in the Western Balkans, Southeast European and Black Sea Studies*, 17:4: 511-522. See, *Debating Europe Arguments for and Against EU Enlargement* available at [www.debatingeurope.eu/focus/infobox-arguments-for-and-against-eu-enlargement/#.Xb7VS0VR3ow](http://www.debatingeurope.eu/focus/infobox-arguments-for-and-against-eu-enlargement/#.Xb7VS0VR3ow) (accessed 3 November 2020).

15. Treaty of Lisbon 2009, Preamble.
16. Furthermore, «the Treaty creates the figure of a High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and Secretary General of the Council merging the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy and the European Commissioner for external relations (which is eliminated from the Commission structure). The High Representative is appointed by the European Council (by qualified majority) in agreement with the President of the Commission and the European Parliament and will become Vice-President of the Commission, and chair the External Relations Council», see ClientEarth Justice for the Planet, *The impact of the Lisbon treaty – an environmental perspective*, p. 48. See, the UK House of Lords, European Union Committee (2007-2008) *Treaty of Lisbon: An Impact Assessment*; Robert Shuman Foundation (2007) *The Lisbon Treaty: 10 easy-to-read fact sheets*, December; Leinen J (2008) *Parliament's new role and responsibilities implementing the Treaty of Lisbon*, Committee of Constitutional Affairs.
17. Horspool M, Humphreys M and Wells-Greco M (2016) *European Union Law*, Oxford

University Press. See, Protocol 30 to the Treaty of Lisbon, in particular, «Article 1 1. The Charter does not extend the ability of the Court of Justice of the European Union, or any court or tribunal of Poland or of the United Kingdom, to find that the laws, regulations or administrative provisions, practices or action of Poland or of the United Kingdom are inconsistent with the fundamental rights, freedoms and principles that it reaffirms. 2. In particular, and for the avoidance of doubt, nothing in Title IV of the Charter creates justiciable rights applicable to Poland or the United Kingdom except in so far as Poland or the United Kingdom has provided for such rights in its national law. Article 2 To the extent that a provision of the Charter refers to national laws and practices, it shall only apply to Poland or the United Kingdom to the extent that the rights or principles that it contains are recognized in the law or practices of Poland or of the United Kingdom». It has also been noted that «the Court of Justice of the EU (CJEU) has confirmed that the UK does not have an opt-out from the Charter» (see *N. S. v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Joined Cases C-411/10 and C-493/10 (21 December 2011) at paras 116-122). The UK government has also clarified that «the Protocol is not, and never has been, an opt out for the UK from the application of the Charter(at para 3.6)» see, Lucy Moxham, *FAQ: Brexit and the EU Charter of Fundamental Rights*, British Institute of International and Comparative Law, June 2018.

18. According to art.51(1) CFR it applies to Member States only «when they are implementing Union law». «The CJEU has interpreted this broadly to mean that they are bound to comply with Charter rights whenever they are acting in the scope of EU law. This is the case either where a Member State is acting in pursuance of an EU law obligation, e.g. transposing a directive into national law or applying a regulation, or when a Member State is derogating from one of the fundamental freedoms of the EU. Where this is not the case, the Charter does not apply», see, Lock T (2017) *Human rights law in the UK after Brexit*, Brexit Special Extra Issue November, p. 118.
19. See, Section 8, Article 194 of the Treaty of Lisbon.
20. See, Article 2 of the Treaty of Lisbon.
21. See, Article 191-193 of the Treaty of Lisbon.
22. See, Article 3 (1) of the Treaty of Lisbon.
23. Treaty of Lisbon, Chapter on Energy. Further, Hans Vedder (2010) The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy, *Journal of Environmental Law*, 22(2): 285–299.
24. «Both the EU and the UK have agreed in the Political declaration that was signed on 24 January 2020 together with the Withdrawal agreement that they were determined to work together to safeguard the rules-based international order, the rule of law and promotion of democracy, and high standards of free and fair trade and workers’ rights, consumer and environmental protection, and cooperation against internal and external threats to their values and interests» and therefore to establish «an ambitious, broad, deep and flexible partnership across trade and economic cooperation with a comprehensive and balanced

## CERIDAP

Free Trade Agreement at its core, law enforcement and criminal justice, foreign policy, security and defense and wider areas of cooperation» see, Jacques Ziller, *Brexit: To have or not to have a deal? (first episode)*, CERIDAP, 30 November 2020.

25. See, Article 1, EEA.
26. «This is ensured through the incorporation of EEA-relevant EU acts into the EEA Agreement, and the uniform interpretation and application of such rules throughout the EEA... The two-pillar structure is necessary because the EEA EFTA States have not transferred any legislative competences to the EU or to the joint EEA bodies. In addition, the EEA EFTA States are also, as a main rule, constitutionally unable to accept binding decisions made by the EU institutions directly. II. Incorporation of new EU acts into the EEA Agreement 4. In order to extend the applicability of an EU act to the EEA EFTA States, the act has to be made part of the EEA Agreement by incorporation into one of the Annexes of the EEA Agreement. This is done by means of a Decision of the EEA Joint Committee (JCD).<sup>2</sup> Some JCDs may contain technical or other adaptations to the incorporated EU act in order to adapt the act to specific situations within the EEA or one of the EEA EFTA States. 5. When an EU act is foreseen to be incorporated into the EEA Agreement, the act must be scrutinized to determine whether it contains provisions conferring competences to an EU institution and, if that is the case, how to allocate those competences in the EFTA pillar. 6. If it does, there are two possibilities to confer these competences to an EFTA institution. Certain two-pillar issues are covered by the general horizontal adaptations of Protocol 1 to the EEA Agreement, and hence no adaptation text is needed in the JCD. In contrast, for those two-pillar issues not covered by Protocol 1 EEA, a specific adaptation text to the act must be included in the JCD. Protocol 1 EEA – horizontal adaptations 7. In principle, each EU act incorporated into the EEA Agreement has to be read in the light of Protocol 1 EEA. 3 Protocol 1 EEA sets out how EU acts incorporated into annexes to the EEA Agreement shall apply, in order to avoid recurring general adaptations to every act included in a JCD. 8. Protocol 1 EEA implies for example that a reference in an EU act to EU Member States or the European Commission shall be understood in the EEA context as a reference to the EEA EFTA States or the EFTA Surveillance Authority. 4 Various two-pillar issues are thus solved by Protocol 1 EEA, such as procedures for verification or approval, the submission and exchange of information, notifications or consultations and similar matters. Adaptations texts 9. Protocol 1 EEA does not resolve all two-pillar issues that may arise, and adaptations may therefore be needed upon incorporation of those acts into the EEA Agreement. Some EU acts, for instance, confer to EU institutions the competence to adopt binding decisions, to grant authorizations or to issue fines or other pecuniary measures towards an undertaking. Such acts generally require an adaptation text to be included in the JCD, laying down how this should be reflected in the EFTA pillar», see, European Economic Area Standing Committee of the EFTA States, Subcommittee V on Legal and Institutional Questions, *The two-pillar structure of the EEA Agreement – Incorporation of new EU acts*. For further information see EFTA, the basic features of the EEA Agreement, available at:



## CERIDAP

- [www.efta.int/eea/eea-agreement/eea-basic-features](http://www.efta.int/eea/eea-agreement/eea-basic-features) (accessed 3 November 2019); EEA – Subcommittee V On Legal And Institutional Questions, The two-pillar structure of the EEA Agreement – Surveillance and judicial control. Available at: [www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-institutions/The-Two-Pillar-Structure-Surveillance-and-Judicial-Control.pdf](http://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea/eea-institutions/The-Two-Pillar-Structure-Surveillance-and-Judicial-Control.pdf) (accessed 3 November 2019) and EFTA, How an EU act becomes an EEA act and the need for adaptations, available at: [www.efta.int/media/documents/eea/1113623-How-EU-acts-become-EEA-acts.pdf](http://www.efta.int/media/documents/eea/1113623-How-EU-acts-become-EEA-acts.pdf) (accessed 3 November). See, also, EFTA, How EU acts become EEA acts and the need for adaptations, available at: [www.efta.int/media/documents/eea/1113623-How-EU-acts-become-EEA-acts.pdf](http://www.efta.int/media/documents/eea/1113623-How-EU-acts-become-EEA-acts.pdf) (accessed 3 November); EFTA, EEA Agreement, available at: [www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Protocols%20to%20the%20Agreement/protocol1.pdf](http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Protocols%20to%20the%20Agreement/protocol1.pdf) (accessed 3 November 2020).
27. Payne A and Bienkov A (2018) What is the Norway model? Business Insider. Available at [www.businessinsider.com/what-is-the-norway-model-brexit-2018-4](http://www.businessinsider.com/what-is-the-norway-model-brexit-2018-4) (accessed 6 November 2019); Espen Barth Eide, The Guardian (2015), available at: [www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/27/norway-eu-reality-uk-voters-seduced-by-norwegian-model](http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/27/norway-eu-reality-uk-voters-seduced-by-norwegian-model) (accessed 6 November 2020).
28. «The climate and energy package was adopted in April 2009 and sets out ambitious targets in these areas. The key climate-related target is to reduce greenhouse gas emissions by 20 % by 2020 relative to the 1990 level, or by 30 % if other major economies commit themselves to similar targets in a global agreement. The climate and energy targets have also been included as one of the five targets in the EU’s growth strategy, Europe 2020. The legislation in the climate and energy package is constantly updated through work in committees and supplementary legislative proposals. In 2010, the EU established the Directorate-General for Climate Action, or DG CLIMA, whose tasks include ensuring that the member states meet their obligations as set out in EU climate policy, and a new post of Commissioner for Climate Action», available at: [www.regjeringen.no/en/topics/european-policy/areas-cooperation/environment-climate/id686218/](http://www.regjeringen.no/en/topics/european-policy/areas-cooperation/environment-climate/id686218/) (accessed 5 November 2020).
29. «The approach of EU negotiators was therefore based on rationality and damage control, trying to replicate the content of the EU regulatory system as much as possible. Previous experience with the association agreement with EFTA countries before Austria, Finland and Sweden accessed the Communities, which culminated in the European Economic Area Treaty that still applies to Norway, Iceland and Liechtenstein, would have been extremely useful if there had been trust in the UK Government, as was to a large extent the case until it appeared that Teresa May did not have the necessary support in the House of Commons and not even in her own party» see, Jacques Ziller, *The new Brexit deal: predictable outcome of a loose Blues negotiation. At first glance assessment of the EU UK trade agreement 24.12.2020 (second episode)*, CERIDAP, 29 December 2020.
30. See, Article 73 EEA. Furthermore, Article 74 states: «Annex XX contains the specific

## CERIDAP

- provisions on protective measures which shall apply pursuant to Article 73».
31. See, EFTA, EEA Agreement available at: [www.efta.int/eea/eea-agreement](http://www.efta.int/eea/eea-agreement) (accessed 6 November 2020).
  32. Bell S, McGillivray D, Pedersen OW, Lees E, Stokes E (2017) *Environmental Law*, Oxford University Press.
  33. «While we made our fair share of compromises during the negotiations, we never wavered from the goal of restoring national sovereignty – the central purpose of leaving the EU». Indeed, this recalls the referendum of 20 October 2013 where the abstention of more than 68% of the electorate allowed San Marino to maintain its sovereignty by not joining the EU although 50,28 % of the voters voted in favor. As the Summary states in its preamble signed by Boris Johnson, «Most importantly, the agreement provides for the UK to take back control of our laws, affording no role for EU law and no jurisdiction for the European Court of Justice». And in point 6 of the Summary: «The Agreement is based on international law, not EU law. There is no role for the European Court of Justice and no requirements for the UK to continue following EU law».. In point 81 «The system that has been agreed upon does not compromise the UK's sovereignty in any area, does not involve the European Court of Justice in any way, and is reciprocal.» And further in point 171 «This Agreement includes dispute resolution mechanisms that are appropriate for a relationship between sovereign equals. This means that there is no role for the Court of Justice of the European Union. All these mechanisms are fully reciprocal and equally available to both Parties.» On the whole, a dramatic obsession with the European Court of Justice is clearly present within the summary. See, *supra* note 37, p. 2.
  34. «A technical solution exists, provided there is good will and trust. As has happened with the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the EU, which is a mixed agreement that has already been ratified by Canada, the EU and nine out of twenty-seven Member States and thus has not yet entered into force. As codified in Article 25 of the Vienna Convention on Provisional application, the CETA contains clauses on provisional application in order to prepare for its entry into force. Any Agreement between the EU and the UK could contain clauses on provisional application, especially maintaining the zero duties and zero quantitative restrictions that are applying to movement of goods until 31 December, as well as provisions on governance» see Jacques Ziller *supra* note 32, p.2.
  35. Theresa May, “Florence Speech” (22 September 2017) available at: [www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu](http://www.gov.uk/government/speeches/pms-florence-speech-a-new-era-of-cooperation-and-partnership-between-the-uk-and-the-eu) (accessed 6 November 2020).
  36. Nanette Neuwahl, CETA as a potential model for (Post-Brexit) UK-EU relations, *European Foreign Affairs Review*, January 2017, p. 1 – 23.
  37. Vahl M and Grolimund N (2006) *Integration without Membership Switzerland's Bilateral Agreements with the European Union*. Brussels: Centre for European Policy Studies.
  38. See, UK-EU Trade and Cooperation Agreement, Summary, December 2020.
  39. See, Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European

## CERIDAP

Atomic Community, of the one Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, 24 December 2020.

40. See, *supra* note 39, p. 186.
41. See, *supra* note 39, p. 782.
42. See, *supra* note 39, p. 201.
43. See, *supra* note 39, p. 203.
44. See, *supra* note 39, p. 206.
45. John Vidal, 'Brexit would return Britain to being 'dirty man of Europe' (2016) *The Guardian*, <<https://www.theguardian.com/environment/2016/feb/03/brexit-would-return-britain-to-being-dirty-man-of-europe>> accessed 23 December 2020.
46. British approach to pollution control-namely, a tradition of discretionary, local decision-making and a system based on pragmatism, in which the effects on the environment are balance with social, economic, and political factors» see Bell S, McGillivray D, Pedersen O, Lees E, and Stokes E (2017) *Environmental Law*, Oxford University Press, p 241.
47. Giulia Caravale, 'Scozia e Irlanda del Nord: la *devolution* dopo la Brexit' (2017) 16 *Federalismi* <<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=34623>> accessed 23 December 2020. Intervento al convegno organizzato da *Federalismi* "Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?", Roma, 23 giugno 2017.
48. Article 6(4) of the Habitats Directive; See, Department for Environment, Food and Rural Affairs (2012), Alternative solutions, imperative reasons of overriding public interest (IROPI) and compensatory measures, available at: [//assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/82647/habitats-directive-iropi-draft-guidance-20120807.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/82647/habitats-directive-iropi-draft-guidance-20120807.pdf) (accessed 8 November 2020).
49. For example, Waste Framework (2008/98/EC) (Sch. 9 to the Environmental Permitting (England and Wales); Landfill (1999/31/EC) (Sch. 10); End-of-Life Vehicles (2000/53/EC) (Sch.11); Waste Electrical and Electronic Equipment (WEE; 2002/96/EC) (Sch. 12); Mining Waste (2006/21/EC) (Sch.19); Batteries (2006/66/EC) (Sch.19); Water Framework Directive (2000/60/EC); Groundwater Directive (2006/118/EC); Groundwater Daughter Directive (Schs. 21and 22); Industrial Emissions (Integrated Pollution Prevention and Control) Directive (2010/75/EU).
50. Matthews-King A (2019) UK worst in Europe for pollution-linked childhood asthma cases, study shows, *Independent* available at: [www.independent.co.uk/news/health/child-asthma-air-pollution-uk-nitrogen-dioxide-children-lancet-a8865016.html](http://www.independent.co.uk/news/health/child-asthma-air-pollution-uk-nitrogen-dioxide-children-lancet-a8865016.html) (accessed 8 November 2020).
51. R(ClientEarth) v. Secretary of State for the Environment Food and rural Affairs (Case C-404/13) [2015] Env LR 17
52. Joe Barnes (2019) Nigel Farage attacks 'thuggish tyrants' in EU after its own court throws out 'bias' case *Express*, 7 November. Further, BBC Question Time 08/05/2014. Available at: [www.bbc.co.uk/programmes/b043b2rs](http://www.bbc.co.uk/programmes/b043b2rs) (accessed 9 November 2020).

