

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2021 | anno XVI



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo

Biblioteca Multimediale & Centro di documentazione

NON SOLO LIBRI

dvd, video, periodici, documenti, archivi sui temi giuridico-economici, quali: pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche. Altre Sezioni: Cultura dell' Ambiente, Genere, Archivio storico documentale (in collaborazione con l'Ipsaic), Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale, Identità pugliese, Edizioni di Pregio, Medicina di Genere, Scienze Sociali e Biblioteconomia

SPAZI

per studiare o consultare libri, riviste, quotidiani, dvd e banche dati,
per socializzare e condividere

CORSI

sull'uso delle risorse bibliografiche per le tue ricerche e tesine

INTERNET

wifi per il proprio Pc o tablet, computer disponibili nelle sale

PRESTITO E PRESTITO INTERBIBLIOTECARIO

Puoi portare a casa i libri per leggerli con tranquillità oppure richiederci un libro che si trova presso un'altra biblioteca

Vieni a trovarci e scopri le opportunità che la biblioteca ti offre

dal lunedì al venerdì dalle 9 alle 18 (nel periodo estivo fino alle 19.30)
il primo sabato del mese dalle 9 alle 13

Tutti i servizi sono gratuiti

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it

via Giovanni Gentile, 52 – 70126 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo

Instagram @consiglio.regionale.puglia @teca_del_mediterraneo

Studi sull'integrazione europea

numero 2- 2021 | anno XVI

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Marta Cartabia, Gianluca Contaldi, Carlo Curti Gialdino, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Angela Di Stasi, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Bruno Nascimbene, Lina Panella, Ornella Porchia, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Silvana Sciarra, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghi

Comitato di redazione: Ivan Ingravallo (coordinatore), Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Ilaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Gianpaolo Maria Ruotolo, Roberto Virzo

Revisione abstracts a cura di Denise Milizia

Comitato dei referees: Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspere, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

Il 21 marzo 2019 a Roma, presso la Corte costituzionale, Studi sull'integrazione europea è stata insignita del XXV Premio "Eugenio Selvaggi" per la stampa storico-giuridica.



Direzione e Redazione: c/o Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – e-mail: rivistastudi@gmail.com

A tali indirizzi vanno inviati corrispondenza e libri per eventuali recensioni o segnalazioni.

La Direzione della Rivista comunica che i contributi in essa pubblicati sono sottoposti a referaggio in conformità del codice etico consultabile sul sito web della rivista: www.studisullintegrazioneeuropea.eu.

Studi sull'integrazione europea è indicizzata in banche dati giuridiche italiane e straniere.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2021 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Autorizzazione del Tribunale di Bari
del 22/03/2006 n° 19
Direttore responsabile:
ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

Ugo VILLANI L'attualità della giurisprudenza CECA	233
Gianluca CONTALDI La normativa per l'attuazione del programma <i>Next Generation EU</i>	245
Ruggiero CAFARI PANICO, Fabrizio DI BENEDETTO La nozione di gruppo nel Quadro temporaneo	267
Maria Rosaria MAURO Il Trattato sulla Carta dell'energia: conflittualità e sinergie tra la protezione degli investimenti e la lotta ai cambiamenti climatici	299

NOTE E COMMENTI

Francesco BATTAGLIA Recenti novità in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nell'Unione europea	335
Matteo DEL CHICCA Alcune recenti relazioni diplomatiche intrattenute dalla Russia con l'Unione europea e con una parte dei suoi Stati membri	363
Marta LAZZARONI Le implicazioni istituzionali della pandemia da Covid-19: verso un "Europa della salute"?	391
Cristina Evanghelia PAPADIMITRIU Nuovi modelli di <i>business</i> del <i>Fintech</i> e approccio europeo	415
Viviana SACHETTI Il nuovo meccanismo di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea	431

RECENSIONI

Daniel BORRILLO, <i>Droit d'asile et homosexualité. Comment prouver l'intime?</i> , Paris, L'Harmattan, 2021 (J. Cruz Ángeles)	441
Viktor LUSZCZ, <i>European Court Procedure. A Practical Guide</i> , Oxford, Hart Publishing, 2020 (D.P. Domenicucci)	448
Libri ricevuti	453
Indice degli autori	455

Summary



ARTICLES

- Ugo VILLANI
The Topicality of ECSC Case-Law 233
- Gianluca CONTALDI
The European Legislation for the Implementation of the Next Generation EU Plan 245
- Ruggiero CAFARI PANICO, Fabrizio DI BENEDETTO
The Notion of Group in the Temporary Framework 267
- Maria Rosaria MAURO
The Energy Charter Treaty: Conflicts and Synergies between the Investment Protection and the Fight Against Climate Change 299

NOTES AND COMMENTS

- Francesco BATTAGLIA
Recent Innovations in the Field of Representative Actions to Protect the Collective Interests of Consumers in the European Union 335
- Matteo DEL CHICCA
Some Recent Diplomatic Relations Maintained by Russia with the European Union and with Some Member States 363
- Marta LAZZARONI
The Institutional Implications of the Covid-19 Pandemic: Towards a 'Europe of Health'? 391
- Cristina Evanghelia PAPADIMITRIU
New Fintech Business Models and the European Approach 415
- Viviana SACHETTI
The New Conditionality Mechanism for the Protection of the Union's Budget 431

BOOK REVIEWS

Daniel BORRILLO, <i>Droit d'asile et homosexualité. Comment prouver l'intime?</i> , Paris, L'Harmattan, 2021 (J. Cruz Ángeles)	441
Viktor LUSZCZ, <i>European Court Procedure. A Practical Guide</i> , Oxford, Hart Publishing, 2020 (D.P. Domenicucci)	448
Books received	453
List of contributors	455



Articoli

Ugo Villani*

L'attualità della giurisprudenza CECA**

SOMMARIO: 1. Premessa. La nascita della Corte di giustizia. – 2. I rapporti tra le competenze della Comunità e quelle degli Stati membri. – 3. I rapporti tra il diritto comunitario e il diritto interno. – 4. I principi generali di carattere materiale. – 5. La tendenza della Corte a interpretare in maniera ampia le proprie competenze. – 6. Conclusioni.

1. Gli elementi di novità che la CECA, costituita con il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951, presentava rispetto a qualsiasi precedente esperienza di organizzazione internazionale possono sintetizzarsi nella sua sopranazionalità. Questo termine era espressamente impiegato riguardo all'Alta Autorità dall'art. 9 del Trattato istitutivo, il quale dichiarava che i componenti della stessa “si astengono da ogni atto incompatibile con il carattere sopranazionale delle loro funzioni” (co. 5) e che “ogni Stato membro s'impegna di rispettare questo carattere sopranazionale” (co. 6).

In dottrina, pure nella naturale varietà di veduta, la sopranazionalità era generalmente identificata nella indipendenza dell'Alta Autorità dagli Stati membri, nel (parziale) trasferimento di competenze da questi alla CECA, nel rapporto diretto – senza necessaria mediazione statale – tra la Comunità e i soggetti privati (persone fisiche o giuridiche), con il conseguente accesso anche di questi ultimi alla Corte di giustizia¹. Tali elementi, singolarmente considerati, potevano ritrovarsi, invero, anche in altre organizzazioni o unioni di Stati precedenti alla CECA; per esempio, quello che può apparire come l'aspetto più significativo della sopranazionalità, cioè il potere dell'ente internazionale di adottare atti immediatamente efficaci per i singoli², trovava un precedente nella Commissione europea del Danubio, istituita con il Trattato di Parigi del 30 marzo 1856. Ma ciò che determinava – e giustificava –

* Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Testo riveduto di una relazione tenuta nel Convegno “L'attualità della C.E.C.A. A settant'anni dal Trattato di Parigi”, svoltosi il 12 maggio 2021 presso l'Università degli studi di Napoli Federico II.

¹ Cfr. P. REUTER, *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, 1953, p. 139 ss.

² Cfr. G. MORELLI, *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1954, p. 3 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Intervento*, in *Actes Officiels du Congrès international d'études sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, I, Milano, 1959, p. 4 ss.; A. H. ROBERTSON, *European Institutions: Co-operation, Integration, Unification*, London, 1959, p. 106 ss.; M. PANEBIANCO, *Introduzione al Diritto del Mercato Comune Europeo*, Salerno, 1980, p. 19 s. Per un ampio e approfondito esame della dottrina in materia cfr. P. FOIS, *Dalla CECA all'Unione europea. Il declino della sovranazionalità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 479 ss.; cfr. anche G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, *ivi*, 2013, p. 441 ss.

la novità della CECA era la presenza simultanea in essa di tutti gli elementi sopra ricordati³.