53. «The UK might well be inclined either to relax them or fail to improve them if the Government was free to do so, representing therefore a significant risk to the health of UK citizens in major urban areas where meeting EU standards is currently a problem». Baldock D, Buckwell A, Colsa-Perez A, Farmer A, Nesbit A, Pantzar M (2016), *The potential policy and environmental consequences for the UK of a departure from the European Union*. London: Institute for European Environmental Policy, p. 36.
54. Why was the Soil Framework Directive withdrawn? available at <https://www.lexisnexis.co.uk/blog/built-environment/why-was-the-soil-framework-directive-withdrawn>; Bamba C, Robertson S, Adetayo K, Smith J, Cairns-Nagi JM, Copeland A, Finlay N, Johnson K (2014) Healthy land? An examination of the area-level association between brownfield land and morbidity and mortality in England, *Environmental Planning A*, 4, pp. 433 – 454 available at: [//pdfs.semanticscholar.org/2903/0d78623c05a70a32757a1c661a4d896a3617.pdf](https://pdfs.semanticscholar.org/2903/0d78623c05a70a32757a1c661a4d896a3617.pdf) (accessed 8 November 2020).
55. NFU (2014) Withdrawal of Soil Framework Directive welcomed. Available at: [www.nfuonline.com/withdrawal-of-soil-framework-directive-welcomed/](http://www.nfuonline.com/withdrawal-of-soil-framework-directive-welcomed/) (accessed 8 November 2020).
56. ENDS Report (2012) 447 20 (regarding SEPA).
57. National Audit Office (2016), The Business Impact Target: Cutting the Cost of Regulation (HC 236 2016-17).
58. House of Commons Environmental Audit Committee (Fifth Report of Session 2014-15) *An Environmental Scorecard* (HC 215).
59. Carrington D (2015) UK becomes only G7 country to increase fossil fuel subsidies, *The Guardian* available at: [www.theguardian.com/environment/2015/nov/12/uk-breaks-pledge-to-become-only-g7-country-increase-fossil-fuel-subsidies](http://www.theguardian.com/environment/2015/nov/12/uk-breaks-pledge-to-become-only-g7-country-increase-fossil-fuel-subsidies) (accessed 7 November 2020).
- Carrington D (2019) UK has biggest fossil fuel subsidies in the EU, finds commission, *The Guardian* available at: [www.theguardian.com/environment/2019/jan/23/uk-has-biggest-fossil-fuel-subsidies-in-the-eu-finds-commission](http://www.theguardian.com/environment/2019/jan/23/uk-has-biggest-fossil-fuel-subsidies-in-the-eu-finds-commission) (accessed 7 November 2020).
60. Holder M (2019) “Significant Regression”: MPS blast governments post Brexit green protection plans, *Business Green*, available at: [www.businessgreen.com/bg/news-analysis/3074785/significant-regression-mps-blast-governments-post-brexit-green-protection-plans](http://www.businessgreen.com/bg/news-analysis/3074785/significant-regression-mps-blast-governments-post-brexit-green-protection-plans) (accessed 7 November 2020).
61. «Following the **end of the transition period** on the 31st of December 2020, existing **EU environmental legislation will continue to operate** under the policy of “roll-over”, however decisions made by the Union will no longer be binding for courts in the UK. Brexit also signifies that certain structures will cease to exist in the UK and will thus need to be replicated, such as the European Committee’s supervisory role in ensuring regulations are properly applied: this means that an independent watchdog needs to be established. In these respects, the **Environment Bill 2020** mandates the founding of the

- Office of Environmental Protection (OEP), a new independent statutory body that will oversee compliance with environmental law and hold those breaching it to account». See, Flavia Olivieri, A trade deal was reached just days before the end of the transition period, yet the effects of Brexit on UK environmental policy and law remain unclear, *Lifegate*, (29 December 2020) available at <<https://www.lifegate.com/brexit-environment-risks-opportunities>> (accessed 5 January 2021).
62. Baskut Tuncak stated: «Brexit is clear threat for environmental conditions in the EU», OCHHR (2017) Brexit puts UK at risk of worsening pollution and lower environmental standards, UN rights expert warns. Available at: [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22061&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22061&LangID=E) (accessed 9 October 2020). Lucas MP C, Brighton P and Green Party Co-Leader – Spring 2017, Exiting the EU not the Environment.
  63. The UK Parliament (2019) Bills, Environment Section. Available at: [//services.parliament.uk/Bills/2019-20/environment.html](http://services.parliament.uk/Bills/2019-20/environment.html) (accessed 9 October 2020).
  64. Environmental Bill (2019), The OEP's enforcement functions, Chapter 2, 26, p. 15.
  65. Christman B (2017) Just like England and Wales, Scotland needs an environmental court. In the Conversation. Available at: [//theconversation.com/just-like-england-and-wales-scotland-needs-an-environmental-court-86089](http://theconversation.com/just-like-england-and-wales-scotland-needs-an-environmental-court-86089) (accessed 10 October 2020)
  66. Weston P (2019) New environment bill removes power to fine government for missing targets, The Independent, available at: [www.independent.co.uk/environment/government-watchdog-office-environment-protection-oep-a9156401.html](http://www.independent.co.uk/environment/government-watchdog-office-environment-protection-oep-a9156401.html) (accessed 9 October 2020)
  67. Vaughan A (2019) UK government's post-Brexit environment bill comes in for criticism, *New Scientist*. Available at: [www.newscientist.com/article/2221072-uk-governments-post-brexit-environment-bill-comes-in-for-criticism/](http://www.newscientist.com/article/2221072-uk-governments-post-brexit-environment-bill-comes-in-for-criticism/) (accessed 10 October 2020).
  68. Jenkins BR (2013) *The New Environmental Governance*. Holley C, Gunningham N and Shearing C (2013) *Journal of Environmental Law*, 25(1): 161–163.
  69. The UK Government – Department for Environment, Food & Rural Affairs (2018) A Green Future: Our 25 Year Plan to Improve the Environment, sets out what we will do to improve the environment, within a generation, 25 Year Environment Plan, Policy Paper, available at: [www.gov.uk/government/publications/25-year-environment-plan](http://www.gov.uk/government/publications/25-year-environment-plan) (accessed 10 November 2020).
  70. «The Climate Change Act 2008 is the basis for the UK's approach to tackling and responding to climate change. It requires that emissions of carbon dioxide and other greenhouse gases are reduced and that climate change risks are prepared for. The Act also establishes the framework to deliver on these requirements. The Act supports the UK's commitment to urgent international action to tackle climate change». Available at: [www.theccc.org.uk/tackling-climate-change/the-legal-landscape/the-climate-change-act/](http://www.theccc.org.uk/tackling-climate-change/the-legal-landscape/the-climate-change-act/)
  71. The UK Government – Department for Business, Energy and Industrial Strategy (2017)

## CERIDAP

- Clean Growth Strategy, Policy Paper. Available at: [www.gov.uk/government/publications/clean-growth-strategy](http://www.gov.uk/government/publications/clean-growth-strategy) (accessed 10 November 2020).
72. The UK Government – Department for Environment, Food and Rural Affairs (2018) Climate change: second national adaptation programme (2018 to 2023), available at: [www.gov.uk/government/publications/climate-change-second-national-adaptation-programme-2018-to-2023](http://www.gov.uk/government/publications/climate-change-second-national-adaptation-programme-2018-to-2023) (accessed 12 November 2020).
  73. «The need for the UK NEA arose from findings of the 2005 global Millennium Ecosystem Assessment, which not only demonstrated the importance of ecosystem services to human well-being, but also showed that at global scales, many key services are being degraded and lost. As a result, in 2007 the House of Commons Environmental Audit recommended that the Government should conduct a full MA-type assessment for the UK to enable the identification and development of effective policy responses to ecosystem service degradation (House of Commons Environmental Audit, 2007). The UK NEA will help people to make better decisions that impact on the UK’s ecosystems to ensure the long-term sustainable delivery of ecosystem services for the benefit of current and future populations in the UK, thereby addressing the needs set out in Defra’s current *Action Plan for Embedding an Ecosystems Approach* (2007). The UK NEA will also support global and regional obligations such as the Convention on Biological Diversity’s call on countries to conduct such assessments and the European Union Water Framework Directive, which encourages the management of ecosystem services». See, UK National Ecosystem Assessment (2019). Available at: [//uknea.unep-wcmc.org/Resources/tabid/82/Default.aspx](http://uknea.unep-wcmc.org/Resources/tabid/82/Default.aspx) (accessed 12 November 2020).
  74. Monbiot G (2018) The one good thing about Brexit? Leaving the EU’s disgraceful farming system, *The Guardian*, available at: [www.theguardian.com/commentisfree/2018/oct/10/brexit-leaving-eu-farming-agriculture](http://www.theguardian.com/commentisfree/2018/oct/10/brexit-leaving-eu-farming-agriculture) (accessed 12 September 2020).
  75. For details see, EU (2015) Food, Farming, Fisheries Key Policies of Common Agricultural Policy. Available at: [//ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/income-support/cross-compliance\\_](http://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/income-support/cross-compliance_) (accessed 8 November 2020).
  76. Polly Toynbee, Brexiteers promised a new dawn for UK farming, not agricultural Armageddon, *The Guardian*, (15 August 2019) available at <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/aug/15/brexiters-uk-farming-agriculture-no-deal-brexit> (accessed 05 January 2021).
  77. Jiang, Yi, Tun Lin, and Juzhong Zhuang (2011) Environmental Kuznets Curves in the People’s Republic of China: Turning Points and Regional Differences.
  78. «The Rio +20 Conference reminded us of the necessity to secure commitments made during Rio1992. The notion of “non-regression” has thus been integrated into international law with an amendment presented by the Group of 77 during negotiations in New York (May 2012). Due to the efforts of Professor Prieur and many environmental legal experts, this safeguard was made possible. Although this amendment’s wording

remains cautious and cannot yet be considered as a new principle of environmental law, it does guarantee the legal advances obtained at Rio 1992, based on which numerous countries have or will constitutionalize environmental law. However, the author reminds us of the necessity to enshrine the principle of non-regression in order to avoid circumvention—on the basis of the precautionary principle for example—still too frequently adopted as the “rule”», Prieur M (2013) La non-régression, condition du développement durable, *Vraiment Durable*, 3/1:179-184.

79. IUCN (2010) Non-regression principle knowledge forum. Available at: [www.iucn.org/content/non-regression-principle-knowledge-forum](http://www.iucn.org/content/non-regression-principle-knowledge-forum) (accessed 10 November 2020).
80. Mitchell AD and Munro J (2019) No Retreat: An Emerging Principle of Non-Regression from Environmental Protections in International Investment Law, *Georgetown Journal of International Law* (Forthcoming).
81. See, *supra* note 39, p. 490.
82. These three-notable democratic procedural rights found legitimacy in the *Rio Declaration on Environment and Development 1992*. Note that in the European context it is quite crucial the Convention on Access to information, Public Participation in decision making processes and Access to Justice in environmental matters (Aarhus, 25 June 1998) It entered into force on 30 October 2001.
83. The Conservative Party is traditionally in favor of protectionist policy not particularly incentivizing the creation of the low carbon society.
84. Kramer L (2002) *Casebook on EU Environmental Law*. Oxford: Hart Publishing.

# Duty of university professors to teach digitally and the freedom of teaching in Germany

*Elias Wirth*

*Nel semestre estivo del 2020, l'insegnamento nelle Università tedesche si è svolto in modalità digitale a distanza. Nel trimestre invernale 2020/21, la formazione digitale a distanza proseguirà in numerose Università, almeno in parte, soprattutto per i corsi con un numero elevato di studenti. È necessario domandarsi in quale misura l'obbligo dell'insegnamento digitale a distanza interferirà con la libertà di insegnamento e se i professori possano essere obbligati, da parte degli organi accademici, a svolgere questa forma di insegnamento in conformità con i diritti fondamentali, sia nella situazione eccezionale causata dalla pandemia, sia oltre la crisi.*

## **1. Reaction of universities in the field of teaching**

German universities had time to prepare for digital teaching, since the outbreak of the Covid-19-pandemic and the imposed “lockdown” took place during the lecture-free period.<sup>[1]</sup> Nevertheless, technical and didactic deficiencies on the part of the teaching staff became apparent in some cases at the beginning of the 2020 summer term.<sup>[2]</sup> E-learning technologies were used with varying degrees of intensity. Professors sometimes limit themselves to asynchronous teaching; which means that students are provided with written teaching materials, videos or podcasts of specially or previously recorded courses, as well as other materials, such as self-tests. On the contrary, in synchronous teaching, courses are transmitted live via online platforms. Both asynchronous and synchronous online teaching have advantages and disadvantages (which can be subject-specific); in asynchronous held courses, the pace can be determined independently by the learners, but there is no direct exchange. A combination of



the two approaches seems an appropriate way to compensate the specific disadvantages.

Overall, despite high performance in general, it was certainly not possible to offer a teaching quality comparable to that of a live classroom.<sup>[3]</sup> Nevertheless, the professors and students gained valuable technical and digital-didactic experience and created an appropriate infrastructure. It seems like refusals by university professors to hold their courses digitally or instructions by the faculty management to do so have not become public. Nevertheless, the Bavarian Minister of Science has pointed out the duty of service for the academic education of students in a letter addressed to all employees with teaching duties at Bavarian universities.<sup>[4]</sup>

The development in the winter term of 2020/21 is not foreseeable (so called “2nd wave”). Four forms of teaching are possible which can be combined: Live teaching in compliance with hygiene regulations, a “dual” model with parallel classroom and digital teaching,<sup>[5]</sup> a hybrid model in which the courses are partly held on-site and partly digitally, for example by professors belonging to a risk group. Finally, distance learning alone is a possible option as well. German universities currently tend to «*as much presence as possible*»,<sup>[6]</sup> but this can change on a daily basis due to the development of infection rates. In the United States of America, universities have already stopped teaching on campus the first week after reopening.<sup>[7]</sup> In the long term, the pandemic has shown that universities can switch to distance learning which has triggered euphoria about future developments, at least among some university staff. Furthermore, economies of scale can be exploited in digital teaching; in general, digital teaching formats hold a considerable budget saving potential.<sup>[8]</sup> In terms of university didactics, however, it is controversial whether distance learning can adequately replace (scientific) classroom teaching.<sup>[9]</sup> The future will show whether the corona pandemic is really a catalyst for the digitalization of teaching. There are signs pointing towards a digitalization push in university teaching<sup>[10]</sup> which has to be differentiated from the feared move away from face-to-face teaching.

## **2. Digital teaching and freedom of teaching**

The higher education laws of the German federal states do not specifically

stipulate an obligation for university professors to teach digitally; the regulation of digital courses in general has remained a desideratum to date.<sup>[11]</sup> Although most of the German states have now empowered their ministries to react to the pandemic-related effects on universities by amending their higher education laws, the majority of states have not yet implemented the necessary measures.<sup>[12]</sup> Nevertheless, most of the regulations do not allow rectorates to issue teaching-specific regulations regarding digital teaching.<sup>[13]</sup> Although the ordinances on compulsory teaching issued by the respective state ministries of science («*Lehrverpflichtungsverordnungen*») concretize the scope of compulsory teaching in quantitative terms, they do not contain specific statements on any digital teaching obligations.<sup>[14]</sup>

Thus, a corresponding instruction for university professors can be given by the university body that decides on teaching obligations. The faculty management can issue instructions to specify official teaching duties<sup>[15]</sup> to guarantee the educational mandate of universities. This is regularly the allocation of certain courses at the discretion of the faculty. However, the digital delivery of the course can also be subject to such instructions. At the beginning of the 2020 summer term, teaching in classrooms was not legally permitted.<sup>[16]</sup> Therefore, there was initially no discretion. As far as the SARS-CoV2 containment regulations of the federal states allow for face-to-face teaching for the winter semester 2020/21, the faculty management has a discretionary power. Interference with the freedom of teaching must be taken into account by the faculty management. Given the sensitivity of such allocations from the perspective of the freedom of teaching,<sup>[17]</sup> a specific legal basis would have been desirable in view of the constitutional requirement of certainty. However, the provisions of state law are broad enough to include instructions from the faculty management on digital teaching.