Un aspetto essenziale del peculiare carattere della nuova organizzazione era rappresentato dalla creazione di un organo giudiziario, la ricordata Corte di giustizia, la quale “assicura il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del presente Trattato e dei regolamenti d’esecuzione” (art. 31).

La Corte, ai sensi della Convenzione sulle disposizioni transitorie, avrebbe assunto i poteri dal momento della nomina dei suoi membri e avrebbe stabilito il regolamento di procedura entro tre mesi dalla sua costituzione; “i ricorsi potranno essere proposti soltanto dopo la data di pubblicazione di questo regolamento” (par. 5). La prima udienza solenne fu tenuta il 10 dicembre 1952 e il regolamento di procedura fu approvato il 4 marzo 1953⁴.

Il primo Presidente della Corte fu l’italiano Massimo Pilotti⁵, alto magistrato dalla ricchissima esperienza internazionale, avendo partecipato a numerose e importanti conferenze internazionali, che aveva ricoperto anche il ruolo di Segretario generale aggiunto e poi, dal dicembre 1932, di Sottosegretario generale della Società delle Nazioni, fino all’uscita dell’Italia dalla Società nel 1937. Egli era anche un apprezzato studioso di diritto internazionale, autore, tra l’altro, di un corso presso l’*Académie de droit international* dell’Aja su *Les Unions d’Etats* del 1928⁶. Nel dopoguerra la sua figura era parsa appannata, anche a causa della sua esposizione nel periodo del regime fascista. Fu merito di Alcide De Gasperi riconoscerne le elevate qualità, anche di rinomanza e prestigio internazionale, e promuoverne la nomina presso la Corte CECA. Chiuse la sua esperienza giudiziaria con la nascita, nel 1958, della Corte unica delle Comunità europee, lasciando significative riflessioni scientifiche sugli anni trascorsi alla Corte.

Le prime due sentenze della Corte furono pronunciate il 21 dicembre 1954, una su ricorso del 9 febbraio 1954 della Francia contro l’Alta Autorità, l’altra su ricorso del 18 febbraio 1954 dell’Italia, sempre contro l’Alta Autorità. In entrambe la causa fu vinta dagli Stati ricorrenti⁷.

2. Nella giurisprudenza relativa al Trattato CECA (proveniente dalla Corte di quest’ultima e poi dalla Corte di giustizia delle Comunità europee) non è dato rinvenire pronunce di carattere sistematico, ricostruttive dell’ordinamento comunitario, quale, in riferimento al Trattato CEE, può essere, per esempio, la celebre sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*⁸. La giurisprudenza concernente la CECA, peraltro, offre una pluralità e una ricchezza di singole affermazioni di principio, di spunti, di suggestioni riguardanti i caratteri propri dell’ordinamento

³ Cfr. F. CAPOTORTI, *Supranational Organizations*, in R. BERNHARDT (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, V, Amsterdam, 1983, p. 262, in specie p. 263 s.

⁴ Cfr., anche per ulteriori informazioni sui primi passi della Corte di giustizia, R. MONACO, *Memorie di una vita memorie per l’Europa*, Roma, 1996, p. 94 s.

⁵ Cfr. R. MONACO, *op. cit.*, p. 180 s. Sulla figura di Massimo Pilotti cfr. L. CREMA, *Pilotti, Massimo*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M. N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, II, Bologna, 2013, p. 1590 s.

⁶ M. PILOTTI, *Les Unions d’Etats*, in *Recueil des cours*, IV, 1928, p. 445 ss.

⁷ Vedi ancora R. MONACO, *op. cit.*, p. 95 s.

⁸ Per una riflessione su tale sentenza ci permettiamo di rinviare a U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant’anni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2013, p. 225 ss.

comunitario e i suoi principi fondamentali, che verranno via via sviluppati nella giurisprudenza successiva, concernente il Trattato CEE e quelli sull'Unione europea.

La novità del fenomeno del diritto comunitario emerge, anzitutto, con riferimento ai rapporti tra le competenze della Comunità e quelle degli Stati membri. Così, la “storica” affermazione, contenuta nella sentenza *Van Gend en Loos*, secondo la quale gli Stati membri hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani a favore dell'ordinamento giuridico della Comunità, trova un precedente, sia pure implicito, nella sentenza del 23 febbraio 1961, causa 30-59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità*, in materia di aiuti alle imprese. In essa la Corte dichiara che entro l'ambito comunitario, cioè per tutto quanto si riferisce al perseguimento degli scopi comuni nell'ambito del mercato comune, le istituzioni della Comunità sono state dotate di competenza esclusiva, poiché il Trattato CECA ha voluto riservare a tali istituzioni, ad esclusione degli Stati, la facoltà di concedere sovvenzioni o aiuti ed imporre oneri speciali. La Corte, inoltre, sottolinea il carattere parziale dell'integrazione realizzata dal Trattato, non mancando di rilevare gli inconvenienti che ne derivano.

Nella stessa sentenza sembra già enunciato un principio fondamentale sulla delimitazione delle competenze tra gli Stati membri e, oggi, l'Unione europea. Ci riferiamo al principio di attribuzione, che viene espresso in termini corrispondenti nella sostanza, a quelli dell'art. 5, par. 2, TUE (nonché negli altri articoli dei Trattati che lo ribadiscono in specifici ambiti, come l'art. 13, par. 2, TUE). La Corte, infatti, dichiara che gli Stati membri rimangono responsabili di tutti i settori della loro politica economica che il Trattato non ha espressamente incluso nell'ambito comunitario, in particolare della loro politica sociale e fiscale.

Di notevole interesse, pur riferendosi a questioni molto specifiche concernenti l'immunità fiscale dei funzionari della CECA, è la sentenza del 16 dicembre 1960, causa 6-60, *Humblet c. Belgio*, anzitutto per le affermazioni in essa contenute concernenti la competenza della Corte. Nella vicenda in esame veniva in rilievo una legge belga che il ricorrente, dipendente della CECA e cittadino belga, riteneva in contrasto con l'art. 11 b) del Protocollo sui privilegi e sulle immunità della Comunità, secondo il quale gli agenti della Comunità erano esenti da qualsiasi imposta sugli stipendi e sugli emolumenti pagati dalla stessa Comunità. Il sig. Humblet, pertanto, aveva presentato ricorso alla Corte contro il Belgio. La Corte, sul presupposto – sembrerebbe – che il Protocollo, nel suo ambito di applicazione, attribuisse una competenza esclusiva alla Comunità (il ricorrente sosteneva esplicitamente che esso comportava una limitazione di sovranità degli Stati membri in materia tributaria), ne ricava come logico corollario la propria competenza, rispetto a un ricorso di un individuo contro uno Stato membro, a interpretare il Protocollo in conformità dell'art. 16 dello stesso, il quale stabiliva che “ogni controversia concernente l'interpretazione o l'applicazione del presente Protocollo sarà sottoposta alla Corte”. In proposito l'Avvocato generale Maurice Lagrange, nelle sue conclusioni del 18 ottobre 1960, si era spinto ad affermare che la competenza attribuita alla Corte necessariamente escludeva quella dei giudici nazionali. Per cui, pur in assenza di espresse disposizioni al riguardo, detti giudici “dinnanzi ai quali venisse sollevata una questione di interpretazione o di applicazione del Protocollo farebbero bene – qualora non dovessero addirittura ritenersi obbligati – ad ordinare la rimessione in via pregiudiziale alla Corte, ad istanza di parte od anche d'ufficio”.

La Corte di giustizia, nell'affermare la propria competenza, respingeva l'eccezione sollevata dallo Stato convenuto, il quale assumeva che la lite verteva non già sull'interpretazione del Protocollo, ma sulla retta applicazione della legge belga in questione. Sotto questo profilo la pronuncia prelude alla posizione assunta nella vicenda *Van Gend en Loos*. In questa sia l'Olanda che il Belgio contestavano la competenza della Corte (che, nella specie, era quella a titolo pregiudiziale), sostenendo che la questione a essa sottoposta non verteva sull'interpretazione del Trattato CEE – in specie dell'art. 12 relativo al divieto di dazi e di tasse di effetto equivalente nel commercio intracomunitario –, “bensì sulla sua applicazione nell'ambito del diritto costituzionale olandese”; più precisamente sulla sua eventuale prevalenza rispetto al diritto interno olandese, questione di esclusiva competenza dei giudici nazionali. Com'è noto, la Corte respinse tale eccezione motivando che, “nella specie, non le si chiede affatto di applicare il Trattato in base ai principi del diritto interno olandese, il che rimane di competenza dei giudici nazionali, bensì di pronunciarsi esclusivamente (...) sull'interpretazione dell'articolo 12 del Trattato stesso nell'ambito del diritto comunitario e sotto il profilo della sua incidenza sui singoli”. Per l'aspetto della competenza della Corte le sentenze *Humblet* e *Van Gend en Loos* sono accomunate dal fatto che, nell'esercizio di due differenti competenze (ma, in ogni caso, al di fuori della procedura d'infrazione), esse statuiscano che la Corte stessa, pur pronunciandosi formalmente su norme del diritto comunitario, ben può interpretare norme del diritto interno di Stati membri, ricavandone, di conseguenza, l'eventuale contrarietà al diritto comunitario. E la sentenza del 16 dicembre 1960 dichiarava, infatti, che la legge fiscale belga era in contrasto con il Protocollo sui privilegi e sulle immunità della CECA.