In the case of a corresponding instruction, a distinction has to be made. First of all, it is questionable to what extent online courses can be characterized as scientific teaching at all, since an instruction for non-scientific teaching cannot be given<sup>[18]</sup> and university professors would not fulfil their teaching duties if they were to teach in a non-scientific way (2.1.). Furthermore, it must be considered whether and to what extent an instruction to digital teaching encroaches on the freedom of teaching (2.2.).

## 2.1. No duty to teach in a non-scientific way

University professors can only be obliged to teach as «*scientifically sound transmission of the knowledge gained through research*»<sup>[19]</sup> due to the unity of teaching and research as stipulated in Article 5 (3) of the German Basic Law. University professors cannot be obliged to carry out non-scientific tasks, especially non-scientific teaching.<sup>[20]</sup> Teaching is not bound to a specific form; online-based courses can be scientifically sound.<sup>[21]</sup> Thus, scientific content based on research results must be taught.<sup>[22]</sup> This requires a critical reflection of the taught content and not merely a transfer of knowledge or application-related training. The content is determined by examination and study regulations as well as curricula, module manuals<sup>[23]</sup> and state law. The scientific nature of the content is not affected by the shift of teaching to the digital world. Furthermore, transfer of knowledge must be based on a critical and methodical reflection of acquired scientific knowledge. Due to the lack of interaction between students and professors, asynchronous formats in particular do not initiate cognitive dissonance that promotes reflective-critical thinking.<sup>[24]</sup> However, asynchronous formats also offer sufficient opportunities for interaction, for example by providing and, if necessary, moderating discussion forums, online consultation hours or tests. Also synchronous formats may lack the scientifically sound transmission of knowledge, if the course consists of purely frontal teaching without the opportunity for students to participate.

Consequently, there could still be digital courses at universities that are without interaction and not inherently scientific due to a lack of a scientific-critical discussion of the substance taught. The extent to which academic quality is maintained is not subject to general criteria and therefore must be determined on a case-by-case basis. A differentiation also has to be made between the types of the course. A lecture with many participants is generally less interaction-based than a seminar with only a few participants. In the exceptional pandemic situation, against the background of a lack of adequate alternatives, a broad understanding of science is to be taken as a basis, so that teaching also includes digital teaching formats that ostensibly convey knowledge.<sup>[25]</sup>

## 2.2. Encroachment in the freedom of teaching and justification

The material area protected by the freedom of teaching<sup>[26]</sup> encompasses the “how”, i.e. the free design in terms of content and methodology by which the generally prescribed subject matter is taught.<sup>[27]</sup> Before the pandemic, teaching obligations were predominantly fulfilled by teaching in presence. That is why the question whether the freedom of teaching also allows for distance learning did not become virulent.<sup>[28]</sup> In principle<sup>[29]</sup>, however, a choice existed for the university teacher to convey the subject matter in presence or online, in the light of the freedom to teach if the chosen type of teaching achieves the academic education objective.<sup>[30]</sup>

The obligatory specification of a digital form of teaching and presentation makes the choice of method impossible and thus shortens the scope of protection.<sup>[31]</sup> An exception to this is made for university professors who have knowingly taken up a position<sup>[32]</sup> that leads one to expect digital teaching. In doing so, they have implicitly given their consent to the restriction of the freedom of teaching. This includes professors employed at distance, “digital” or “virtual” universities. The same applies to those whose job description of the position, for example the job advertisement or the job description in the appointment agreement<sup>[33]</sup>, indicates that digital teaching is one of the teaching tasks. Furthermore, this holds true for those who have negotiated a duty to digital teaching after taking office.<sup>[34]</sup>

The freedom of teaching is guaranteed without reservation,<sup>[35]</sup> but is subject to restrictions inherent in the German Basic Law, so that a justification of the intervention has to be considered.<sup>[36]</sup> Conflicting Basic Law concerns the life and health protection of university members and third parties (Article 2 para. 2 sentence 1 Basic Law), public health<sup>[37]</sup>, the right of students guaranteed in Article 12 para. 1 sentence 1 Basic Law<sup>[38]</sup> and the fundamental right enshrined in Article 5 para. 3 sentence 1 of the Basic Law, by which universities are protected in their institutional functionality.<sup>[39]</sup> In the following, different aspects that influence the extent of a reduction of the freedom of teaching guaranteed by the Basic Law are discussed.

### 2.2.1. Lack of interaction

With regard to the intensity of the encroachment caused by a duty to teach digitally, it should be noted that teaching methods of classroom teaching can generally be used online. However, the fact that teaching modalities would be further restricted due to characteristic features of digital teaching, would have an intensifying effect. An integral methodological component of science-based teaching in face-to-face form is, at least in teaching formats with a smaller number of participants, the interaction between professors and students and between students themselves.<sup>[40]</sup> In the humanities in particular, the learning outcome is not just to answer questions but to learn how to ask the right questions in the first place.<sup>[41]</sup> Also, online-based courses do not teach comparable socio-emotional skills like face-to-face teaching does.<sup>[42]</sup>

From the outset, the dialogical structure and the scientific dispute fall away in asynchronous courses, in which the focus is merely on knowledge transfer. Discourse is also minimal in synchronous digital teaching. This is due to the fact that students and professors can still communicate verbally, but there is little or no non-verbal communication. This includes facial expressions, gestures, eye contact or facial expressions. Non-verbal signals are difficult for professors to perceive in the context of video conferencing, since cameras and microphones (if they are available at all) are sometimes not switched on and the faces and bodies of students cannot be captured simultaneously by the professors. Furthermore, echoes, background noise or generally poor sound quality (partly due to connection problems) also limit paraverbal communication, i.e. the way in which people speak, such as articulation or intonation. Thus, essential aspects of interpersonal communication are impaired which leads to shorter attention spans<sup>[43]</sup> and makes interaction significantly more difficult even in smaller groups. Good digital-didactic skills certainly contribute to a higher level of interaction, but are not able to eliminate the primarily technical problems.

These considerations also make the empirically collected findings plausible according to which in the summer semester 2020 the quality of digital lectures in Germany was assessed by 55% of the students and 60% of the lecturers as equally good or better than face-to-face lectures. In contrast, only 42% of the teachers and 39% of the students considered the digital design of seminars to be of equal

or a better quality than face-to-face seminars, and only 35% of the teachers and 37% of the students considered tutorials and exercises to be of equal or better quality.<sup>[44]</sup> Therefore, the smaller and more interaction-based the course, the greater the intensity of intervention of a digital teaching instruction.

### **2.2.2. Restriction of the content**

The change in structure towards academically conducted teaching in digital form also has an effect on the content – regardless of the number of participants. The reason for this is the (justified) fear of recording, storing and further distribution of the synchronously held course or parts of it. Certainly, recording is also possible in classroom teaching, especially in large courses. However, in these cases teachers regularly acquire knowledge of this. In the digital sphere, however, recordings can be made without the professors' knowledge. This is possible with the help of specially designed third-party software that can be used to bypass any recording locks in the video conferencing software or with a second device (e.g. the Smartphone) that records the screen of the device on which the course is displayed. Depending on the videoconferencing software used, it may not always be clear to teachers who is attending the course.

Even by saving the recording,<sup>[45]</sup> instructors lose control over which providers do this, so data may be transferred to cloud service providers in third countries and stored for a long time. In addition, the recordings can potentially be published on various online platforms, serving students as study material. This would make it possible, especially in social sciences, to publish and decontextualize controversial or provocative statements that were possibly just intended to stimulate discussion. This is certainly the exception, but teachers will at least lose their copyrights, and in view of the recording possibilities by which teachers are exposed, special care will certainly be taken to formulate them very carefully. This cautious behaviour also has a negative effect on interaction. Furthermore, teachers could switch to asynchronous teaching from the outset. The recording, storing and publishing may violate criminal, data and copyright regulations<sup>[46]</sup> and might be challenged by public authorities or in civil courts. However, this always bears a cost risk, and deleting content from the internet is not always successful.

### 2.2.3. Professors as civil servants with a special bond of loyalty

The majority of German university professors at state universities are civil servants<sup>[47]</sup>, so that civil service regulations<sup>[48]</sup>, in particular the civil service obligation of loyalty<sup>[49]</sup>, apply accordingly.<sup>[50]</sup> It should be noted that academic freedom is primarily an individual basic right,<sup>[51]</sup> in whose area of guarantee individual-subjective freedoms are exercised.<sup>[52]</sup> Contrary to this, actions of civil servants must always pursue a purpose that is in the public interest<sup>[53]</sup>, § 60 of the Federal Civil Service Act («*Bundesbeamtengesetz*») also places the welfare of the general public in the foreground as the guiding goal of official activity.<sup>[54]</sup> Even though research and teaching of university professors usually indirectly serves the public good, the specific subjective foundation must nevertheless be taken into account in the proportionality test. However, the reference to the freedom of teaching does not suspend the duty of loyalty under civil service law.

This bond of loyalty to the public employer requires a special effort by the civil servant, especially in times of crisis. In principle, it includes a duty to maintain teaching operations and thus to fulfil the teaching and training mandate of universities<sup>[55]</sup>, as is also stipulated by law in § 62 Federal Civil Service Act («*Bundesbeamtengesetz*») and § 35 Civil Servant Status Act («*Beamtenstatusgesetz*»). An encroachment on a civil servant's freedom to teach can be more readily justified.<sup>[56]</sup> The duty of loyalty is synallagmatic to the duty of care of the employer.<sup>[57]</sup> This may require compensation after the pandemic due to the shift to the detriment of research<sup>[58]</sup> and in favour of teaching.<sup>[59]</sup>

### 2.2.4. Preliminary result

The faculty management's instruction on digital teaching can interfere with the freedom of teaching, provided that no implicit consent has been given to take on corresponding teaching tasks. The extent to which this intervention can be justified depends on the individual case. An essential aspect of the appropriateness test is the lower level of interaction in virtual classroom courses with synchronous teaching, where discussion-intensive, dialogue-oriented teaching is essential, especially with small numbers of participants. In addition,

teachers limit themselves in the way they teach the subject matter due to the fear that contents of the courses will be made public and the consequences this would have. Nevertheless, most professors are civil servants who are obliged to remain loyal, especially in times of crisis.

### 3. Conclusion

The above-mentioned considerations must be taken into account for a constitutionally compliant directive on digital teaching. A differentiation is necessary between the summer term 2020, the winter term 2020/21 and the more distant future, in which the pandemic emergency will be overcome.

Instructions on digital teaching in the 2020 summer term are likely to have been in conformity with fundamental rights and thus legally enforceable with regard to the exceptional situation caused by the pandemic. Since face-to-face teaching was impossible<sup>[60]</sup>, at least initially, the alternative to digital teaching would have meant no teaching at all or self-studying, so that the educational mandate of universities would not have been fulfilled. However, even at this point, individual instructions may have been contrary to fundamental rights. This refers in particular to courses in engineering and natural science disciplines that require a laboratory.<sup>[61]</sup>

In the winter term 2020/21, teaching in presence is at least partially possible<sup>[62]</sup> and therefore requires readjustment. Where presence teaching is legally and factually possible, a directive on digital teaching does not seem appropriate in principle; rather, the professor can decide in such constellations. The synthesis of digital and face-to-face teaching, whereby the course can be attended on site, but at the same time is also recorded or transmitted live in the digital space, seems to be popular. A milder, equally effective means of achieving this is teaching that is only digital or only in classroom form, with the result that no instruction on hybrid operation is required. However, teaching in classroom form increases the risk to life and health in the exceptional pandemic situation<sup>[63]</sup>, while interaction suffers from pure distance learning.<sup>[64]</sup> Therefore, a corresponding instruction would be necessary. With regard to the appropriateness, it should be noted that the level of interaction could be increased by partial presence, although the active involvement of digital participants might even be worsened, since interaction has



to take place simultaneously with the physically and digitally present participants. Courses may also be recorded by third parties.

After the pandemic, digital teaching can only be demanded from the faculty management if this is part of the teaching duties. Nevertheless, the current massive use of digital media will continue to promote the use of digital media in the future. It has to be discussed whether and how the lack of interaction in digitally held courses can be compensated.

1. Although the semester times were not postponed, courses could begin later, Conference of the German Ministers of Education and Cultural Affairs of the federal states, press release dated 3.4.2020, <https://www.kmk.org/aktuelles/artikelansicht/kmk-sommersemester-2020-findet-statt.html> (accessed on 30.10.2020).
2. Cf. A. Franzke, S. Tomšić, C. Baum, *Willkommen im Neuland*, in *Zeit Campus*, 5.5.2020, <https://www.zeit.de/campus/2020-04/digitales-semester-coronavirus-studium-goethe-uni-versitaet-frankfurt> (accessed on 30.10.2020).
3. See for example *Forschung und Lehre*, 13.7.2020, <https://www.forschung-und-lehre.de/lehre/hochschullehrer-beklagen-verschlechterung-der-lehre-2939/> (accessed on 30.10.2020) with reference to a survey of the German Philosophical Faculty Day among its members.
4. A. Günther, *Die Unsicherheit an den Unis*, in *Süddeutsche Zeitung*, 6.7.2020, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/bayern-universitaeten-corona-perspektive-1.495783> (accessed on 30.10.2020).
5. This enables a "rolling system" in which different "cohorts" take turns in physically attending the event, see also *Tagesspiegel*, 26.08.2020, <https://www.tagesspiegel.de/wissen/universitaet-in-zeiten-von-corona-praesenz-bleibt-die-ausnahme/26128532.html> (accessed on 30.10.2020).
6. Hochschulrektorenkonferenz, Press Release dated 2.7.2020, [hrk.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/meldung/hrk-senat-prioritaet-fuer-gesundheitsschutz-so-viel-praesenzlehre-wie-moeglich-4742/](http://hrk.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/meldung/hrk-senat-prioritaet-fuer-gesundheitsschutz-so-viel-praesenzlehre-wie-moeglich-4742/) (accessed on 30.10.2020).
7. *Forschung und Lehre*, 19.8.2020, <https://www.forschung-und-lehre.de/lehre/einige-us-unis-beenden-praesenzlehre-wieder-3026/> (accessed on 30.10.2020).
8. M. Fehling, *Reine Online-Hochschullehre: Möglichkeiten und Grenzen im Lichte von Ausbildungsauftrag, Lehrfreiheit und Datenschutz*, in *Ordnung der Wissenschaft* 3 (2020), 137 (138).
9. Many professors demand a return to presence teaching, see <https://www.praesenzlehre.com> (accessed on 30.10.2020).

10. M. Fehling, *op. cit.*, 153.
11. This is criticized by G. Sandberger, *Rechtsfragen des digitalen Unterrichts, digitaler Prüfungen und virtueller Gremiensitzungen an Hochschulen*, in *Ordnung der Wissenschaft* 3 (2020), 155 (156 et seq., 167).
12. For example, the Hessian Ministry has issued an ordinance on the basis of § 96 Hessian Higher Education Act («*Hessisches Hochschulgesetz*») that extends the standard periods of study and the maximum duration of fixed-term employment relationships.
13. However, this is regulated by law in North Rhine-Westphalia (§ 8 of the Corona Epidemic University Ordinance («*Corona-Epidemie-Hochschulverordnung*»), based on § 82a of the Higher Education Act of North Rine-Westfalia («*Hochschulgesetz Nordrhein-Westfalen*»)).
14. The creation of e-learning resources and multimedia offerings as well as the supervision can be credited to the teaching load according to most teaching regulations. However, these are primarily resources for a combination of classroom teaching and e-learning (so-called "blended learning"). Cfr. U. Lungershausen, G. Emunds, I. Buß, *Anrechnung virtueller Lehre auf das Lehrdeputat*, in *Die Neue Hochschule* 4 (2016), 102 et seq.
15. M. Hartmer, Y. Dorf, *Ist elektronische Lehre Dienstpflicht?*, in *Forschung und Lehre* 5/20, 394 (396); M. Fehling, *op. cit.*, 141 with reference to the ultima-ratio character of this and the milder means of informal collegial coordination. See also S. Pernice-Wanke, § 35, in C. von Coelln, F. Schemmer, *BeckOK Hochschulrecht NRW*, Munich 2020, par. 23 et seq. A legal basis for the direction can be found e.g. in art. 28 of the Higher Education Act of Bavaria («*Bayerisches Hochschulgesetz*»), § 18 of the Higher Education Act of North Rine-Westfalia or § 79 of the Higher Education Act of Hamburg («*Hamburgisches Hochschulgesetz*»).
16. See, for example, § 10 of the Berlin SARS-CoV-2-EindmaßnV Berlin of March 17, 2020 (GVBl 76. Volume No. 11) or § 20 of the Hamburg SARS-CoV-2-EindämmungsVO of April 2, 2020 (HmbGVBl. p. 181).
17. For details see 2.2.
18. Such an instruction would not be suitable for fulfilling the training mandate of the universities.
19. German Federal Constitutional Court, BVerfGE 35, 79 (113).
20. M. Fehling, *op. cit.*, 141 et seq. and generally K. Gärditz, *Art. 5 Abs. 3*, par. 157, in T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz*, Munich, 90. EL Februar 2020.
21. K. Gärditz, *op. cit.*, par. 116.
22. K. Gärditz, *op. cit.*, par. 115.
23. Cf. G. Sandberger, *op. cit.*, 157.
24. Cf. M. Fehling, *op. cit.*, 142.
25. M. Fehling, *op. cit.*, 142.
26. Although this paper focuses on the duty of digital teaching of university professors, the scope of protection covers all lecturers at the university who are responsible for their own research (BVerfGE 35, 79 (125)).

## CERIDAP

27. Cf. German Federal Constitutional Court, BVerfGE 35, 79 (113); 55, 37 (68) and § 4 Higher Education Framework Act («*Hochschulrahmengesetz*»).
28. Neither the teaching obligation ordinances nor the higher education acts of the federal states address this issue; there are also no judgements.
29. Exceptions exist for the subsequently mentioned consent to the restriction of the freedom
30. Cfr. German Federal Constitutional Court BVerwGE 144, 195 (201 ff.).
31. M. Hartmer, Y. Dorf, *op. cit.*, 394; M. Faller, *Rechtsfragen zu digitalen Lehrformaten, Arbeitspapier Nr. 7 des Hochschulforums Digitalisierung*, Berlin, 2017, 6.
32. Cfr. for example § 43 Higher Education Framework Act, § 99 Abs. 1 Higher Education Act of Berlin («*Berliner Hochschulgesetz*»), § 42 Higher Education Act of Brandenburg («*Brandenburgisches Hochschulgesetz*»).
33. Cfr. on this and on the concept of denomination H. Detmer, *Das Recht der (Universitäts-)Professoren*, in M. Hartmer, H. Detmer, *Hochschulrecht*, Heidelberg, 2017, 195.
34. See in detail M. Hartmer, Y. Dorf, *op. cit.*, 395 et seq.; Faller, *op. cit.*, 6 et seq.
35. B. Kempen, *Grundfragen des institutionellen Hochschulrechts*, in M. Hartmer, H. Detmer, *op. cit.*, 38.
36. An instruction that would impose more concrete guidelines on the methodological design of digital courses, e.g., obligatory synchronous teaching via a certain platform or the recording of videos, would not be justified, since milder means exist for fulfilling the teaching obligation. Cf. M. Hartmer, Y. Dorf, *op. cit.*, 395 et seq.
37. Generally on conflicting fundamental rights due to restrictions on university operations: G. Sandberger, *op. cit.*, 156.
38. Cf. German Federal Constitutional Court, BVerfGE 35, 79 (121 et seq.); 47, 327 (370); 55, 37 (68); 141, 143 (169)
39. Cf. German Federal Administrative Court, BVerwGE 144, 195 (201 et seq.); M. Hartmer, Y. Dorf, *op. cit.*, 394 et seq.
40. Cf. G. Sandberger, *op. cit.*, 157; M. Fehling, *op. cit.*, 140, 153; K. Bremer, C. König, *Wie die "neue Normalität" an Universitäten aussehen kann*, in *Forschung und Lehre*, 3.7.2020, <https://www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/wie-die-neue-normalitaet-an-universitaet-en-aussehen-kann-2919> (accessed on 30.10.2020).
41. L. Lütteken, *Präsenzlehre auch in Krisen nicht ersetzbar*, in *Forschung und Lehre*, 30.6.2020, <https://www.forschung-und-lehre.de/management/praesenzlehre-auch-in-krisen-nicht-ersetzbar-2906/> (accessed on 30.10.2020)
42. R. Bassett, *Sustaining the Values of Tertiary Education during the COVID-19 Crisis*, in *International Higher Education* 102 (2020), 5 (7).
43. Cfr. S. Kühl, *Wenn jeder für sich allein lacht*, in *Forschung und Lehre*, 20.5.2020, <https://www.forschung-und-lehre.de/wenn-jeder-fuer-sich-allein-lacht-2778/> (accessed on 30.10.2020), which also indicates the focus on the factual dimension.
44. Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, *Hochschulen, Corona und Jetzt?*, <https://www.stifterverband.org/medien/hochschulen-corona-und-jetzt> (accessed on

## CERIDAP

- 30.10.2020), 8 et seq.
45. Professors may also be forced to use a provider of video conferencing software that is questionable in terms of data protection if the university does not provide other software.
  46. Cfr. C. Buchmüller, E. Hohl, *Die Vorlesung? Hab ich auf'm Smartphone! – Vorlesungsmitschnitte und ihre rechtliche Zulässigkeit*, in *Ad Legendum* 2014, 83 et seq.
  47. However, it is also possible to be employed under private law in accordance with the state university law, see for example § 43 Higher Education Act of Brandenburg («*Brandenburgisches Hochschulgesetz*»). According to K. Gärditz, *Dienstrecht der Hochschulen*, in K. Gärditz, L. Pahlow, *Hochschulerfinderrecht*, Berlin, 2011, 36, an employment under private law with university professors is only concluded if the requirements under service law for a civil service relationship are not fulfilled.
  48. This means, that disciplinary law may apply. If a professor denies to teach digitally, disciplinary proceedings can be initiated. A refusal to fulfil the teaching obligation has recently been punished by a reduction in remuneration, see VG Göttingen, Az. 4 A 102/18 and 4 A 174/19.
  49. The legal provisions are § 3 Abs. 1 of the Federal Civil Service Act («*Bundesbeamtengesetz*»), § 4 of the Civil Servant Status Act («*Beamtenstatusgesetz*») and the state civil service laws.
  50. Cfr. G. Sandberger, *Das wissenschaftliche Hochschulpersonal – Personalstruktur und Personalrecht*, in V. Haug, *Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg*, Heidelberg 2009, 491.
  51. Cfr. German Federal Constitutional Court, BVerfGE 15, 256 (263 et seq.).
  52. K. Gärditz, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen, 2009, 444 et seq.
  53. Cfr. German Federal Constitutional Court, BVerfGE 38, 175 (180).
  54. BT-Drs. 19/4117, 12.
  55. M. Fehling, *op. cit.*, 141.
  56. Cfr. Schröder, *Der Schutzbereich der Grundrechte*, in *Juristische Ausbildung* 2016, 641 (644).
  57. § 78 Federal Civil Service Act, see also K. Grigoleit, § 78 *BBG*, in U. Battis, *Bundesbeamtengesetz*, Munich, 2017, paragraph 2 et seq.
  58. Creating e-learning content for the first time and familiarizing yourself with the technical framework is significantly more time-consuming, cfr. J. Henke, N. Richter, S. Schneider, S. Seidel, *Disruption oder Evolution? Systemische Rahmenbedingungen der Digitalisierung in der Hochschulbildung*, Halle-Wittenberg, 2019, 48.
  59. M. Fehling, *op. cit.*, 141.
  60. As recently as March 2020, executive order laws were enacted nationwide on the basis of Section 32 of the German Infection Protection Act by the state governments or by bodies authorized by them. The executive order laws prohibited larger events, see for example for Berlin: § 1 SARS-CoV-2-EindV of 14.3.2020, GVBl. 2020, 210 et seq.
  61. M. Hartmer, Y. Dorf, *op. cit.*, 395 et seq.

## CERIDAP

62. See under 1.
63. Cfr. G. Sandberger, *op. cit.*, 156. In addition, for example, students who fall into risk groups and are unable to attend lectures are prevented from enjoying the freedom of study derived from Article 12 of the German constitution.
64. 2.2.1.

## Acordo comercial reino unido-união europeia em. Traços gerais

*José Luís da Cruz Vilaça*

*L'accordo commerciale con il Regno Unito ha evitato lo scenario peggiore, ma è complesso e contingente. Stabilisce la libertà degli scambi di merci, senza evitare l'aumento della burocrazia doganale. Definisce una piattaforma per la parità, ma prevede misure compensative (ritorsioni?) in caso di deroga alle norme in vigore. Non c'è praticamente alcun accordo per i servizi, per cui i negoziati devono proseguire. Esiste una moratoria sulla pesca fino al 2026, con una graduale riduzione delle catture nella zona economica esclusiva (ZEE) britannica. Gli europei possono viaggiare senza visto per 90 giorni, ma non esiste un accordo generale sulla mobilità. In sostanza, il Regno Unito diventa un paese terzo per l'Unione europea e le norme sull'applicazione del trattato e sulla risoluzione dei conflitti, basate su misure arbitrali e compensative, possono sfociare in una procedura permanente di negoziazione e contenzioso*

### **1. Um compromisso complexo e contingente**

«*Consummatum est*»: o Reino Unido (RU) já não faz parte da União Europeia (UE), nem do seu mercado interno e união aduaneira. Todo ele? Não, a Irlanda do Norte, uma das nações que integram o RU, continua a fazer parte, na prática, do mercado interno europeu.

Parece confuso, é confuso, e ilustra de forma lapidar a complexidade do “acordo de véspera de Natal”, como tem vindo a ser referido o acordo comercial que, obtido no dia 24 de dezembro de 2020, a uma semana do final do prazo, permitiu evitar o caos que resultaria de uma saída definitiva sem acordo.

Foi evitado o pior de todos os cenários, o que não significa que o resultado seja perfeito, muito pelo contrário. Este é um acordo complexo, é verdade, mas

também ainda muito lacunar, contingente e subjetivo, com inúmeras incertezas e incógnitas, muitas matérias por decidir, objeto inevitável de negociações futuras.

E enquanto se continua a esmiuçar o texto do acordo, longo de milhares de páginas, e as partes procuram apresentá-lo à luz mais favorável possível, analistas tentam antecipar as suas consequências, deparando com a dificuldade que resulta da referida natureza, lacunar, contingente e subjetiva.

Certo é que, a partir de agora, o RU passa a ter, em relação à UE, o estatuto de Estado terceiro. O acordo celebrado é um instrumento de direito internacional, que vincula as partes, e prevê os mecanismos para a implementação e a resolução dos conflitos que dele possam emergir. Esse será sem dúvida um dos pontos-chave da relação futura entre o RU e a UE.

## **2. O tratado e o mercado**

Começando pelos números: em 2019, 43% do total das exportações do Reino Unido (RU) foram para a União Europeia (UE), sendo 58% em produtos e 42% em serviços. E o RU importou da UE-27 52% do que necessita<sup>[1]</sup>. Mais importante ainda, o défice britânico no comércio dos produtos é cerca de € 108 mil milhões; como tem um superavit de € 20 mil milhões nos serviços, o défice comercial final, em 2019, foi de € 87 mil milhões. O total do comércio bilateral é de € 740 mil milhões.

Para Portugal, o RU é um mercado fundamental. Trata-se do nosso 4º cliente em termos de comércio de bens e serviços, 9,6% das exportações portuguesas (em 2017).

Ora, o Conselho da União Europeia aprovou no dia 29 de dezembro, por acordo unânime dos 27 Estados-membros (EM), a aplicação do Tratado Comercial e de Cooperação (TCC) com o RU a partir de 1 de janeiro de 2021. A aprovação é provisória até ao final de fevereiro e permite a entrada em vigor do acordo na pendência das decisões parlamentares necessárias, quer do Parlamento britânico (que o aprovou a 30 de dezembro), quer do Parlamento Europeu (PE), que só votará o acordo no ano que agora começa.

Haverá risco de rejeição pelos parlamentares europeus? É improvável, e só não é de considerar impossível pela margem de cautela exigível nestas questões (e por um prurido de consciência democrática). Qual então a necessidade de aguardar o

parecer do PE para transformar o Tratado de provisório em definitivo? Por duas razões, uma jurídica (é obrigatório), outra da ordem dos valores democráticos. Não sabemos se chega para evitar algum fumo de hipocrisia, mas salva-se a Europa do caos de um não-acordo.

No dia 1 de janeiro de 2021, o RU abandonou em definitivo (será?) o mercado interno, a união aduaneira, as políticas europeias e os acordos internacionais da UE. Acaba-se a liberdade de circulação entre as duas margens do Canal da Mancha. Em contrapartida, foi celebrado um acordo de comércio livre sem precedentes, base para a cooperação futura. A própria UE, numa brochura sobre o TCC, o diz: *«vai muito para além de um acordo de comércio livre tradicional e constitui uma base sólida para a preservação da nossa antiga amizade e para a cooperação futura»*. Será assim?

O acordo é substancial e elaborado. Prevê liberdade de comércio dos produtos em geral, incluindo os produtos agrícolas, e facilita os procedimentos alfandegários pelo reconhecimento mútuo dos chamados “Operadores Económicos Autorizados”. Obriga ao cumprimento das regras de origem (de onde são verdadeiramente originários os produtos?), mas os exportadores podem auto-certificar a origem. E passa a haver controlos e declarações obrigatórias, para avaliar a conformidade dos produtos importados do RU com as especificações técnicas e regulamentárias em matérias de saúde, segurança, direitos laborais e outros padrões europeus. Alguns produtos terão vida facilitada nessa comprovação, caso dos de baixo risco ou “de interesse mútuo”, como os automóveis, vinho, produtos orgânicos, farmacêuticas e químicos.

A UE quis vincular para o futuro o RU aos seus padrões e regras em matéria regulatória, no respeito do chamado “level playing field” (que podemos designar “plataforma de igualdade” no comércio e na concorrência) relativo aos direitos sociais, exigências sanitárias e ambientais, ajudas de Estado e regras da concorrência em geral, um dos pontos-chave do acordo. Sem sucesso: ficou consagrado o reconhecimento da situação atual e a aceitação mútua dos padrões de cada uma das partes, uma cláusula referida como de paragem ou “standstill”. Contudo, alterações substanciais às regras aplicáveis e em vigor aquando da aplicação do TCC serão abordadas no âmbito da parceria e podem levar a respostas da parte que se considere lesada, como a imposição de taxas ou quotas ou até a suspensão de pontos específicos do acordo, desde que justificadas e



proporcionais (ver mais abaixo).

Referidos no acordo e objeto de declarações políticas apenas ao TCC estão aspetos muito sensíveis, como o controlo dos subsídios (em que circunstâncias são as ajudas de Estado aceitáveis?) e os regimes fiscais. Neste caso, há uma espécie de acordo (quase tácito, dada a natureza vaga das disposições e declarações) no sentido de que as taxas não serão usadas como forma de discriminação; porém, os mecanismos de resolução de conflitos são pouco claros, sem prejuízo do que mais abaixo se refere. No fundo, as partes mantêm alguma margem (discricionária) em matéria de fiscalidade. E, quer no que respeita aos impostos, quer às ajudas de Estado e outras matérias, ainda há trabalho a fazer para tornar o acordo operacional e credível.