Anche la teoria dei poteri impliciti, in connessione con il principio dell'effetto utile⁹, trova un precedente in una lontana sentenza concernente il Trattato CECA del 29 novembre 1956, causa 8-55, *Fédération charbonnière de Belgique c. Alta Autorità*. Nella specie la ricorrente contestava il potere di quest'ultima di fissare i prezzi dei prodotti carboniferi del Belgio, in quanto non previsto esplicitamente dal par. 26 della Convenzione sulle disposizioni transitorie (che veniva in considerazione del caso in esame). La Corte respinge tale argomento affermando, in proposito, un potere implicito dell'Alta Autorità. Essa ricostruisce questo potere nelle due versioni che si sono consolidate nella giurisprudenza successiva. In una prima i poteri impliciti vengono ricavati da quelli espliciti; in una seconda, più avanzata e, in un certo senso, più audace, i suddetti poteri sono desunti direttamente dagli scopi dei Trattati europei.

Infatti, la Corte dichiara, anzitutto, che il potere dell'Alta Autorità di fissare i prezzi dei prodotti carboniferi del Belgio deve ammettersi, tenuto conto del potere dell'Alta Autorità di intervenire per determinare la perequazione dei prezzi in questione. La Corte collega tale potere, come si è accennato, all'esigenza di assicurare un effetto utile delle norme della CECA in materia. La Corte dichiara che “è consentito applicare una norma interpretativa generalmente ammessa tanto in diritto internazionale quanto nel diritto interno e secondo la quale le disposizioni di un Trattato internazionale o di una legge comprendono implicitamente anche le

⁹ Sulla giurisprudenza sui poteri impliciti cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 83 ss.; sull'effetto utile, anche per ulteriori riferimenti, I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017.

norme senza le quali le predette disposizioni non avrebbero senso o non potrebbero venire applicate in modo ragionevole ed utile”. Come si è detto, la Corte va oltre e fa ricorso agli obiettivi del Trattato CECA, ricordando che, ai sensi dell’art. 8 del Trattato CECA, l’Alta Autorità ha il compito di assicurare l’attuazione degli scopi stabiliti dal Trattato, nonché dalla Convenzione sulle disposizioni transitorie che ne è parte integrante. Pertanto – prosegue la Corte –, trattandosi, nella specie, di conseguire l’obiettivo indicato dal par. 26 della Convenzione, l’Alta Autorità “ha il potere, se non l’obbligo, di adottare i provvedimenti atti a garantire il ribasso dei prezzi del carbone belga”, in particolare, fissando tali prezzi.

La citata sentenza va ricordata anche per un altro profilo concernente la ripartizione di competenze tra gli Stati membri e la Comunità. È in tale sentenza che ha origine il principio di proporzionalità, oggi enunciato dall’art. 5, par. 4, TUE¹⁰. In essa la Corte, sia pure in termini alquanto sintetici, dichiara che una reazione dell’Alta Autorità ad un atto illecito delle imprese “dovrebbe essere commisurata all’importanza dell’atto illecito”.

Nella giurisprudenza successiva il principio trova molteplici riaffermazioni. Così, nella sentenza del 13 luglio 1962, causa 19-61, *S. A. Mannesmann c. Alta Autorità*, la Corte statuisce che quest’ultima, nell’elaborare e nell’applicare i meccanismi finanziari per salvaguardare l’equilibrio del mercato, deve avere cura che “gli scopi perseguiti siano raggiunti nel modo migliore e col minimo sacrificio possibile per le imprese partecipanti” e, più in generale, per il complesso delle persone soggette alla Comunità. Il principio ritorna in due sentenze del 18 marzo 1980 (cause da 154/78 a 85/79, *Valsabbia e altri c. Commissione*, e cause 26 e 86/79, *Forges de Thy et Marceau c. Commissione*), le quali, citando, peraltro, una sentenza emessa nel quadro della CEE (24 ottobre 1973, causa 5/73, *Balkan-Import-Export GmbH*), dichiarano che “le istituzioni, nell’esercitare i loro poteri, devono aver cura di evitare che gli oneri imposti agli operatori economici superino la misura necessaria al raggiungimento degli scopi che le istituzioni stesse devono perseguire”.

3. La giurisprudenza relativa alla CECA si sviluppa riguardo alla tematica, di fondamentale importanza nella ricostruzione delle peculiarità del fenomeno giuridico in esame, dei rapporti tra il diritto della Comunità e quello degli Stati membri.

In primo luogo, emerge il carattere della diretta applicabilità di alcune norme comunitarie, con le conseguenze procedurali che da essa derivano. Già nella sentenza del 23 aprile 1956, cause 7-54 e 9-54, *Groupement des Industries sidérurgiques Luxembourgeoises c. Alta Autorità*, pronunciata a seguito di un ricorso in carenza ex art. 35 del Trattato CECA, la Corte pone una distinzione tra le disposizioni del Trattato CECA che richiedono, per la loro applicazione, ulteriori adempimenti, e quelle che, al contrario, recano una disciplina completa che ne consente una diretta applicazione. Tale nozione rappresenta la premessa, sul piano logico-giuridico, per la successiva configurazione di una efficacia diretta, consistente nella possibilità, per i destinatari dei diritti prodotti dalla norma comunitaria, di invocare tali diritti dinanzi al giudice nazionale.

Con riguardo all’art. 4 del Trattato CECA, che proibiva una serie di dazi, di provvedimenti e di pratiche, in quanto riconosciuti incompatibili con il mercato

¹⁰ Cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, p. 409 ss., in specie p. 416.

comune del carbone e dell'acciaio, la Corte osserva che alcune disposizioni di questo articolo sono richiamate e integrate da altre disposizioni del Trattato; in questi casi esse vanno considerate nel loro complesso e applicate simultaneamente. Al contrario, "quelle disposizioni dell'art. 4 che non trovano nel Trattato alcuna norma integrativa, sono di per sé complete ed immediatamente applicabili". Sia pure in maniera ancora concisa ed embrionale, è ricavabile da tale enunciazione una nozione di "autosufficienza" della norma comunitaria, un carattere "*self-executing*". Ecco qui è solo accennato (anche perché limitato alle esigenze del caso sottoposto alla Corte), ma, successivamente, verrà a svilupparsi in maniera più ampia ed esplicita, come una disposizione avente un contenuto chiaro, preciso e incondizionato, la cui applicazione non è subordinata all'emanazione di ulteriori atti, da parte delle istituzioni europee o degli Stati membri.

Il completamento della nozione di applicabilità diretta mediante l'attribuzione al singolo dei diritti derivanti da una norma avente tale carattere, anche se, per ora, nell'ambito limitato dei privilegi e delle immunità dei funzionari della Comunità, è effettuato dalla citata sentenza *Humblet* del 16 dicembre 1960. In essa la Corte dichiara che il relativo Protocollo "attribuisce quindi alle persone alle quali si riferisce un diritto soggettivo di cui è assicurata la tutela mediante il diritto di ricorso previsto dall'art. 16". Si noti che la tutela giudiziaria dei diritti nascenti dal Trattato CECA è circoscritta all'interno dello stesso ordinamento comunitario, essendo garantita dinanzi alla Corte di giustizia. Ma nella sentenza vi è già un'apertura, seppure in maniera indiretta, verso una tutela dei diritti dei singoli, nascenti dalle norme comunitarie, nell'ambito dell'ordinamento nazionale. Essa, infatti, statuisce che, a seguito della propria sentenza, l'illegittimità, rispetto al diritto comunitario, dell'accertamento tributario in questione, comporta per il Belgio l'obbligo di "adottare i provvedimenti necessari per farlo annullare e per far restituire le somme che sian state indebitamente percepite".