Um exemplo: em matéria sanitária e fitossanitária, sobre proteção da saúde humana, animais e plantas, os exportadores britânicos da agroindústria deverão respeitar as regras europeias e serão sujeitos a controlos nas fronteiras dos EM. O contrário também é verdadeiro. Não haverá, contudo, um princípio de reconhecimento mútuo das regras aplicáveis por cada Parte, pelo que a exportação terá sempre de ser baseada em documentos que comprovem o respeito das aplicadas no mercado de destino.

E há um acordo sobre o IVA, a recuperação de verbas relacionadas com taxas aduaneiras, cláusulas contra fraudes alfandegárias, erros administrativos, etc, num esforço notável de cooperação.

### **3. O tratado, os serviços e os programas europeus**

Se nos produtos haverá mercado livre, ainda que regulado, nos serviços a situação é outra. Os prestadores de serviços só beneficiarão de um tratamento não discriminatório se cumprirem as regras do país em que os oferecem, acabando o princípio do país de origem, ou cláusula do mercado interno, segundo a qual estão, em princípio, sujeitos à legislação do EM no qual se encontram estabelecidos e não às diferentes legislações dos países onde os seus serviços são prestados. Também cessa o reconhecimento mútuo de qualificações, ainda que possam no futuro ser estabelecidos regimes de Reconhecimento Mútuo de Qualificações Profissionais (através de acordos entre reguladores e representantes dos diferentes setores profissionais), e o chamado “passporting” (ver mais abaixo).

Numa nota mais positiva, mantém-se a liberdade das viagens de negócios de curta duração e as transferências temporárias de trabalhadores do mesmo grupo empresarial. Alguns setores ficam excluídos dos novos direitos: audiovisuais, serviços públicos, serviços de interesse geral e alguns casos relacionados com transportes.

Foi um desfecho surpreendente aquele que resultou num acordo limitado em matéria de serviços, particularmente os financeiros. A perda do “passporting” – o direito de uma empresa registada num EM de operar em qualquer país da União, aí se instalar ou oferecer serviços transfronteiriços sem precisar de outras autorizações – representa um enorme prejuízo para a indústria financeira britânica, e logo num setor económico em que o RU tem superavit na relação com a União. Mas atenção: uma declaração política anexa ao TCC reconhece a necessidade de prosseguir o diálogo nesta matéria, incluindo a possibilidade de celebrar um acordo de entendimento até março de 2021, que inclua cláusulas de “equivalência”, isto é, o reconhecimento dos critérios e regras mútuos. Que grau de precariedade ou de certeza poderá ter esse processo é o que falta ainda conhecer.

O acordo assegura as ligações por ar, terra e mar. No caso da aviação, o RU perde os direitos de tráfego que tinha no espaço aéreo europeu. No transporte terrestre, o trânsito é permitido desde que cumpridos padrões elevados de segurança e condições de trabalho. A concorrência entre operadores europeus e britânicos far-se-á numa “plataforma de igualdade” em matéria de direitos dos passageiros, segurança do transporte, proteção ambiental e outras. A gestão do espaço aéreo comum e a segurança do transporte aéreo serão objeto de cooperação.

O paradigma supremo do que seria uma separação sem acordo foi, sem dúvida, o bloqueio de centenas de camiões nos acessos ao porto de Dover, provocado pela nova estirpe da pandemia, um vislumbre daquilo que poderia ter sido: caos, quebra nos abastecimentos, dramas humanos, prejuízos económicos de monta.

O abastecimento energético é assegurado e os fluxos (através das interconectividades instaladas, de cabos elétricos e condutas de gás) continuarão a fluir. No plano das alterações climáticas, a cooperação também se mantém, com uma cláusula que permite suspender o acordo se alguma das partes incumprir os compromissos do Acordo de Paris.

E depois há o “pequeno pormenor” das pescas, que atirou a conclusão do acordo

para a 23<sup>a</sup> hora. O acesso às águas do RU por parte das frotas europeias será mantido por 5 anos e meio, com uma redução gradual e equilibrada das quotas (em quantidades já determinadas para os mais de 100 stocks distintos partilhados), fixando-se em 2026 a base para a determinação anual dos totais de captura e sua distribuição, que terá lugar a partir daí. De referir que o mesmo se aplica ao acesso de embarcações britânicas a águas europeias.

Um artigo do acordo prevê «*Medidas compensatórias em caso de supressão ou redução do acesso*» e está a merecer a atenção dos especialistas. Assim, se uma das partes notifica a outra da supressão ou redução do acesso entretanto determinado, esta pode «adotar medidas compensatórias compatíveis com o impacto económico e societal da alteração do nível e das condições de acesso às águas» (artigo FISH.9). É caso para dizer “muita faneca para pouco bacalhau” (sendo que nem um nem o outro são dominantes nas águas em disputa – a supor que os haja).

Finalmente, a UE aceitou a participação do RU nos programas europeus de inovação, investigação e espaço. Inclui o Horizonte Europa (sucessor do Horizonte 2020), o programa de investigação do Euratom, o ITER (instalação de testes de fusão), o Copernicus e os serviços de Vigilância de Satélites. Os britânicos pagarão uma contribuição, a determinar (não há almoços nem investigação grátis, pelos vistos). Por outro lado, continuam a participar na Agência Espacial Europeia, que não é uma organização da UE.

#### **4. O tratado e as pessoas**

No que respeita às pessoas, o acordo é interessante. Os europeus podem entrar no RU e os britânicos na UE, dispensando vistos, por períodos curtos de 90 dias (no espaço de 180). Existem medidas de salvaguarda da segurança social, relativas aos direitos dos cidadãos de um e outro lado que vivam ou trabalhem na UE ou no RU, e respeitando a acesso a pensões, cuidados de saúde, acidentes de trabalho ou benefícios de maternidade.

O Cartão Europeu de Seguro de Saúde continua válido e os britânicos passarão a dispor de um “UK Global Health Insurance Card” que lhes permite acesso a tratamento médico em países europeus aquando de uma estadia, nas mesmas condições dos nacionais respetivos (mas perdem esse direito noutros países

européus, como a Noruega, Islândia, Liechtenstein e Suíça).

Entretanto, o RU abandona o chamado Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça e será um país terceiro em relação aos acordos de Schengen. Mas está prevista uma estrutura para cooperação judicial em matéria criminal, incluindo o compromisso de proteger e aplicar os direitos fundamentais determinados pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada no âmbito do Conselho da Europa (não confundir com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

O RU deixa de ter acesso direto e em tempo real às bases de dados europeias, como a importante base de dados de informações sobre segurança e gestão de fronteiras do Sistema de Informação de Schengen II. Está, contudo, prevista a troca de informação em matéria de dados de passageiros aéreos, registos criminais, DNA, impressões digitais e registo de veículos. O RU continuará a cooperar com a Europol e o Eurojust na luta contra o crime transfronteiriço, lavagem de dinheiro e terrorismo. Por outro lado, abandona o mecanismo do mandado europeu de detenção e entrega e, embora estejam previstos procedimentos para entrega de criminosos, não são idênticos, já que os países europeus e o RU podem recusar-se a cumpri-lo. Além disso, as partes comprometem-se a respeitar altos níveis de proteção de dados.

## **5. O tratado, a governança e a resolução de conflitos**

Um dos pontos fulcrais nas negociações foi o da governança do próprio TCC. Como operar, como resolver disputas, como garantir a aplicação das regras. É neste ponto que reside, na nossa opinião, uma das fraquezas do acordo, excessivamente contingente. Há um único instrumento de governança, o **Conselho da Parceria** (“Partnership Council”), composto por representantes das duas partes, em paridade, assistidos por comités especializados e grupos de trabalho. Encarregue de assegurar a execução do acordo, toma decisões vinculativas por consentimento mútuo.

Um mecanismo horizontal de resolução de conflitos, baseado num tribunal arbitral independente, decidirá os casos de desacordo, também com força vinculativa. Tal como o RU pretendia, o Tribunal de Justiça da UE não será tido nem achado na matérias.

E, finalmente, mecanismos de salvaguarda e execução (ou coação – “enforcement”), entram em ação: as partes podem reintroduzir quotas ou tarifas no setor afetado ou mesmo retaliar noutras áreas, em caso de incumprimento de decisão de um tribunal arbitral. Há até a hipótese de suspender ou revogar o acordo, na totalidade ou em parte, em caso de quebra de elementos essenciais como o respeito pelos valores fundamentais, as obrigações em matéria de clima ou a não proliferação de armas nucleares.

Importa salientar que os mecanismos de resolução de conflitos não são uniformes, havendo variações consoante os setores, com exceções e cláusulas especiais que farão decerto as delícias de peritos e advogados.

Em suma, não são de excluir momentos de futura tensão, novos braços de ferro, retaliações e contra-retaliações. Há inúmeras zonas cinzentas e acordos por concluir, são frequentes as referências a “reservas” relacionadas com áreas de competência mista entre os Estados membros e a União, tornando a determinação do acesso ao mercado e a regulação dependentes de distintas regras e leis nacionais. Pode haver secções inteiras do TCC que venham a soçobrar, não se revelando eficazes ou sendo rejeitadas pelas partes, por impossibilidade de consolidar procedimentos.

Mas talvez convenha encarar o acordo na sua multiplicidade e complexidade, podendo acontecer exatamente o oposto, isto é, uma crescente integração, com um efetivo respeito pelas regras mútuas e um alinhamento em quase todas as dimensões relevantes. Isso ou o seu contrário faz aumentar, afinal, a subjetividade de muitas soluções e o grau de contingência do acordado.

Só o futuro dirá.

Entretanto, é bom não esquecer, está em vigor desde janeiro de 2020 o Acordo de Saída, que regula nomeadamente a relação entre a República da Irlanda e a Irlanda do Norte, com um sistema específico para as trocas de e para esta região do RU. E um acordo de última hora (31 de dezembro) entre as autoridades espanholas e o governo britânico prevê que Gibraltar continue a fazer parte do espaço Schengen de livre circulação (a agência europeia Frontex patrulhará os pontos de acesso ao “Rochedo” durante 4 anos).

Ah, é verdade: o Reino Unido trocou o Erasmus pelo Turing, que deverá ver a luz do dia algures no próximo verão. Promessas quebradas, expectativas frustradas. Consultámos várias fontes para este efeito. Entre outros, vg.

## CERIDAP

<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-7851/>.

T a m b é m

<https://www.gov.uk/government/organisations/department-for-international-trade>.

<https://www.gov.uk/government/statistics/uk-trade-in-numbers>.

<http://www.portugalglobal.pt/PT/Internacionalizar/Paginas/MercadosExternos.aspx?marketId=18>.

## Managing in times of crisis : the case of the European Parliament

*Giancarlo Vilella*

*I punti essenziali del ragionamento sviluppato in questo articolo sono: il Covid-19 ha messo in evidenza il ruolo svolto dall'amministrazione come ponte nel confronto (conflittuale) tra il potere della scienza e il potere politico; l'emergenza sanitaria ha messo in luce l'importanza del funzionamento delle istituzioni parlamentari per la difesa della democrazia dato che il potere esecutivo (oggettivamente) ha il sopravvento. L'amministrazione del Parlamento europeo è un caso di studio molto interessante in questo senso perché è riuscita a far fronte all'emergenza grazie a diversi fattori; l'EPA ha attuato negli ultimi anni un programma di digitalizzazione strutturale del Parlamento europeo. Infine, l'EPA ha lavorato per attivare una capacità amministrativa per gestire le "misure senza precedenti" che si sono dovute adottare: tale capacità è stata raggiunta realizzando le azioni nel rigoroso quadro della governance del Parlamento europeo e sotto il suo controllo permanente.*

The emergency caused by the Covid-19 pandemic has cast light on the important role played by the public administration in managing the crisis, and in particular the central role of its management. Recently, Zeger Van der Wal explained in a very pertinent way<sup>[1]</sup> that the capacity of the public administration is an essential factor for ensuring resilience, trust and an exit from the crisis: in this context, the public managers are those who work behind the scenes, in a complex and uncertain environment, to deliver results. Van der Wal identifies three “key competences” which managers must know how to use for smart management in times of crisis, such as that of Covid-19: explaining and selling unprecedented measures; astute relationship with the political masters; empowering and leveraging networks. This is an interesting suggestion, following which I would put forward some considerations on the experience of the European Parliament

as a case study.

First, however, I must add that in a situation such as the health emergency that we are currently undergoing, the role played by the administration is much more delicate than just ensuring good management, because it is intended above all to ensure balance in the ongoing conflict between powerful actors in our societies, namely science and politics. Max Weber was way ahead of his time when he identified the development of this conflict a century ago<sup>[2]</sup>. As Weber explained in a way that has never been unsurpassed, the three essential subjects/protagonists are: science/technology, the political sphere and the administration. Weber understood perfectly where we were going a century ago and his analysis is altogether suited to the current situation, specifically in the context of the Covid-19 emergency: in fact, the three protagonists in question are hard at work. Weber explains that in modern times the main dialectic, which in truth is a relationship that tends to be conflictual, is between science/technology and the political sphere: in both cases, Weber said, evolution would lead to their professionalisation, to the disenchantment of the world, risking a separation that will have to be reconciled. On the one hand, there is science/technology, concentrated on its subject-matter in complete autonomy and with its tendency to be hegemonic; on the other hand, there is the political sphere, which has to come to terms with science/technology, but must be able to take the most appropriate decisions, that is to say, must be able to decide having regard to all the elements necessary for the government of society and not only the subject-matter of science. This is exactly what we are experiencing today in general terms with technological progress, which tends to be hegemonic and separated from the political sphere, while the latter tries to bring everything back together within the framework of a global governance of society: and this has been accentuated by Covid-19. The question is: where is the factor of possible reconciliation to be found? The philosopher Massimo Cacciari, reconstructing Weber's thought, tells us: «*Without a technical-bureaucratic apparatus, without organisation, without skills, politics is not a profession, and will therefore necessarily be ineffective in governing a world dominated by technical/scientific powers. A political sphere which does not want or is unable to structure itself professionally internally and equip itself as a whole with powerful administrative/bureaucratic structures will simply be opting for impotence*<sup>[3]</sup>».



Generally, when we speak of the public administration, we mean administration acting at the level of government, the executive branch, and we also include local and regional authorities, always as executive branch. Van der Wal is no exception and focuses on this type of administration and management. Well, this is a very serious limitation in scholarly literature in general, but it becomes really serious problem when it comes to emergency situations of the type brought about by Covid-19. The reason is very clear: Y. N. Harari says that «*[t]he storm will pass, humankind will survive, most of us will still be alive - but we will inhabit a different world*». What world? It depends on the choices we make: «*The first*» – says Harari – «*is between totalitarian surveillance and citizen empowerment*»<sup>[4]</sup>. He is not alone in taking this view, the debate on this issue over the past year has been very intense and wide-ranging. An example, among many, is the appeal made to the institutions by a group of intellectuals in Italy<sup>[5]</sup>: the appeal contends that “all at home” (confinement) is poisonous for the institutions because it puts democracy into quarantine. According to the authors of the appeal, Parliament assembles only intermittently, converts decrees into laws hastily and does not exercise its power of holding the executive to account; the government meets at night and communicates through social media; the Prime Minister limits constitutional rights by decree, and so on. Democracy cannot be suspended, the appeal says, because if «*you resign yourself to something today, you will lose freedom tomorrow*».

In short, also an emergency (in this case a health emergency, but we have experienced a terrorism emergency or immigration emergency too) is a factor which puts democracy at risk, especially its representative institutions such as parliaments: this is the reason why there is general agreement on the need to set strict time limits to special powers in emergency situations, such as that of Covid-19, in democratic countries, where, moreover, it must be obligatory to justify them, but at the same time do everything to allow parliaments to continue to function and exercise their powers.