Nella stessa sentenza, inoltre, è ben presente il primato del diritto comunitario su quello interno degli Stati membri. La Corte dichiara nettamente che il Trattato CECA e il Protocollo sulle immunità e i privilegi della Comunità, a seguito della loro ratifica, hanno forza di legge negli Stati membri e prevalgono sul diritto interno. Ciò, peraltro, comporta, per gli Stati membri, l'obbligo di dare esecuzione alla sentenza della Corte che accerti la contrarietà di una legge o di un provvedimento statale al diritto comunitario, non l'invalidità o l'inefficacia di tale atto interno. La Corte, infatti, nega una propria competenza ad annullare o abrogare leggi o atti amministrativi di uno Stato membro. Tale incompetenza è desunta dalla qualificazione delle proprie sentenze come aventi valore soltanto dichiarativo, analogamente a quanto previsto dalle disposizioni dei Trattati CEE e CEEA concernenti la procedura d'infrazione.

Ma l'incompetenza della stessa Corte è legata a un'ulteriore ragione di fondo, riguardante la configurazione dei rapporti tra il diritto CECA e quello interno, destinata, nella giurisprudenza successiva, a modificarsi profondamente, sino a capovolgersi. Nella sentenza *Humblet* tali rapporti sono informati "al principio di una rigorosa separazione fra i poteri delle Istituzioni comunitarie e quelli degli organi degli Stati membri". Questa ricostruzione "dualista" appare frutto di una non ancora piena consapevolezza della novità del fenomeno giuridico della Comunità europea; essa, in termini lapidari, sarà ribadita, di lì a poco, nella sentenza del 6 aprile 1962,

causa 13-61, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd* (concernente una domanda pregiudiziale relativa al Trattato CEE): “Il diritto interno del giudice che chiede la decisione pregiudiziale ed il diritto comunitario costituiscono due ordinamenti giuridici distinti e diversi”¹¹. Siamo, quindi, ben lontani da quella concezione “monista”, che verrà ben presto ad affermarsi, secondo la quale il diritto comunitario si integra in quello statale, collocandosi in una posizione di supremazia su quest’ultimo con conseguente invalidità o inefficacia (o disapplicazione) delle norme interne in conflitto con quelle comunitarie (almeno direttamente applicabili)¹². Non può escludersi, tuttavia, che l’assunto della separatezza tra l’ordinamento comunitario e quelli degli Stati membri risponda anche – in una fase ancora “pionieristica” dell’integrazione europea – all’esigenza di affrancare le competenze delle istituzioni della CECA da qualsiasi condizionamento proveniente dal diritto statale. Era questo, invero, l’obiettivo della citata sentenza del 6 aprile 1962, la quale concludeva, sul punto, che la competenza della Corte a titolo pregiudiziale era subordinata ai soli presupposti stabiliti dall’art. 177 del Trattato CEE, senza che essa dovesse esaminare qualsiasi altra condizione alla luce del diritto interno.

4. Nella giurisprudenza relativa al Trattato CECA affiorano anche alcuni principi di carattere materiale, obbligatori per le istituzioni comunitarie come per gli Stati membri.

Troviamo, così, la prima affermazione del diritto dei singoli di ottenere la riparazione dei propri diritti pregiudicati da una condotta statale in violazione di obblighi comunitari. Ancora la sentenza *Humblet* del 16 dicembre 1960 (una vera miniera, come si vede, di spunti e di suggestioni fondamentali nella costruzione dell’ordinamento comunitario) dichiara che, ove una propria sentenza accerti che un atto legislativo o amministrativo di uno Stato membro contrasti con il diritto comunitario, tale Stato è tenuto sia a revocare l’atto in questione, che a “riparare gl’illeciti effetti che ne possono essere derivati”, compresa la restituzione delle somme indebitamente percepite in forza di detta legge o atto. Tale obbligo è espressamente fondato sull’art. 86 del Trattato CECA, il quale stabiliva l’obbligo degli Stati membri di prendere ogni provvedimento atto ad assicurare l’esecuzione degli obblighi risultanti dalle decisioni e dalle raccomandazioni delle istituzioni della Comunità e di facilitare il compito della sua missione e, per converso, di astenersi da ogni provvedimento incompatibile con il mercato comune. Questa disposizione corrispondeva, grosso modo, all’art. 5 del Trattato CEE (nonché, in una formulazione ben più ampia e articolata, all’odierno art. 10 TUE), nel quale la Corte di giustizia avrebbe rinvenuto un principio generale di leale cooperazione tra gli Stati membri e le Comunità europee. Da esso la Corte avrebbe ricavato – sebbene in combinazione con altre disposizioni del Trattato – una serie di obblighi specifici degli Stati, tra i quali, appunto, quello di risarcire i danni provocati ai singoli dalla loro violazione di obblighi derivanti dal diritto comunitario.

¹¹ Su tale sentenza cfr. F. DURANTE, *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p. 415 ss., in specie p. 419.

¹² Per riferimenti cfr. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 450 ss.

A parte qualche sporadico richiamo, spesso in via incidentale, di tale obbligo¹³, è solo la celebre sentenza del 19 novembre 1991, causa C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci*, che fa concreta applicazione dell'obbligo risarcitorio degli Stati. Non è un caso che essa citi quale precedente la sentenza *Humblet*, la quale ritorna anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Giuseppe Tesaurò del 28 novembre 1995 relative alle cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, conclusioni che offrono un decisivo contributo alla definitiva sistemazione della materia. Nella giurisprudenza formatasi dalla sentenza *Francovich e Bonifaci* in poi il tema della responsabilità dello Stato per violazione di obblighi comunitari è oggetto di importanti approfondimenti e precisazioni. Nella sentenza *Humblet*, infatti, tale obbligo appare subordinato a una sentenza precedente della Corte di giustizia di accertamento dell'illecito dello Stato e il diritto del singolo alla riparazione sembra richiedere, da parte di tale Stato, l'adozione dei provvedimenti per l'esecuzione della sentenza. Al contrario, la giurisprudenza successiva non richiede più che la violazione di un obbligo derivante dal diritto comunitario sia dichiarata da una sentenza della Corte, né tanto meno, ovviamente, che lo Stato abbia adottato misure di esecuzione, quali l'abrogazione di una legge o l'annullamento, o la revoca, di un atto amministrativo. Nella sentenza del 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, l'obbligo risarcitorio dello Stato viene ricondotto al principio generale, comune agli ordinamenti interni, secondo il quale "un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato". Pertanto, il titolare del diritto leso dall'illecito (comunitario) dello Stato può adire direttamente i giudici di tale Stato per ottenere il risarcimento dei danni. Ciò, evidentemente, rafforza l'effettività e la celerità della tutela del suo diritto al risarcimento.

Malgrado questi significativi sviluppi, il punto più importante e qualificante dell'istituto della responsabilità dello Stato per violazione di un obbligo comunitario è già ben presente nella sentenza *Humblet*: tale responsabilità nasce da un'attività (o un'omissione) legislativa dello Stato, cioè da una condotta, per sua natura, libera dello Stato. Vi è già, sia pure *in nuce*, l'elemento che, negli sviluppi della sentenza *Francovich e Bonifaci* e in quella *Brasserie du pêcheur e Factortame*, assumerà un carattere quasi "eversivo"; il fatto, cioè, che il giudice statale, soggetto soltanto alla legge (come statuisce l'art. 101, co. 2, Cost.), che egli è tenuto ad applicare, è chiamato, invece, a giudicare e, se del caso, condannare lo "Stato legislatore", a causa del contenuto della legge (come nel caso *Humblet*) o per la mancata emanazione della legge (come nella sentenza *Francovich e Bonifaci*).

La giurisprudenza CECA mette in luce il valore dei principi generali pure nei riguardi delle istituzioni comunitarie ai fini della legittimità dei loro atti. Basti ricordare, oltre al principio di proporzionalità¹⁴, quello di uguaglianza¹⁵, che viene delineato in varie sentenze, sottolineando che esso non è violato qualora misure dal contenuto differente riguardino situazioni diverse. Così, la sentenza del 21 giugno 1958, causa 8-57, *Groupement des hautes fourneaux et aciéries belges c. Alta Autorità*, dichiara: "In forza di un principio generalmente ammesso nell'or-

¹³ Cfr. U. VILLANI, *Il risarcimento dei danni di inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati*, in *Iustitia*, 2003, p. 241 ss., in specie p. 246 s.

¹⁴ Sopra, par. 2.

¹⁵ Cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, cit., p. 415 s.

dinamento giuridico degli Stati membri, l'uguaglianza degli amministrati di fronte alla regolamentazione economica non è di ostacolo alla fissazione di prezzi diversi a seconda della particolare situazione dei singoli utilizzatori o di categorie di essi, a condizione che la diversità di trattamento corrisponda ad una differenza delle condizioni in cui essi si trovino; qualora invece una base obiettivamente determinata facesse difetto, il diverso trattamento avrebbe carattere arbitrario e discriminatorio e sarebbe illegale". In termini analoghi si esprime la ricordata sentenza del 13 luglio 1962, causa 19-61.