The European Parliament was among the first (or perhaps the first) to become aware of the situation, as can be seen from the stances it adopted as early as April 2019, that is to say, a few weeks after the emergency erupted. A Resolution<sup>[6]</sup> adopted by the Plenary, the European Parliament’s highest political level, clearly states: «*the Charter of Fundamental Rights of the European Union and*

*compliance with the rule of law must continue to apply, and ... in the context of emergency measures, the authorities must ensure that everyone enjoys the same rights and protection; ... all measures taken at national and/or EU level must be in line with the rule of law, strictly proportionate to the exigencies of the situation, clearly related to the ongoing health crisis, limited in time and subjected to regular scrutiny».* The President of Parliament, David Maria Sassoli, himself made a statement, saying: *«Our message is clear: democracy continues to function; all parliamentary bodies are continuing to work to tackle the Covid-19 emergency. We have ensured that MEPs are still able to meet remotely, participate in debates, propose amendments and vote. Democracy will continue»*<sup>[7]</sup> It is important to remind that the EP confirmed its approach during the whole 2020 year and obtained significant results in the adoption of the Multiannual Financial Framework 2021-2027, the Interinstitutional Agreement, the EU Recovery Instrument and the Rule of Law Regulation<sup>[8]</sup>. In the related Resolution, after having stressed that an effective Rule of Law Regulation and the introduction of new own resources were a pre-condition of the European Parliament to agree with the MFF package, the EP at par. 9 *«stresses that co-legislators have agreed that the Regulation on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget shall apply from 1 January 2021 and will have to be applied to all commitments and payments; expects the Commission, as the guardian of the Treaties, to ensure that the Regulation is fully applicable from the date agreed by the co-legislators and recalls that annulment of the Regulation or part of it is only possible by the CJEU»* and added that the Parliament will defend its validity before the Court and expects the Commission to intervene in support of Parliament's position.

Now the question is as simple as it is frequently (or always) forgotten: who makes it possible that *all parliamentary bodies can continue to work to tackle the Covid-19 emergency?* Who ensures *that MEPs are still able to meet remotely, participate in debates, propose amendments and vote?* The answer is just as simple: it is the administration of the European Parliament (EPA). The EPA case study is a success story from which the following lesson can be drawn: in order to deal successfully with an emergency situation such as Covid-19, it is not enough to activate good managerial capacities, it is necessary that the administration should already have a solid basis for action and structures already prepared to adapt to

unforeseen situations. What I mean is that what is “unforeseen” must be the situation which has to be tackled, not what the administration has to do. Under the leadership of Secretary General Klaus Welle and with the support of top management, the EPA has worked steadily over the last ten years to prepare these solid foundations by following two parallel but connected paths: on the one hand, by pursuing innovation in working methods, on the other, by achieving the digitisation of the institution. It is thanks to this that the response to the Covid-19 emergency was excellent and the European Parliament has continued to function.

As far as working methods are concerned<sup>[9]</sup>, the EPA has built a management system step by step, based on the method of combining vision and planning, together with the approach of a joint use of a matrix and metrics. The “vision” takes into account the context (internal and external) in which the work is performed, thanks to an analysis of what is happening and what could happen. “Planning” determines the adoption of projects coordinated by sectors, with a clear indication of the objectives and responsibilities. Vision and planning together give rise to the Strategic Execution Framework, a planning document for a three-year period, which is the reference for the long-term work of the European Parliament's administration. The “matrix” approach establishes the interrelationships between the various projects and objectives, thus fostering internal cooperation, whilst the “metrics” approach allows for permanent measurement and scrutiny of the results achieved: what is interesting in the EPA's experience is that an effort is made (with difficulty, but consistently) to ensure that the two aspects (matrix/metrics) are not separated.

As far as the digitisation of the institution is concerned<sup>[10]</sup>, the EPA has succeeded in making the European Parliament a parliamentary world leader in the use of technology for its activities thanks to its awareness of the importance of that process in the future: significant financial and human resources have been made available for this purpose. Over a number of years, up to the 2019 elections, the digitisation of the institution has seen the implementation of: eCommittee, eMeeting, the Drafting Support Tool, AT4AM, Digital Signature, ICT services for constituency offices, XML, metadata and indexing, eVote. As of 2019, a new programme that we find described in a DG ITEC document<sup>[11]</sup> is being implemented: it identifies the strategic guidelines for the current (9th) legislature,

whereby the aim is to accelerate the digital transformation of the Institution by means of a number of projects. We find a package of projects designed to increase DG ITEC's ability to be more resilient, open and efficient: service improvement, cybersecurity, metrics collection, contract staff, meeting customers' needs and IT capacity building for democracy support. DG ITEC wishes to help other parliaments become more transparent, accountable and effective through the development of IT governance and the sharing of knowledge. Next, we find a second package of projects calculated to improve the digital workplace (for MEPs, assistants and staff): ICT support, needs-based printing, the ITEC catalogue of services and Parliamentary open data. In addition, there are two other projects, referred to as game changers: that is to say, speeding up the move towards cloud computing and artificial intelligence (AI). These plans are a clear contribution to strengthening parliamentary democracy through a process of digital transformation.

In short, when the Covid-19 emergency erupted in the first months of 2020, the EPA did not have to invent a new type of management to deal with it, but had to be able to adapt its solid structure - based on innovative working methods and advanced digitisation - to the new situation. As I said just now: to deal successfully with an emergency situation like Covid-19, it is not enough to activate good managerial skills, it is necessary that the administration should already have a sound basis for action. This does not mean, of course, that the activation of good managerial skills is not equally necessary: the three "key competences" identified by Van der Wal, in fact, are well suited to the experience of the EPA, as is the context which he adumbrates. It is true, as Van der Wal says, that Covid-19 requires us to act in a complex, volatile and uncertain environment, for which flexibility, unconventional expertise and strategy are necessary: the EPA has been able to adapt to the new situation thanks (as we have seen above) to its habit which has evolved over many years of working on a strategic plan, of imagining and developing projects, not for here and now, but for the future, and of using sophisticated technological support. These are all things that have fostered a propensity for flexibility and a willingness to learn new skills.

Even the EPA had to take "unprecedented measures" to make the institution work, mainly in the use of technology and logistics. As for the former, what we

have been looking at is the possibility of effective remote working of MEPs and staff: connecting from their personal laptops; token access for security; email access through webmail; extranet access; jabber access; VDI for remote access; email access on phone or tablet; hybrids. Information technology tools had to replace physical meetings and thus contribute to enabling Parliament to exercise its core functions and to enabling remote participation in meetings of Parliament's governing bodies, committees and the plenary, including electronic voting. As for logistics, the actions taken were conceived in two stages, first the immediate and urgent reaction, then the definition of a "new" normality<sup>[12]</sup>. First, early reaction: almost immediate and complete lock-down of Parliament's premises from a logistics perspective (while fully ensuring both political and administrative activities); no physical presence allowed and a massive teleworking scheme (100% except essential services); first limited and targeted distribution of protective devices (masks, gloves, gel, plexiglas screens); only virtual meetings (both political and administrative); cancellation of missions between the three sites; re-adaptation of office space allocation observing social distancing; cancellation of public activities/no visitors allowed; stop to "on premises" services for staff and Members (e.g. catering, transport); stop to maintenance and construction works (external contractors). Then, new normality: gradual return to the office, introduction of a 70%, 80%, 90% teleworking scheme according to the activities' criticality level; set up of a structured distribution of protective devices to staff; introduction of a temperature scan at the entrances to Parliament's premises (re-deployment of some staff, mail ushers vs print-shop staff); widespread installation of gel distributors in the institution's buildings; increased and massive distribution to staff of equipment (IT and non-IT) at home to improve ergonomics (portable devices, screens, keyboards, mice, ergonomic chairs); mixed mode meetings, both virtual and in presence; gradual reopening to visitors and public facilities with reduced availability and respecting safety measures; partial reopening of catering facilities with a reduced offer (addition of a take-away option); re-start of maintenance and construction works respecting security measures (external contractors).

Frankly, I think I can say that we have before us a clear vision of how to intervene, even if these are "unprecedented measures". The method used for explaining and selling these measures to MEPs, staff, the other institutions and

external users (journalists, researchers, citizens), i.e. the EPA's stakeholders, follows a strict principle: to act exclusively within the framework of European Parliament governance. All decisions were agreed upon in advance by the Secretary General with the President before being drawn up; they were then submitted to the Bureau for confirmation (if urgent) or for decision if deferred; lastly, top management exercised permanent scrutiny of the effects of the measures taken, whilst the Secretary General presented regularly (at least once a month, or even more frequently) a detailed report on how things were proceeding. The management, therefore, acted in permanent contact with the governance of the institution, which also meets the requirements of the relationship with the political master. Finally, as regards the strengthening of collaborative works, the approach already introduced by the EPA of tuning matrixes and metrics has had the effect of bringing the various services into tune with each other in a truly exceptional manner.

To conclude<sup>[13]</sup>, it is worthwhile summarising the essential points of the reasoning developed in this article. In the first place, Covid-19 has brought to the fore the role played by the administration in the Weberian sense, that is to say, as a bridge in the (conflictual) confrontation between the power of science and political power: gaining awareness of this helps to develop administrative capacities. Secondly, the health emergency we are now living through has cast light on the importance of the functioning of parliamentary institutions for the defence of democracy because the executive branch (objectively) gets the upper hand: the administrations of parliaments play a decisive role here. The administration of the European Parliament is a very interesting case study in this respect because it has succeeded in coping with the emergency thanks to several factors. The first factor is that over the last ten years the EPA has developed new working methods based on vision/planning and a matrix/metrics: this has proved a sound basis for dealing with the emergency because it has fostered the necessary planning capacity and administrative cooperation. The second factor is that the EPA implemented a programme of structural digitisation of the European Parliament in recent years: this also proved to be a winning element in dealing with the situation because the technologies were essential in order to make the machine work. The third factor consisted in activating an administrative capacity to manage the “unprecedented measures” that had to be adopted: this capacity

was achieved by carrying out the actions within the strict framework of the governance of the European Parliament and under its permanent scrutiny.

1. Zeger VAN DER WAL, Being a Public Manager in Times of Crisis: The Art of Managing Stakeholders, Political Masters, and Collaborative Networks, in *Public Administration Review*, Vol. 80, Iss. 5, 2020, pp. 759-764.
2. I am referring, of course, to the two essays, *The Vocation Lectures* (Edited and with an Introduction by D. OWEN and T.B. STRONG, Translation by R. LIVINGSTONE), Hackett, Indianapolis/Cambridge, 2004: this book brings together the celebrated lectures given by Max Weber in Vienna (1917-1919) on “Wissenschaft als Beruf” and “Politik als Beruf”. However, for the considerations that follow I have taken my inspiration from Massimo CACCIARI, *Il lavoro dello spirito. Saggio su Max Weber*, Adelphi, Milano, 2020, essay on “geistige Arbeit”.
3. CACCIARI, cited in the preceding note (translated by the author).
4. Y.N. HARARI, *The world after coronavirus*, Financial Times, 20 March 2020.
5. The first signatory was Prof. Marcello Pera, a former President of the Senate of the Italian Republic: see *Corriere della Sera*, 25 March 2020.
6. European Parliament resolution of 17 April 2020 on EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences, P9\_TAPROV(2020)0054.
7. The passage in italics is taken word for word from the report in the POLITICO Brussels Playbook of 3 April 2020.
8. European Parliament resolution of 17 December 2020, P9\_TA-PROV(2020)0360.
9. For an in-depth, detailed analysis of this aspect, see G. VILELLA, *Working methods of the European Parliament Administration in Multi-actors World. A case-study*, European Press Academic Publishing, Florence, 2019: I carried out this study pursuant to a formal mandate from Secretary General K. Welle (in agreement with the then President of Parliament, A. Tajani) and developed it during a research period at the European University Institute in Florence.
10. See G. VILELLA, *The European Parliament Administration facing the challenge of eDemocracy*, European Press Academic Publishing, Florence, 2021, for a detailed, in-depth appraisal of this aspect: this study was also carried out on basis of a formal mandate from Secretary General K. Welle (in agreement with President D. M. Sassoli). For further particulars, see also G. VILELLA, *E-Democracy. Dove ci porta la democrazia digitale*, Pendragon, Bologna, 2020, in particular on the European Parliament, at pp. 233-262.
11. *Information and Communication Technology (ICT) in the European Parliament: Strategic orientations 2019-2021*, authored by W. Petrucci, with the agreement of the Secretary General, D(2019)34304, October 2019. This is a Note to the Members of the Bureau Working Party on ICT Innovation Strategy
12. For the logistics aspects, I am indebted to the excellent and very clear description given by Gabriele BABINI, *Logistics and Covid-19 pandemic. The European Parliament experience*, PDF seminal presentation online, Brussels, 2 November 2020: the

## CERIDAP

interventions I describe in the text can be found in slides 5 and 6 of this brilliant presentation.

13. By closing this article, I wish to thank Prof. Maddalena Sorrentino, UNIMI, for the inputs she gave me in conceiving it.



# The first preliminary ruling requested by the Portuguese Constitutional Court - 2020, what a year!

*José Luís da Cruz Vilaça*

*Il 9 dicembre 2020 la Corte costituzionale portoghese ("PCC") ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea ("CGUE") la sua prima questione pregiudiziale. In una causa che avrebbe comportato la necessità di bilanciare diverse norme del Trattato, quali il diritto tributario dell'UE antidiscriminatorio (articolo 110 TFUE) e la tutela dell'ambiente (articolo 191 TFUE), la CPC ha riconosciuto la sua natura di corte contro le cui decisioni non esiste un ricorso giurisdizionale nazionale e ha sottoposto la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Questa sentenza va letta in combinato disposto con la sentenza nella causa n. 422/2020 del 15 luglio 2020, in cui il CPC ha riconosciuto alla CGUE la competenza esclusiva di interpretare e valutare la validità del diritto dell'UE, dichiarando di conseguenza la sua incompetenza a farlo. Dopo aver riassunto i fatti principali della causa, il presente articolo si propone di analizzare le sue conseguenze sul rapporto tra la CPC e la CGUE.*

## **1. Circumstances of the case**

A Portuguese company selling second-hand cars imported from other Member States sought before CAAD (a national arbitral tribunal for tax issues) the partial annulment of a tax assessment notice and the reimbursement by the Portuguese Tax Authority (AT) of part of the amounts paid under the Vehicle Tax Code (VTC). It argued that Article 11 of said Code was in breach of Article 110 TFEU and should therefore be disapplied by the national tribunal.

Pursuant to Article 110 TFEU, 'no Member State shall impose, directly or indirectly, on the products of other Member States any internal taxation of any

kind in excess of that imposed directly or indirectly on similar domestic products’.

Under Article 11 of the VTC, pertaining to the taxable value of second-hand cars imported from other Member States, depreciation is only applied to the cylinder component used to calculate the value of a used vehicle. Differently, when it comes to national vehicles, depreciation is also applied to the environmental component. Second-hand imported vehicles are thus subject to a less favourable tax treatment when compared to similar national ones, allegedly contravening Article 110 TFEU.

The Arbitral Tribunal decided in favour of the Claimant, finding that the internal tax calculation of second-hand cars was in breach of anti-discriminatory EU tax law (Article 110 TFEU). Accordingly, it refused to apply the national provision at stake.

## **2. Appeal before the Constitutional Court**

AT filed an appeal before the PCC, on the grounds that the appealed decision refused to apply a national provision due to its incompatibility with an international treaty (Article 70 (1) (i) of the Law of the Constitutional Court - Law no. 28/82, 15th November).

To uphold its appeal, AT argued that Article 110 TFEU should be read in combination with Article 191 TFEU, which provides for environmental protection. According to the appellant, Article 11 of the VTC is based on the polluter-pays principle and seeks to discourage consumers from buying vehicles with high carbon dioxide emissions. Consequently, since it also attempts to comply with EU objectives, namely Article 191 TFEU, it should not be deemed contrary to EU law.