Sono rinvenibili, poi, alcuni riferimenti allo stato di necessità. Al riguardo, peraltro, la giurisprudenza esprime dubbi sulla sua esistenza quale principio generale del diritto comunitario. In ogni caso la Corte esclude che esso possa applicarsi nell'ambito del sistema delle quote previsto dall'art. 58 del Trattato CECA (sentenza del 14 dicembre 1983, causa 263/82, *Klöckner-Werke AG c. Commissione*), così come che possa essere invocato qualora la situazione di difficoltà in cui un'impresa si sia trovata sia dovuta alle proprie scelte di ristrutturazione e a errate valutazioni della congiuntura economica (citata sentenza del 18 marzo 1980, *Valsabbia e altri*) e, più in generale, quando la situazione di pericolo, suscettibile di giustificare l'atto illecito, sia stata provocata dall'autore di tale atto (così la sentenza dell'11 maggio 1983, cause 303 e 312/81, *Klöckner-Werke AG c. Commissione*).

Va segnalata la menzione del principio "fondamentale" della solidarietà che, come sottolinea la citata sentenza del 18 marzo 1980, *Valsabbia e altri*, è enunciato nel Preambolo del Trattato CECA e "concretato in vari articoli, come l'art. 3 (prevalenza dell'interesse comune, che presuppone il dovere di solidarietà), gli articoli 49 e seguenti (sistema di finanziamento della Comunità fondato sul prelievo), l'art. 55, n. 2 (sfruttamento comune dei risultati della ricerca in campo tecnico e sociale), l'art. 56 (aiuti per la riconversione e il riadattamento), l'art. 56 (aiuti per la riconversione e il riadattamento), l'art. 53 (instaurazione di apparati finanziari)". Il principio in parola è declinato, in particolare, nei rapporti tra le imprese e trova concreta attuazione nel sistema delle quote di produzione, regolato dal citato art. 58 e basato sulla solidarietà di tutte le imprese siderurgiche della Comunità. Questo, infatti, mira a fronteggiare una situazione di crisi, dovuta alla diminuzione della domanda, mediante la riduzione della produzione siderurgica. Come rileva la Corte nella citata sentenza del 14 dicembre 1983, *Klöckner-Werke AG c. Commissione*, "tale riduzione comporta pesanti sacrifici, che vanno ripartiti equamente fra tutte le imprese del settore, coinvolte in uno sforzo di solidarietà comunitario teso a consentire all'industria del settore interessato nel suo complesso di superare la crisi e di sopravvivere".

Il principio di solidarietà, come è noto, è all'origine del progetto d'integrazione europea già nella celebre Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950: "L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto". Esso, sviluppatosi nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nei Trattati europei succedutisi nel tempo, trova nel vigente Trattato di Lisbona innumerevoli riaffermazioni, in molteplici direzioni e contenuti, così da permeare di sé il diritto dell'Unione. Il principio di solidarietà – come ha dichiarato il Tribunale nella sentenza del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Polonia c. Commissione* – "è alla base di tutto il sistema dell'Unione" e "costituisce uno dei principi fondamentali del diritto dell'U-

nione” (sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Commissione*, che ha confermato la suddetta sentenza del Tribunale)¹⁶.

5. La giurisprudenza espressa riguardo al Trattato CECA conferma la tendenza generale della Corte di giustizia a interpretare in maniera ampia le proprie competenze, anche oltre i confini espressamente risultanti dalle norme di volta in volta applicate.

Tale tendenza è riconoscibile nella più volte ricordata sentenza del 16 dicembre 1960, *Humbler*¹⁷. In essa la Corte – come si è accennato – interpreta l’art. 16 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità della Comunità, in base al quale “ogni controversia concernente l’interpretazione o l’applicazione del presente Protocollo sarà sottoposta alla Corte”, come comprensivo di un ricorso presentato da un dipendente della CECA contro il proprio Stato, il Belgio, accusato di violare l’art. 11 b) dello stesso Protocollo.

Espressiva di una interpretazione estensiva delle disposizioni sulla competenza della Corte è anche la sentenza del 22 febbraio 1990, causa C-221/88, *CECA c. Fallimento acciaierie e ferriere Busseni SpA*, pronunciata su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Brescia, il quale poneva alla Corte, ex art. 41 del Trattato CECA, varie questioni sull’interpretazione di una raccomandazione della Commissione. Detto art. 41, peraltro, istituiva la competenza a titolo pregiudiziale della Corte a giudicare della validità degli atti della CECA (le deliberazioni dell’Alta Autorità e del Consiglio), qualora una controversia proposta davanti a un tribunale nazionale mettesse in causa tale validità, non anche a interpretare le norme del Trattato e del diritto derivato. La Corte, tuttavia, si dichiara competente a pronunciarsi sulle questioni interpretative sottoposte. A questo fine essa si vale, principalmente, di una interpretazione sistematica delle norme dei tre Trattati comunitari riguardanti la sua competenza pregiudiziale, espressamente comprensiva di quella interpretativa ai sensi dell’art. 177 del Trattato CEE e dell’art. 150 del Trattato CEEA. Malgrado il diverso tenore tra queste due disposizioni e quella dell’art. 41 del Trattato CECA, la Corte sostiene che esse “esprimono, tutte, la duplice esigenza di assicurare il meglio possibile l’uniforme applicazione del diritto comunitario e di istituire a tal fine un’efficace cooperazione fra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali”. Da tale premessa la Corte, facendo ricorso anche a un metodo teleologico, desume che “sarebbe quindi contrario allo scopo e alla coerenza sistematica dei Trattati che nel caso di disposizioni fondate sui Trattati CEE e CEEA la determinazione del loro significato e del loro ambito di applicazione spettasse in ultima istanza alla Corte di giustizia (...), assicurando così l’uniformità della loro applicazione, mentre nel caso di norme relative al Trattato CECA questa competenza spetterebbe unicamente alle molteplici giurisdizioni nazionali, con possibile divergenze d’interpretazione e senza che la Corte di giustizia fosse abilitata a garantire l’uniforme interpretazione di tali norme”.

La posizione della Corte è rafforzata dall’ulteriore osservazione che il sindacato di validità di un atto comunitario, espressamente contemplato dall’art. 41 del Trattato CECA, implica necessariamente la sua previa interpretazione.

¹⁶ In argomento si veda l’ampio e approfondito studio di E. TRIGGIANI, *Il principio di solidarietà nell’Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, p. 255 ss.

¹⁷ Sopra, par. 2.

Come abbiamo accennato, la sentenza ora esaminata si colloca in un orientamento generale della Corte di giustizia volto ad ampliare l'ambito delle proprie competenze. Al di fuori del Trattato CECA può ricordarsi la sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*¹⁸, nella quale la Corte ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, rispetto agli obblighi comunitari, alle decisioni-quadro non eseguite, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale; e ciò sebbene tale obbligo fosse ricavato da quello di leale cooperazione previsto, all'epoca, dall'art. 10 del Trattato CE e la materia in oggetto fosse del tutto estranea a quest'ultimo Trattato. Successivamente al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, con la sentenza del 20 settembre 2016, cause da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising Ltd e altri c. Commissione e BCE*, la Corte di giustizia ha sindacato il comportamento della Commissione al di fuori dell'ordinamento dell'Unione europea, affermando che essa ha il dovere di rispettare la Carta dei diritti fondamentali al momento della stipulazione di un protocollo d'intesa con uno Stato membro a nome del Meccanismo europeo di stabilità, istituito con il Trattato di Bruxelles del 2 febbraio 2012 ed estraneo al diritto dell'Unione. In materia di PESC la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza a controllare la legittimità di decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, non solo a seguito del ricorso diretto di annullamento ai sensi dell'art. 263 TFUE (l'unico richiamato dall'art. 275, co. 2, TFUE), ma anche in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (sentenza del 28 marzo 2017, C-72/15, causa *PJSC Rosneft Oil Company*).

6. L'esame sin qui svolto conferma che, nella giurisprudenza formatasi sul Trattato CECA, manca una ricostruzione sistematica di ampio respiro, quale ritroviamo nella giurisprudenza relativa al Trattato CEE, sin dai primi anni '60 del secolo scorso, come nella citata sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963 o in quella del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*¹⁹. Queste sentenze, pur mirando a risultati concreti nell'applicazione del diritto comunitario, quali la tutela giudiziaria dei diritti da esso derivanti per i singoli da parte dei giudici nazionali (come nella vicenda *Van Gend en Loos*), o l'inefficacia del diritto statale in contrasto con quello comunitario (come nel caso *Costa c. ENEL*), intendono altresì fornire una sistemazione scientifica del fenomeno giuridico comunitario e darne una esposizione "pedagogica". Nulla di tutto ciò nelle sentenze dianzi considerate, nessuna delle quali è ritenuta meritevole di comparire tra i *grands arrêts* raccolti da Antonio Tizzano²⁰.

Ciò è dovuto a varie ragioni. Anzitutto, è spesso la stessa impostazione della causa a opera delle parti che non offre alla Corte l'occasione, né la necessità, di elaborare grandi costruzioni teoriche. Principalmente, la materia sulla quale essa opera è pur sempre estremamente limitata e parziale, riguardando il solo settore car-

¹⁸ Sulla quale cfr. F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 157 ss.

¹⁹ Per un riesame di tale sentenza cfr. A. ARENA, *Curia non facit saltus: origini ed evoluzione del principio del primato prima della sentenza Costa c. ENEL*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, II, Bari, 2017, p. 949 ss.; ID., *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 2019, p. 1017 ss.

²⁰ A. TIZZANO, *I "Grands Arrêts" della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, 2012.

bosiderurgico; quando la Corte svolgerà le sue funzioni nel contesto ben più ampio e comprensivo del mercato comune e della CEE, in esso troverà un terreno che, proprio per la sua vastità, risulterà più propizio per ricostruzioni di portata generale. Infine, è inevitabile che quelle riflessioni più innovative, se non “rivoluzionarie” (si pensi all’inefficacia delle leggi interne in contrasto con il diritto comunitario), sui caratteri dell’ordinamento di cui la Corte è portatrice richiedessero i loro tempi di maturazione.

Tuttavia la giurisprudenza relativa al Trattato CECA pone già le basi dei successivi sviluppi creando degli importanti tasselli, i quali verranno via via a ricomporsi in un mosaico pienamente compiuto. Essa mostra, in ogni caso, che i giudici della CECA hanno già ben percepito la novità del fenomeno comunitario e che sono consapevoli del ruolo essenziale che essi sono chiamati a svolgere nella precisazione, nella edificazione e nello sviluppo del sistema complessivo del suo ordinamento giuridico.

Abstract

The Topicality of ECSC Case-Law

In the first European supranational community, the European Coal and Steel Community (ECSC), a fundamental element of its legal order was the Court of Justice, that had to ensure that in the interpretation and application of this Treaty, and the rules laid down for the implementation thereof, the law was being observed. The case-law according to the ECSC Treaty does not offer the general systematic reconstruction that one can find in the case-law relating to the EEC Treaty. It, however, contains several important declarations and principles, and it shows that the Court had perceived the originality of the European integration and was aware of its own leading role in its legal order.

Gianluca Contaldi*

La normativa per l'attuazione del programma *Next Generation EU*

SOMMARIO: 1. Il programma *Next Generation EU*. – 2. Il regolamento 2021/241 ed i controlli sull'attuazione dei piani di riforma e di investimento. – 3. Il limitato rilievo del rispetto dello Stato di diritto. – 4. La riforma delle risorse proprie. L'introduzione di una tassa sugli imballaggi in plastica non riciclabile. – 5. *Segue*: l'incremento della quota di contribuzione a carico degli Stati membri. – 6. Conclusioni.

1. Per agevolare una ripresa dalle perdite causate dalla pandemia da COVID-19, il Consiglio europeo, nel corso di una riunione straordinaria nel mese di luglio 2020¹, ha concepito un ingente piano di aiuti economici agli Stati membri, denominato *Next Generation EU* (nell'acronimo: NGEU)².

L'obiettivo primario di questo piano consiste nel convertire le economie dei Paesi membri verso un assetto potenzialmente idoneo a garantire prosperità e benessere negli anni a venire. Un risultato siffatto dovrebbe essere assicurato mediante la trasformazione degli apparati industriali tradizionali in attività ecocompatibili (c.d. transizione verde), attraverso l'utilizzazione delle tecnologie digitali, nonché con la creazione di strutture economiche e sociali maggiormente resistenti agli shock esterni³.

Per accedere ai finanziamenti⁴, i Paesi dell'Unione hanno dovuto presentare estesi programmi di investimento e di riforme economiche e sociali. Detti piani sono articolati secondo rigide scadenze temporali: più dettagliatamente, essi devono prevedere l'impegno del 70% delle risorse disponibili entro il 31 dicembre 2022; ed il

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata.

¹ Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020) – conclusioni 21 luglio 2020.

² Per l'analisi delle implicazioni giuridiche del piano v. G. L. TOSATO, *The Recovery Fund: Legal Issues*, LUISS Policy Brief, n. 23/2020, reperibile *online*; B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 Recovery Plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 635 ss.; F. SALMONI, *Recovery Fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021; A. SOMMA, *Quando l'Europa tradi se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari, 2021, p. 168 ss.

³ Più dettagliatamente, l'art. 3 del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, prevede che le misure si articolino in sei pilastri: transizione verde; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza; politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani.

⁴ Come è noto, le erogazioni a favore degli Stati membri sono in parte a fondo perduto, in parte a titolo di prestito. Gli articoli 2 e 3 del regolamento (UE) n. 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19, stabiliscono che, su un totale di settecentocinquanta miliardi di euro, trecentosessanta verranno erogati agli Stati membri a titolo di prestiti rimborsabili e i restanti trecentonovanta a fondo perduto.

restante 30% entro il 2023⁵. Le somme stanziare dovranno poi essere integralmente spese entro il 2026, in modo da creare una potente spinta allo sviluppo economico e alla ripresa post-pandemica.

Le risorse necessarie per la realizzazione di questo esteso programma di aiuti saranno recuperate attraverso un'emissione straordinaria di obbligazioni da parte della Commissione europea. I titoli così immessi sul mercato dovrebbero verosimilmente scontare dei tassi di interesse contenuti, grazie alla particolare solidità economica di cui gode l'istituzione sovranazionale nella valutazione delle agenzie di rating.

Le disposizioni per dare attuazione a tale ampio programma economico sono state emanate dalle istituzioni europee a partire dal mese di dicembre dello scorso anno. Il sistema normativo che ne emerge appare alquanto articolato, spesso ripetitivo e, alle volte, contraddittorio. Al mero fine di facilitarne la lettura, conviene pertanto organizzare l'analisi della normativa di attuazione secondo tre linee direttrici: *i*) i controlli sull'attuazione dei piani di riforma; *ii*) il rispetto dello Stato di diritto; *iii*) il reperimento delle risorse necessarie per sostenere il relativo impegno economico.

Come si vedrà, il ruolo principale, nella gestione del programma NGEU, spetta alla Commissione europea, la quale può assumere determinate decisioni, profondamente invasive delle competenze statali, anche senza la mediazione delle altre istituzioni politiche. Nella lettura complessiva delle disposizioni di attuazione si percepisce, infatti, quasi la sensazione che la politica economica non sia più una questione riservata alla competenza degli Stati membri, come appunto prevede l'art. 5 TFUE, ma che essa sia, ormai, pesantemente influenzata dalle scelte tecniche compiute dalla Commissione europea. Il filo conduttore nella lettura di queste previsioni sarà quindi rappresentato dai limiti che incombono sulla Commissione europea: corrispondentemente si dovrà di volta in volta verificare quale sia il ruolo che, nell'attuazione del complesso programma economico, rivestono le assemblee parlamentari (sia quella europea, sia quelle nazionali), le quali sole sono detentrici degli strumenti di controllo politico.

2. Il primo aspetto sul quale intendiamo focalizzare la nostra attenzione concerne le verifiche condotte dalla Commissione europea sul rispetto dei piani di investimento e di riforme.

L'attuazione del piano *Next Generation EU*, sotto questo profilo, è contenuta nel regolamento 2021/241, che istituisce un dispositivo per la ripresa e la resilienza⁶.

La base giuridica del regolamento 2021/241 è rappresentata dall'art. 175 TFUE, che – come è noto – è inserito nel titolo XVIII del Trattato, dedicato alla “Coesione economica, sociale, territoriale”.

Seppure la base giuridica corrisponde a quella normalmente utilizzata per i fondi strutturali, l'impiego di questa in relazione al piano *Next Generation EU* dà adito a perplessità⁷. Il programma NGEU si colloca, infatti, in una prospettiva di intervento straordinario. In linea di principio, il piano dovrebbe venire attuato una volta sola come strumento di ristrutturazione dalle conseguenze nefaste della pandemia. D'altro canto, gli stessi programmi presentati dagli Stati membri appaiono, per l'ap-

⁵ Art. 12 del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, cit.