## **3. The Decision**

The PCC recalled its findings in Case no. 422/2020, restating its full recognition of the principle of primacy of EU law and the stemming exclusive competence of the CJEU to interpret and assess the validity of EU law, through the preliminary ruling procedure instituted by Article 267 TFEU.

In addition, it pointed out that this procedure is a consequence of the principles

of sincere cooperation, mutual respect and a general manifestation of the dialogue that ought to prevail between national and EU courts.

Under Article 267, paragraph 2, TFEU, any national court or tribunal faced with a case raising questions pertaining to the interpretation or validity of EU law may refer a question to the CJEU. Differently, when such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the CJEU (Article 267, paragraph 3, TFEU).

Confirming its nature as a court against whose decisions there is no judicial remedy under national law and considering that the case at stake raised a question concerning the interpretation of Article 110 TFEU, the PCC concluded that the conditions for it to refer (its first) question for preliminary ruling to the CJEU were met.

After summarizing both the factual and legal frameworks for the reference for preliminary ruling, the PCC explained the reasons behind its interpretative doubts and pointed out that the application of Article 110 TFEU to the Portuguese Vehicle Tax Code had already been raised before the CJEU, both in the context of preliminary rulings and infringement procedures. However, the CJEU has not ruled yet on the environmental component specifically at stake in this case.

#### **4. Comment**

Focusing firstly on the consequences of this case for the tax regime at stake, should the CJEU confirm that Article 110 TFEU opposes a national provision such as Article 11 of the VTC, an amendment of the said Code is likely to occur. In fact, the tax reduction based on the cylinder component was introduced in the VTC following an infringement procedure brought by the European Commission and the subsequent CJEU's ruling. Likewise, the lack of an environmental component in Article 11 has led to another infringement procedure, currently pending before the CJEU (C-169/20). Therefore, this reference for preliminary ruling might urge the Portuguese legislator to foresee a tax reduction applicable to vehicles from other Member States concerning the environmental component.

From a broader perspective, 2020 has been a remarkable year for the relationship between the PCC and the CJEU.

In July, as we mentioned before, the PCC declined jurisdiction to rule on the validity of an EU provision in light of the equality principle enshrined in the Portuguese Constitution. In that instance, it recalled some of the basic principles of EU law, such as primacy and direct effect, evident in the paradigmatic *Costa v. Enel* and *Van Gend en Loos* judgments. As we pointed out back then, this could signal the PCC's willingness to resort to the preliminary ruling procedure.

Indeed, that is precisely what happened. Five months later, a preliminary ruling, the first one, was requested. This judgment thus follows the path initiated in July. Firstly, the PCC acknowledged its lack of jurisdiction to interpret and assess the validity of EU law, a matter falling under the exclusive competence of the CJEU. Subsequently, facing a case claiming for the interpretation of an EU law provision, it decided to stay the proceedings and refer a question for preliminary ruling to the CJEU.

The two judgments represent a remarkable advancement in the interplay between the two legal orders. Almost 30 years after the first reference for preliminary ruling was made by a Portuguese court - *Mecanarte Metalurgica da Lagoa v Alfândega do Porto Case (C-348/89)* -, the PCC finally took part of the judicial dialogue with the CJEU.

Indeed, the preliminary ruling procedure is a key element of the European project. It enables the coexistence of multiple national legal orders with an international set of rules prevailing over the former, albeit without a hierarchy of courts being established. The preliminary ruling procedure thus assures uniform interpretation of EU law in all Member States and guarantees its useful effect.

The timing for this judgment could not be better, taking into account that the Portuguese Presidency of the Council is about to start. It is now time for Portugal to play a more active role in the process of European integration. The PCC, the guardian of the Portuguese Constitution, is thus showing its willingness to go a step further and to cooperate with the CJEU, assuring the correct interpretation and application of EU law within its jurisdiction.

Finally, since the question for preliminary ruling also concerns the interpretation of Article 191 TFEU, this case might also give the Court the opportunity to build on its case-law on environmental protection, undoubtedly a hot topic

nowadays. As a final remark, we hope that this was the first of many chapters of the judicial cooperation between the PCC and the CJEU. If this is so, citizens' rights will indisputably be reinforced and EU's legitimacy will be enhanced.

# Academic Freedom in Afghanistan Today

*Murtaza Mohiqi e Mohammad Mustafa Mohiqi*

*L'articolo esamina il concetto e la declinazione della libertà accademica in Afghanistan dalla caduta dei Talebani nel 2001. Si definiscono gli elementi principali e la finalità della libertà accademica come diritto fondamentale, protetto dalla Costituzione Afgghana, nonché la sfida di aumentare il numero delle donne nelle Università. Si vogliono altresì indicare le misure che i politici e i legislatori afgghani dovrebbero adottare per proteggere e migliorare efficacemente la libertà accademica.*

## **1. Academic Freedom**

Academic freedom is the indispensable requisite for unfettered teaching and research in institutions of higher education<sup>[1]</sup>. Deeply compromised by wars and conflicts that have lasted for more than thirty years, Afghanistan's education system remains fragile.

Since the 2001 fall of the Taliban, however, reconstruction efforts have led to substantial progress. Lack of academic discourses regarding controversial and challenging social, historical, and political themes at Kabul University weakens the growth of academic freedom. Academic places are famous and well-known for analyzing, conversing, disagreeing, opposing, and solving the hardest political, social, cultural, economic matters of the society.

Unfortunately, at Kabul University both instructors and students do not guts to talk about the hardest issues, because the authorities think that holding such discussion in the class may hurt the public mindset about the university. While discussing academically and impartially, about the argumentative matters, does not hurt the general peace and public tranquility; conversely, it will enrich the social tolerance and acceptance among the people.

States are firstly to respect academic freedom in all of its dimensions discussed above<sup>[2]</sup>: also in international conventions explicit and separate references to academic freedom are on the rise.

Secondly, the State's duty to protect academic freedom requires that States take steps, by means of legislation or otherwise, that preclude third parties, in particular private individuals and entities, from interferences with any of the dimensions of academic freedom.

This paper sets out the main dimensions and the scope of academic freedom as a fundamental right. It also aims to indicate how Afghan policymakers and legislators can and should take measures to effectively protect, facilitate, strengthen and optimize academic freedom.

Academic freedom is a prerequisite for allowing scientific personnel in all disciplines and research sectors, to challenge established truths and expand the boundaries of our knowledge, and therefore also a prerequisite for trust, credibility and quality.

Academic freedom is generally considered a *sine qua non* for the proper functioning of modern universities. This central or natural character of academic freedom is indicative of the great significance that is attached to academic research and education.

## **2. What is academic freedom?**

We must be confident that the knowledge on which we base our lives and actions is truthful.

We can only do this if the researchers who produce this knowledge are free and independent, and if research results are constantly subject to critical review by other researchers.

The requirement for researchers to pursue the truth, wherever it may lead them, is the very essence of academic freedom and is critical for society. Results of the scientific pursuit of the truth not only support but also correct existing interpretations and orthodoxies, and must therefore also be able to be freely communicated in the environments deemed appropriate by the researcher.

Academic freedom is consequently a prerequisite for scientific personnel in all disciplines to be able to challenge established truths and expand the boundaries

of our knowledge.<sup>[3]</sup>

This is only possible if we ensure that researchers are as independent, free and as aware of potential conflicts of interest as possible: in order to ensure that research is reliable, researchers must be independent of pressure and interests that could influence processes and results.

Science's knowledge-constitutive interests could lead to conflicts with and compound pressure from other interest groups, whether organisational, strategic, financial or political.

From this perspective, academic freedom is an ideal that must be defended and concretised in various contexts – and which will not necessarily be the same for scientific personnel at a university as for researchers in a health trust.<sup>[4]</sup>

### **3. Academic Freedom as a Fundamental Right**

Academic freedom can be considered to comprise the following three aspects:

(a) Far-reaching individual rights to expressive freedoms for members of the academic community (both staff and students) mainly as free enquirers, including the freedom to study, the freedom to teach, the freedom of research and information, the freedom of expression and publication (including the 'right to err'), and the right to undertake professional activities outside of academic employment;

(b) Collective or institutional autonomy for the academy in general and/or subsections thereof (faculties, research units, etc.). Said autonomy implies that departments, faculties and universities as a whole have the right (and obligation) to preserve and promote the principles of academic freedom in the conduct of their internal and external affairs;

(c) An obligation for the public authorities to respect and protect academic freedom and to take measures in order to ensure an effective enjoyment of this right and to promote it.

These three dimensions of academic freedom are not mutually exclusive, but on the contrary they mutually reinforce one another.

In case of conflict between the individual and the institutional rights, a careful balancing of rights and interests may be needed, in which special consideration is to be given to the former aspects.



Institutional autonomy should not be used by higher education institutions as a *pretext* to limit the individual rights of higher-education teaching personnel.

If restrictions on individual academic freedom are unavoidable, they should not go any further than necessary in order to achieve legitimate institutional academic aims, with means being proportionate to these aims.

The State's role is to guarantee academic freedom: freedom of any kind is not spontaneous state of affairs, and in order for academic freedom to exist in a meaningful sense it must be respected, protected, ensured and promoted by the public authorities. A failure to fulfil these obligations amounts to a violation of academic freedom.<sup>[5]</sup>

#### **4. Education in Afghanistan**

Since the 2001 fall of the Taliban, however, reconstruction efforts have led to substantial progress: the number of students enrolling in colleges and universities increased progressively.

According to USAID (United States Agency for International Development), over 9.2 million students are currently enrolled in a higher education institution, and 39% of those students are female. Public and private universities (excluding technical or secondary schools) enroll around 300,000 students. Of that number, about 100,000 are female students.<sup>[6]</sup>

Afghanistan has one of the youngest populations in the world, making quality education particularly critical for the rapidly growing numbers of school aged boys and girls. As more Afghans attend school and seek skilled employment, there is a growing demand for textbooks, learning spaces, trained teachers, and innovative approaches that prepare young Afghans to join the workforce.

Female academics is a challenge in Afghanistan: the government has been working to increase the number of female faculty members from zero in 2001. The total had grown to 14% of all faculty in 2016 with a goal of 20% by 2020.

The problem is especially difficult due to the small number of women with masters or PhDs and very limited numbers in graduate studies. It is also difficult for women to obtain a PhD since they must go abroad, unlike for masters, which are now available in many fields in Afghanistan. The percentage of women

faculty members with PhDs is only 1.4% and has stayed relatively constant since 2008. Only 4.1% of men have PhDs.

Now that master's degrees are available in Afghanistan, the percentage of women with masters has grown from 22% in 2008 to 35% in 2015 compared to 33% for men. At the professorial level, only 9.2% of women are assistant professor or above, while 90% are only teaching assistants. Part of that is a consequence of the recent receipt of master's degrees by most women and therefore little time to climb the promotion ladder.<sup>[7]</sup>

There are serious problems at Afghanistan Universities, which block the entire discourse of academic freedom:

- (a) the judicial system is weak, and in some cases corrupt;
- (b) there is a weak rule of law in Afghanistan;
- (c) there are not a lot of active and influential pro-academic freedom and university and college instructors' organizations to defend from the academics in situations where they do not receive the necessary legal protection. Therefore, the instructors know that in case they act against the drift status quo, they may lose either duty or even their lives.

## **5. Academic Freedom in the Constitution of Afghanistan**

A paper entitled «*Kabul University and Academic Freedom*», by Hamid Bamik<sup>[8]</sup>, clarifies that the concept of academic freedom is interpreted in a different fashion in the academic culture of Kabul University, and the real essence of academic freedom does not exist at Kabul University.

Generally, administrators, authorities, faculty and, students think that academic freedom means: (a) not disrespecting others' ideas, (b) not imposing one's ideas on others, (c) not hurting somebody's religious feelings or mocking them, (d) not discrimination between students in the class, (e) while discussing or talking about an issue, the professors should judge the conclusions impartially, not stereotypically.

In fact, all the above-mentioned points must be observed even in the absence of academic freedom, because those things are pertaining to the mutual understanding of students and instructors, and they are the basic principles of academia. Usually, a wise and professional instructor/student will never say or do

something that may regret later. Thus, analysts and observers believe the notion of academic freedom is deeper and more serious than the above issues.

The real construct of academic freedom is manifested when instructors are free: (a) to say the truth even if it may hurt the external political circles sentiments or may jeopardize their benefits, (b) to discuss political, financial, cultural, and social issues for the purpose of expanding and enhancing the knowledge and understanding of students without censorship by the administration, and fear of revenge and prosecutions by concerned authorities, (c) to express their opinion impartially and unbiasedly about the matters regardless of how much the matters are contentious or uncontentious, and finally (d) to have unconditional academic freedom, so that they can carry out their career perfectly and without being afraid of its consequences.

## **6. Brief conclusion**

Academic freedom is not only a goal in itself. It makes it possible for universities to serve the common good of society through searching for and disseminating knowledge and understanding, and through fostering independent thinking and expression in academic staff and students.

Academic freedom is therefore important both for universities and researchers.

Academic freedom is the freedom of teachers and students to teach, study, and pursue knowledge and research without unreasonable interference or restriction from law, institutional regulations, or public pressure. Its basic elements include the freedom of teachers to inquire into any subject that evokes their intellectual concern; to present their findings to their students, colleagues, and others; to publish their data and conclusions without control or censorship; and to teach in the manner they consider professionally appropriate. For students, the basic elements include the freedom to study subjects that concern them and to form conclusions for themselves and express their opinions. This freedom comprises individual and institutional rights, and entails various obligations for the public authorities. A nepotistic and partisan situation at Afghanistan Universities makes academic freedom exist only in theory, not in practice.

As long as we have the intrusion of political circles among the authorities, students, and faculty at Kabul University, lack of awareness regarding the

importance of academic freedom among the faculty, lack of constructive academic debates among the faculty and students about the hard, bitter and challenging issues either past or present, we may not experience the flavor of real ethos of academic freedom at Afghanistan Universities.

1. See American Association of University Professors, *Journal of Academic Freedom*: <https://www.aaup.org/reports-publications/journal-academic-freedom>.
2. Constitution of Afghanistan, art. 47: «*The State shall devise effective programs for fostering knowledge, culture, literature and arts. The State shall guarantee the copyrights of authors, inventors and discoverers, and, shall encourage and protect scientific research in all fields, publicizing their results for effective use in accordance with the provisions of the law*».
3. See R. Kirk, *Academic Freedom. An Essay in Definition*, Chicago, 1955.
4. The Norwegian Association of Researchers, *Academic freedom under pressure*, in *Skriftserien* 1, 2017.
5. J. Vrielinka, P. Lemmensa, S. Parmentiera, LERU Working Group on Human Rights, *Academic Freedom as a Fundamental Right*, in *Procedia Social and Behavioural Sciences* 13, 2011.
6. USAID Afghanistan Education Fact Sheet, 2019, available at: <https://www.usaid.gov/afghanistan/education>.
7. F.M. Hayward, *Progress on gender equity in Afghan higher education*, 2017, available at: <https://www.universityworldnews.com/post.php?story=20170111130351745>.
8. H. Bamik, *Kabul University and Academic Freedom*, November 15, 2017, available at: [http://www.outlookafghanistan.net/topics.php?post\\_id=19449](http://www.outlookafghanistan.net/topics.php?post_id=19449).

## Esclusione di un'offerta pari a € 0.00. Cosa ne pensa la Corte di Giustizia UE – Causa C-367/19

*Giacomo Pisani*

*Il contributo vuole analizzare la sentenza C-367/19 con la quale la Corte di Giustizia si è espressa sull'annoso problema che affligge il sistema degli appalti pubblici: le offerte degli operatori economici pari a € 0 e il fondamento giuridico della loro esclusione. Il caso trattato dalla Corte riguarda il rinvio pregiudiziale proposto dalla Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici slovena sulla possibilità di fondare il provvedimento di esclusione di un'offerta pari a € 0 sull'articolo 2, par. 1, § 5, della direttiva 2014/24/UE.*

### **1. Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

Con la sentenza C-367/19, la Corte di Giustizia si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale proposto dalla Commissione nazionale per il riesame delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici<sup>[1]</sup> della Slovenia, rinvio sollevato durante la controversia tra la Tax-Fin-Lex d.o.o. (“Tax”) e il Ministero dell'Interno<sup>[2]</sup>.