⁶ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, cit.

⁷ V., al riguardo, B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 655 ss.

punto, improntati ad una riconversione degli apparati economici, amministrativi e sociali, strutturalmente destinata ad essere attuata in un'unica occasione⁸.

L'intervento, pertanto, più che inserirsi in una politica europea di carattere permanente, dovrebbe fare ricorso ad una base giuridica idonea per un'operazione di carattere eccezionale. Conseguentemente, la base giuridica potenzialmente più adatta poteva apparire l'art. 122 TFUE, che, come è noto, consente al Consiglio di adottare le misure necessarie in caso di crisi economica⁹. Detta disposizione è stata, d'altro canto, utilizzata per la creazione degli altri fondi istituiti per fare fronte alle conseguenze della pandemia¹⁰.

Il ricorso ad una diversa base giuridica assolve conseguentemente alla funzione di indicare un netto distacco, anche sul piano ideologico, rispetto sia alla fase emergenziale dell'epidemia, sia alla precedente crisi finanziaria del 2009¹¹. È come se le istituzioni volessero trasmettere la sensazione che è questa la quotidianità post-pandemica, caratterizzata da un profondo rinnovamento delle strutture organizzative ed economiche; e volessero, al contempo, far pervenire ai Paesi membri e alle categorie produttive il messaggio che è rispetto a tale "nuova normalità"¹² che devono ora rapportarsi le relative scelte.

Se così stanno le cose, il ricorso alla base giuridica dell'art. 175 TFUE appare senz'altro condivisibile. Tanto più che questa risulta maggiormente adatta anche sotto il profilo dell'equilibrio istituzionale. L'art. 175 risulta infatti più idoneo dell'art. 122 TFUE, perché, a differenza di quest'ultima disposizione, consente di coinvolgere il Parlamento europeo, attraverso la procedura legislativa ordinaria. In una fase temporalmente estesa della gestione della pandemia entrano evidentemente in gioco anche altri valori, oltre a quello della rapidità della risposta, quali sono, per l'appunto, l'equilibrio istituzionale ed il rispetto del principio democratico.

Il coinvolgimento del Parlamento europeo nell'ambito della procedura legislativa non trova, tuttavia, rispondenza nel ruolo che l'assemblea parlamentare riveste

⁸ I piani degli Stati membri prevedono, infatti, taluni interventi di natura eccezionale. In via esemplificativa, il PNRR italiano contempla una riforma del processo civile e penale, nonché della pubblica amministrazione, che sono appunto caratterizzati per essere interventi *una tantum*. Tanto è vero che al momento si procede ad assunzioni a tempo determinato, con contratti che scadranno esattamente alla conclusione del processo di riforma. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza italiano è consultabile sul sito di documentazione della Camera.

⁹ D'altro canto, le stesse istituzioni europee, nella dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sul controllo di bilancio delle nuove proposte basate sull'art. 122 TFUE che potrebbero avere incidenze rilevanti sul bilancio dell'Unione, hanno espressamente riconosciuto "che l'art. 122 TFUE costituisce una base giuridica per l'adozione di misure volte ad affrontare specifiche situazioni di crisi e con potenziali ricadute sul bilancio" (1° 'considerando').

¹⁰ Tale è stata, per l'appunto, la base giuridica utilizzata per il regolamento 2020/2094 del Consiglio. V. inoltre il regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020, che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di COVID-19. Per la discussione in relazione alla base giuridica utilizzata per il fondo SURE, v. R. BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell'emergenza sanitaria da COVID-19: è attuale il principio di solidarietà nell'Unione europea?*, in *Sidiblog*, 9 aprile 2020; A. PITRONE, *COVID-19. Uno strumento di diritto dell'Unione europea per l'occupazione (SURE)*, in *AISDUE*, 24 maggio 2020, reperibile online; B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 653 ss.

¹¹ V., in questo senso, L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 169 ss., p. 189 s.

¹² L'espressione è tratta da I. BIFARINI, *Il grande Reset. Dalla pandemia alla nuova normalità*, Milano, 2020; v. anche gli scritti raccolti in P. A. TOMA (a cura di), *Nulla sarà come prima*, Napoli, 2021.

nell'esercizio dei relativi controlli sull'attuazione dei programmi economici presentati dagli Stati membri, né nelle decisioni che questa può assumere.

Per accedere alle risorse economiche, i Paesi beneficiari hanno dovuto presentare, entro il 30 aprile 2021, un piano dettagliato delle riforme e degli investimenti che intendono attuare. La scadenza del 30 aprile dell'anno in corso è stata prevista in modo da collegare gli interventi al semestre europeo e consentire così alla Commissione di esercitare il consueto potere di controllo sull'elaborazione dei bilanci nazionali. Evidentemente, la coincidenza temporale con il semestre europeo è rivelatrice della volontà legislativa di attribuire il ruolo principale nella gestione del programma NGEU all'organo esecutivo.

I piani presentati dai Paesi membri devono essere estremamente dettagliati. Essi si articolano in scadenze e obiettivi (intermedi e finali) e devono descrivere minuziosamente l'impatto sperato sul funzionamento del sistema economico, nonché l'ipotetica incidenza di questo sull'incremento dei livelli occupazionali, in modo da consentire alla Commissione di espletare più agevolmente le verifiche sulla loro corretta attuazione. Detti piani devono essere valutati dalla Commissione, entro due mesi dalla loro presentazione, per essere successivamente approvati dal Consiglio con un'apposita decisione di esecuzione.

Dopo la decisione di esecuzione, il piano di riforme e di investimenti costituisce l'oggetto di uno specifico contratto tra la Commissione e lo Stato membro beneficiario, con il quale vengono precisate le condizioni per ricevere le erogazioni. Inoltre, fino al 2023, gli Stati membri potranno accedere ad ulteriori prestiti, laddove questi si rendessero necessari per conseguire gli obiettivi concordati. È quindi sempre possibile, fino a detta data, introdurre modifiche in corso d'opera.

La ricezione dei finanziamenti avviene, come è d'uso nell'erogazione dei fondi europei, sulla base del progressivo conseguimento degli obiettivi. I controlli sugli stati di avanzamento e, conseguentemente, sulla corretta attuazione dei piani nazionali si articolano su tre diversi livelli.

Una prima modalità di controllo è posta in essere in sede nazionale, da parte dello stesso Stato percettore, il quale deve verificare che, nella catena di erogazione dei finanziamenti per lo sviluppo dei progetti, non ricorrano casi di corruzione o di collusione. In altri termini, il principio generale, come in tutti i casi di percezione di somme da parte dell'Unione, è quello della trasparenza, con la conseguenza che spetta, innanzitutto, allo Stato beneficiario e, successivamente, all'OLAF, ovvero alla Procura europea, agire per la repressione degli eventuali illeciti.

Un secondo livello di controlli si situa a livello macroeconomico e si raccorda con la procedura per i disavanzi eccessivi. La prima fase della procedura per i disavanzi eccessivi prevede che la Commissione indirizzi allo Stato membro un parere, laddove intraveda la possibilità di un deficit di bilancio. Se lo Stato membro prosegue nel disattendere le indicazioni della Commissione, il Consiglio può decidere di indirizzare allo stesso determinate raccomandazioni. Nel caso in cui lo Stato membro beneficiario sia incorso in una duplice raccomandazione da parte del Consiglio, la Commissione europea può presentare, ai sensi dell'art. 10 del regolamento 2021/241, una proposta di sospensione totale o parziale degli impegni assunti e, conseguentemente, dei pagamenti.

Il potere di stabilire la sospensione spetta al Consiglio: tuttavia, come già avviene nello svolgimento ordinario della procedura di cui all'art. 126 TFUE, il procedimento di votazione all'interno del Consiglio è strutturato secondo il c.d. princi-

pio della *reverse majority*¹³, in base al quale la decisione di sospensione dei finanziamenti si ritiene adottata se il Consiglio non riesce, entro un mese dalla presentazione della proposta della Commissione, a respingerla a maggioranza qualificata.

Se viene adottata la decisione di sospensione, lo Stato membro interessato deve porre in essere talune “misure opportune” (evidentemente già indicate nella proposta presentata dalla Commissione) entro sei mesi; e, solo previa dimostrazione di avere posto in essere tali misure, può chiedere la revoca della decisione e riattivare l'erogazione dei finanziamenti.