La controversia insorta tra la Tax e il Ministero verteva sull'esclusione dell'offerta della Tax dalla gara di appalto, con base d'asta pari a 39.959,01 €, indetta dal Ministero per l'accesso a un sistema informatico giuridico per un periodo di 24 mesi.

Il Ministero ha escluso l'offerta di Tax perché il prezzo finale di quest'ultima era di € 0 e ciò, secondo il Ministero, «era contrario alle norme relative agli appalti pubblici»<sup>[3]</sup>.

La Tax ha proposto domanda di riesame del provvedimento di esclusione, domanda respinta dal Ministero il quale ha rinviato la vertenza dinanzi al Giudice

del rinvio il quale, prima di rimettere la questione alla Corte di Giustizia, ha svolto le seguenti valutazioni preliminari.

In primo luogo il Giudice ha osservato che *«sebbene la direttiva 2014/24 non disciplini direttamente la situazione del procedimento principale, il legislatore sloveno ha deciso, [...], che l'espressione "appalto pubblico" avrebbe designato sia gli appalti il cui valore è superiore alla soglia definita in detta direttiva sia quelli il cui valore è inferiore a quest'ultima»*<sup>[4]</sup>.

Dopo di che il Giudice del rinvio è entrato nel merito della questione analizzando l'unico motivo su cui si basava l'esclusione di Tax e cioè quello relativo all'importo dell'offerta proposta. Il Giudice si chiede in primo luogo se *«un contratto possa essere qualificato come "contratto a titolo oneroso", ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non sia tenuta a fornire alcun corrispettivo alla sua controparte»*<sup>[5]</sup>, nonostante questa, dall'aggiudicazione della gara, *«ottenga l'accesso ad un nuovo mercato o a nuovi utenti e, di conseguenza, a referenze, il che può rappresentare per esse un vantaggio economico futuro»*<sup>[6]</sup>.

In secondo luogo il Giudice si pone l'interrogativo se, in un'ipotesi come quella in oggetto, non sussistendo alcun "contratto a titolo oneroso" ex art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24, la medesima disposizione possa *«costituire un fondamento giuridico autonomo che giustifichi il rigetto di un'offerta in cui il prezzo è fissato a EUR 0»*<sup>[7]</sup>, affermando che, se una tale offerta fosse accettata, *«il contratto concluso potrebbe non essere considerato come un contratto di esecuzione di un appalto pubblico»*, con la conseguenza che non ci troveremmo più all'interno di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avviata per ottenere un determinato servizio, bensì in una donazione<sup>[8]</sup>.

Nonostante ciò lo stesso Giudice del rinvio ha sollevato dubbi sull'utilizzo come base giuridica per l'esclusione nel caso ci si trovi dinanzi a offerte pari a € 0 dell'art. art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24. Infatti egli ha osservato che tale articolo *«definisce la nozione di "appalto pubblico" al fine di determinare i casi in cui tale direttiva si applica senza disciplinare la procedura di aggiudicazione di un appalto»*. Infatti, pur nonostante l'amministrazione aggiudicatrice riteneva di dover fornire un corrispettivo per il servizio oggetto dell'appalto, secondo il Giudice *«il comportamento e il contenuto delle loro offerte non potrebbero incidere sulla valutazione preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice»*. Il tutto è

poi avallato dal fatto che le offerte devono essere esaminate solo alla luce dei requisiti preventivamente definiti e soprattutto che «*le amministrazioni aggiudicatrici organizzerebbero procedure di aggiudicazione di appalti non allo scopo di concludere un contratto a titolo oneroso, bensì al fine di ricevere beni o servizi*», cosa che accadrebbe anche nel caso di specie, accettando l'offerta al prezzo di € 0.

A seguito delle considerazioni appena svolte il Giudice ha quindi sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) *Se sussista una “onerosità del rapporto contrattuale” quale elemento di un appalto pubblico nel senso di cui all’articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24, nel caso in cui la stazione appaltante non sia tenuta a fornire alcuna controprestazione, ma l’operatore economico, attraverso l’esecuzione dell’appalto, ottenga l’accesso ad un nuovo mercato e a referenze.*

2) *Se sia possibile o necessario interpretare l’articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 in modo tale per cui esso rappresenta un fondamento per il rigetto dell’offerta di un prezzo dell’appalto di EUR 0»<sup>[9]</sup>.*

## 2. La questione pregiudiziale

In via preliminare la Corte ha ritenuto applicabile la direttiva appalti anche al caso concreto nonostante l'importo della gara in questione non superi i 144.000,00 € *ex art. 4, lett. b), direttiva 2014/24/UE* e ciò perché il legislatore sloveno, nel recepire la direttiva nell'ordinamento nazionale, ha ripreso, all'articolo 2, par. 1, dello ZJN<sup>[10]</sup>, la definizione di appalto pubblico *ex art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24/UE*, cosicché la definizione è applicabile a qualsiasi appalto pubblico disciplinato dallo ZJN, indipendentemente dal suo importo<sup>[11]</sup>. Inoltre, nonostante il caso di specie non rientri tra quelle situazioni di ripetizione nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, in quanto si tratta di un appalto c.d. “sotto soglia”<sup>[12]</sup>, l'intervento interpretativo della Corte è qui giustificato perché «*tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato*»<sup>[13]</sup>, come già statuito dalla giurisprudenza europea<sup>[14]</sup>.

Passando all'analisi delle questioni pregiudiziali sollevate, la Corte le ha

raggruppate in un'unica questione, vertente sul fatto se «l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che esso costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta di un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che, poiché il prezzo proposto è pari a EUR 0, l'amministrazione aggiudicatrice non fornirebbe alcun corrispettivo finanziario, mentre tale offerente, con l'esecuzione di detto contratto, otterrebbe unicamente l'accesso ad un nuovo mercato e a referenze che potrebbe far valere nell'ambito di successive gare d'appalto»<sup>[15]</sup>.

Correttamente il Giudice sovranazionale ha precisato che l'art. 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24/UE definisce «appalti pubblici come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici»<sup>[16]</sup>, aggiungendo che, secondo la giurisprudenza europea<sup>[17]</sup>, per quanto riguarda il senso giuridico del termine a titolo oneroso «risulta che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione»<sup>[18]</sup>, per cui il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta «una caratteristica essenziale di un appalto pubblico»<sup>[19]</sup><sup>[20]</sup>.

In aggiunta, sulla base anche delle conclusioni dell'Avvocato Generale<sup>[21]</sup>, la Corte ha confermato che il corrispettivo dovuto non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, potendo la prestazione essere «retribuita con altre forme di corrispettivi»<sup>[22]</sup>. In questi casi il carattere sinallagmatico non viene meno purché il contratto d'appalto comporti la «creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale»<sup>[23]</sup><sup>[24]</sup>.

Ciò ha la conseguenza che quando ci troviamo dinanzi a un contratto con il quale l'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione come corrispettivo, questo non può rientrare nella nozione di contratto a titolo oneroso ex art. 2, par. 1, § 5, direttiva 24/2014/UE<sup>[25]</sup>.

Concludendo sulla questione dell'onerosità, secondo la Corte ritenere, come fatto dal giudice del rinvio, che «l'ottenimento di tale contratto possa avere un valore economico per l'offerente, nella misura in cui esso gli conferirebbe l'accesso ad un nuovo mercato o gli consentirebbe di ottenere referenze»<sup>[26]</sup> non può, come anche rilevato dall'Avvocato Generale<sup>[27]</sup>, essere sufficiente «per qualificare tale



*contratto come “contratto a titolo oneroso”»*<sup>[28]</sup>.

Dopo aver definito cosa si intenda per onerosità di un contratto pubblico, la Corte si è concentrata sul provvedimento di esclusione, ritenendo che l'articolo 2, par. 1, § 5, direttiva 2014/24/UE, limitandosi «*a definire la nozione di appalti pubblici al fine di determinare l'applicabilità di tale direttiva*»<sup>[29]</sup>, questo articolo «*non può costituire un fondamento giuridico per il rigetto di un'offerta che proponga prezzo di EUR 0*»<sup>[30]</sup>, non consentendo un rigetto automatico di un'offerta presentata in un appalto pubblico.

La Corte ha poi svolto una valutazione su quale possa essere effettivamente il fondamento giuridico di un provvedimento di esclusione di un'offerta che proponga un prezzo pari a € 0.

Ebbene, il Collegio ha ritenuto che l'articolo fondante di un tale provvedimento possa essere l'articolo 69<sup>[31]</sup>, direttiva 2014/24/UE, cioè la disposizione che regola la fattispecie dell'offerta anormalmente bassa.

L'articolo 69, direttiva 2014/24/UE prevede infatti che quando un'amministrazione si trova dinanzi a un'offerta come quella del caso di specie, essa debba seguire la procedura prevista nella presente disposizione, chiedendo, prima di escludere l'operatore, giustificazioni circa l'importo dell'offerta. Il Giudice ha infatti precisato che è dalla stessa «*logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0*»<sup>[32]</sup>.

Alla luce del paragrafo 1 dell'articolo 69, direttiva 2014/24/UE è chiaro che le amministrazioni aggiudicatrici quando si troveranno dinanzi a un'offerta pari a € 0, o comunque anormalmente bassa, non potranno escludere automaticamente dalla gara la detta offerta bensì dovranno chiedere all'operatore determinate spiegazioni *ex par. 2, art. 69*, le quali contribuiranno alla valutazione globale della sostenibilità dell'offerta. Tanto più che *ex par. 3, art. 69*, direttiva 2014/24/UE le stazioni appaltanti possono escludere l'offerta solo se le giustificazioni fornite e gli elementi di prova forniti «*non giustificano sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti*»<sup>[33]</sup>.

### **3. Conclusioni**

La Corte ha quindi concluso statuendo che l'articolo 2, paragrafo 1, § 5, della

direttiva 2014/24/UE deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto di un'offerta di un operatore economico nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico solo per il fatto che il prezzo proposto è pari a € 0. Semmai la valutazione circa l'esclusione deve essere svolta sulla base dell'articolo 69, direttiva 2014/24/UE in quanto la stazione appaltante, dopo le dovute valutazioni basate anche sulle giustificazioni prodotte dell'operatore, ritenga l'offerta anormalmente bassa e quindi non sostenibile.

1. *Drzavna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naro.*
2. *Ministrstvo za notranje zadeve.*
3. C-367/19, § 12.
4. C-367/19, § 14.
5. C-367/19, § 15.
6. C-367/19, § 15.
7. C-367/19 i§ 16.
8. Si veda C-367/19, § 17.
9. C-367/19, § 19.
10. *Zakon o javnem naročanju.*
11. C-367/19, § 20.
12. Direttiva 2014/24/UE, art. 4: *«Importi delle soglie. La presente direttiva si applica agli appalti con un importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), pari o superiore alle soglie seguenti: a) 5 186 000 EUR per gli appalti pubblici di lavori; b) 134 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati dalle autorità governative centrali e per i concorsi di progettazione organizzati da tali autorità; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato III; c) 207 000 EUR per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e concorsi di progettazione organizzati da tali amministrazioni; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato III; d) 750 000 EUR per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato XIV».*
13. C-367/, § 21.
14. Si vedano le sentenze del 18 ottobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 e C-197/89, § 36, 37 e 41; sentenze del 24 ottobre 2019, *Belgische Staat*, C-469/18 e C-470/18, § 23.
15. C-367/19, § 23.
16. C-367/19, § 24.
17. Si veda sentenza del 18 ottobre 2018, *IBA Molecular Italy*, C-606/17, § 28.

18. C-367/19, § 25.
19. Si vedano le sentenze del 21 dicembre 2016, *Remondis*, C-51/15, § 43; del 28 maggio 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, C-796/18, § 40; del 18 giugno 2020, *Porin kaupunki*, C-328/19, § 47.
20. C-367/19, § 25.
21. Conclusione dell'Avvocato Generale, § 47.
22. C-367/19, § 26. Il problema della retribuzione con altre forme di corrispettivi si è posto con riguardo ad alcune tipologie di contratti pubblici che, pur non comportando un esborso di denaro per la PA, generano un guadagno per l'operatore economico come evidenziato da R. Chieppa, R. Giovagnoli in *"Manuale di diritto amministrativo"*, Giuffrè, 2018, pag. 752; V. Viti, *Di necessità, virtù: esigenze pubbliche e contratti atipici della pubblica amministrazione*, maggio 2017, in [www.italiappalti.it](http://www.italiappalti.it); Cons. Stato, sez. V, 12.10.2016, n. 4226.

A riguardo sono stati elaborati i concetti di onerosità indiretta e di gratuità interessata. In particolare, in merito all'onerosità indiretta il Cons. Stato, sez. V, 3.10.2017, n. 4614, ha affermato che «*la garanzia di serietà e affidabilità (...) non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo economico (...) ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile*»; si vedano anche: Cons. Stato, sez. V, 29.03.2019, n. 2094; Tar Campania – Napoli, sez. III, 10.02.2020, n. 620. Da tale indirizzo, sulla base anche dei principi di diritto sostanziale, si può giungere a concludere che l'onerosità (indiretta) di tali contratti si giustifica nel fatto che non questi non costituiscono atti di "liberalità". Tale concetto si deve ricollegare a quelle prestazioni compiute al solo scopo di trasferire una propria ricchezza (non solo in termini di denaro) a un altro soggetto, senza che ciò comporti alcun guadagno.

La tematica della "gratuità interessata" è emersa in campo civilistico ed è una figura affine all'onerosità indiretta. Il concetto di "gratuità interessata" viene utilizzato per far emergere la causa autentica di un negozio rispetto alla causa apparente. Infatti, molti negozi intrinsecamente gratuiti solo eventualmente sono connessi ad un intento liberale e quando questo manca, il contratto può essere qualificato come oneroso. Si vedano Cass. civ., n. 526/1979; Cass., Sez. Un., n.6538/2010; D'Ettore-Ermini, *Donazioni indirette* in "Le successioni e le donazioni", a cura di N. Lipari e P. Rescigno, Giuffrè, p.471; Carnevali, *Le donazioni*, in "Tratt. di diritto privato", a cura di P. Rescigno, Torino, 2000, p. 448; Palazzo, *Le donazioni indirette*, Torino, 2001, p.675.

Per cui, anche la giurisprudenza nazionale, basando le proprie interpretazioni sui due concetti appena descritti al fine di valutare se un contratto sia oneroso o meno si debba valutare quale sia l'intento dell'operatore economico, verificando se la sua prestazione sia o meno controbilanciata da contro-vantaggi che possano essere apprezzati nell'economia di mercato.

Infatti, è necessario discernere, in seno alla gratuità, l'eventuale intento liberale dell'impresa contraente e solo in presenza di questo fattore, il contratto con offerta pari a € 0 potrà essere considerato come non oneroso e quindi l'offerta dovrà essere esclusa.

23. Si veda sentenza del 25 marzo 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, § da 60 a 62.
24. C-367/19, § 26.
25. Si veda C-367/19, § 27.
26. Si veda C-367/19, § 28.
27. Conclusioni avvocato generale, § da 63 a 66.
28. Si veda C-367/19, § 28.
29. C-367/19, § 29.
30. C-367/19, § 30.
31. Direttiva 2014/24/UE, art. 69: «*Offerte anormalmente basse. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi. 2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori, c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2; e) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 71; f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato. 3. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2. L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2. 4. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta unicamente per questo motivo soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione. 5. Su richiesta, gli Stati membri mettono a disposizione degli altri Stati membri, a titolo di collaborazione amministrativa, tutte le informazioni a loro disposizione, quali leggi, regolamentazioni, contratti collettivi universalmente applicabili o norme tecniche nazionali, relative alle prove e ai documenti prodotti in relazione ai dettagli di cui al paragrafo 2».*
32. C-367/19, § 31.
33. C-367/19, § 33.