Il terzo livello di controlli è poi quello che si verifica, con cadenza semestrale, al momento della richiesta, da parte del Paese beneficiario, del pagamento delle rispettive quote, sulla base degli stati di avanzamento nella realizzazione dei progetti¹⁴.

L'erogazione delle somme presuppone, pertanto, che la Commissione abbia verificato l'effettiva esecuzione delle riforme e degli investimenti concordati e il raggiungimento dei target intermedi¹⁵.

In questo caso, alla Commissione spetta un potere non solo di controllo, ma anche di decisione, che può esercitare senza bisogno dell'approvazione del Consiglio. Nell'ipotesi in cui la Commissione abbia adottato una valutazione negativa, l'erogazione del contributo è “sospesa” fintantoché lo Stato membro non pone in essere le misure richieste. Se l'inadempimento dello Stato prosegue per un periodo di diciotto mesi (quindi, nella sostanza, se lo Stato membro riceve tre valutazioni negative da parte della Commissione), il finanziamento stesso può essere oggetto di revoca. In questo caso, l'accordo viene risolto e le quote di finanziamento percepite a titolo di prefinanziamento sono oggetto di recupero.

È evidente, pertanto, che il potere di controllo attribuito alla Commissione, sulla realizzazione dei programmi concordati con gli Stati membri, risulti alquanto pervasivo. L'organo esecutivo può, infatti, verificare sia l'esistenza di disavanzi eccessivi, sia le eventuali difformità rispetto al piano concordato. E, in questo secondo caso, può autonomamente decidere di sospendere o addirittura revocare il finanziamento. Si tratta di un potere particolarmente esteso.

È opportuno peraltro porre in rilievo che, anche se la Commissione ha dato parere positivo in relazione all'erogazione dei fondi, laddove “uno o più Stati membri ritengano che vi siano gravi scostamenti dal conseguimento soddisfacente dei pertinenti

¹³ Tale principio è stato introdotto con le modifiche apportate al c.d. Patto di stabilità e di crescita con il c.d. *Six-Pack* (così definito perché si compone di cinque regolamenti e di una direttiva). Più dettagliatamente si tratta dei seguenti atti: regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva sorveglianza di bilancio nella zona euro; regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici nella zona euro; regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche; regolamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici; regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, del 16 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi; direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

¹⁴ Art. 24, regolamento 2021/241.

¹⁵ Il 52° ‘considerando’ del regolamento 2021/241 prevede, peraltro, che la Commissione richieda al Comitato economico e sociale “di esprimere un parere sul conseguimento soddisfacente dei pertinenti traguardi e obiettivi da parte degli Stati membri sulla base di una valutazione preliminare da parte della Commissione”. Si tratta, evidentemente, di un parere non vincolante.

traguardi e obiettivi, essi possono chiedere che il Presidente del Consiglio europeo rinvii la questione al successivo Consiglio europeo”. In altri termini, è stato previsto un apposito meccanismo, sulla falsariga del “freno di emergenza” già contemplato in altre politiche europee¹⁶, nel caso in cui taluni Stati membri dissentano in ordine alla valutazione “positiva” (di raggiungimento degli obiettivi) effettuata dalla Commissione¹⁷.

Il potere del Consiglio europeo risulta, pertanto, piuttosto limitato: innanzitutto tale organo non dispone di un potere di veto, ma solo della possibilità di ritardare l’esecuzione della decisione della Commissione¹⁸. Ma soprattutto, poi, è agevole constatare che tale organo può sospendere l’erogazione dei fondi, ma non può in alcun modo intervenire per correggere una valutazione “negativa” (ovvero, di mancato conseguimento degli obiettivi) della Commissione.

Sembrirebbe, pertanto, che il potere della Commissione di accertare il mancato conseguimento degli obiettivi e, conseguentemente, di bloccare l’erogazione dei fondi sia attribuito in via esclusiva a tale organo.

Per provare a controbilanciare in qualche modo il potere della Commissione, il regolamento 2021/241 ha previsto una forma, invero alquanto labile, di controllo politico da parte del Parlamento europeo. Ai sensi dell’art. 26, infatti il Parlamento può invitare, ogni due mesi, la Commissione a discutere dei vari aspetti concernenti l’attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza: questi comprendono i piani nazionali concordati dagli Stati membri, le valutazioni effettuate dalla Commissione, il progressivo conseguimento degli obiettivi.

Questo aspetto deve essere valutato unitamente a quanto stabilito in un apposito accordo interistituzionale, concluso tra le tre istituzioni politiche, nel mese di dicembre dello scorso anno¹⁹.

Detto accordo prende, infatti, atto della necessità di un adeguato coinvolgimento del Parlamento e del Consiglio nella realizzazione del programma *Next Generation EU* e, a tal fine, cerca di introdurre ulteriori forme di cooperazione interistituzionale. Secondo l’accordo, la Commissione è soggetta a determinati obblighi supplementari rispetto a quelli previsti dalla normativa derivata. Innanzitutto l’organo esecutivo deve fornire dettagliate informazioni (che è tenuta ad aggiornare costantemente), comprensive delle stime finanziarie, degli stanziamenti e degli impegni. Il Parlamento europeo e il Consiglio devono poi disporre della specificazione, in un apposito documento allegato al progetto di bilancio, di tutte le entrate finalizzate alla realizzazione del programma ed in particolare di quelle destinate al fondo per la ripresa e la resilienza. Inoltre devono essere organizzate riunioni interistituzionali, con cadenza quadrimestrale ovvero dietro specifica richiesta di un’istituzione

¹⁶ V. gli articoli 48, 82, 83, 86 e 87 TFUE (concernenti, rispettivamente: le misure di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei lavoratori migranti; la cooperazione giudiziaria in materia penale; la fissazione di norme comuni per determinati reati a carattere transnazionale; la tutela degli interessi finanziari dell’Unione; e, infine, le misure di polizia). L’attivazione del meccanismo determina la sospensione della procedura legislativa per un certo lasso di tempo ovvero fino alla decisione del Consiglio europeo.

¹⁷ Si tratta di una cautela che era già stata prevista nelle conclusioni del Consiglio europeo del 17, 18, 19, 20, 21 luglio 2020, par. A19, co. 4.

¹⁸ Così L. LIONELLO, *Next Generation EU: Has the Hamiltonian Moment Come for Europe?*, in *Eurojus*, 2021, p. 22 ss., spec. p. 38.

¹⁹ Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell’Unione europea e la Commissione europea sulla disciplina di bilancio, nonché sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, nonché su nuove risorse proprie, compresa una tabella di marcia per l’introduzione di nuove risorse proprie, del 16 dicembre 20, Allegato I, paragrafi 41-46.

politica. Infine, sia il Parlamento europeo, sia il Consiglio possono indirizzare in ogni momento osservazioni scritte alla Commissione (delle quali essa si impegna “a tenere debitamente conto”).

Tali obblighi supplementari di informazione devono, poi, essere rispettati anche nel caso in cui si verificano degli scostamenti significativi rispetto alle previsioni iniziali.

Pur alla luce delle previsioni dell'accordo interistituzionale, l'equilibrio dei poteri tra le istituzioni non sembra mutare in maniera significativa.

A fronte di competenze estremamente pervasive della Commissione europea nei confronti della politica economica degli Stati membri, il potere del Parlamento europeo di “invitare” la Commissione a riferire sull'attuazione dei programmi ogni due mesi ovvero di presentare osservazioni scritte costituisce, invero, una forma di controllo alquanto poco costringente. Sembra quasi che la finalità del legislatore europeo non sia tanto quella di favorire il dialogo interistituzionale, quanto piuttosto quella di circoscrivere un ricorso frequente, da parte del Parlamento, ai consueti strumenti di pressione politica previsti dai Trattati. Il sistema istituito dal regolamento 2021/241 si configura, in effetti, come un meccanismo sostanzialmente chiuso, diretto a velocizzare le procedure per l'erogazione dei finanziamenti e per l'attuazione dei progetti. Rispetto a questo disegno, commissioni di inchiesta, *question time* e mozioni di censura costituiscono evidentemente delle interferenze che possono incidere sulla tempestiva realizzazione del programma²⁰. In quest'ottica, la previsione di specifici momenti di dialogo interistituzionale assolve quasi più alla funzione di escludere, almeno sul piano dialettico, altre eventuali e più penetranti forme di controllo politico, piuttosto che a favorirle.

Per completezza, deve precisarsi che esistono ulteriori due momenti di confronto tra la Commissione e le altre istituzioni. Il regolamento 241 prevede, infatti, che la Commissione elabori un quadro di valutazione di ripresa e di resilienza “che illustra i progressi dell'attuazione dei piani per la ripresa e la resilienza degli Stati membri”: tale quadro è progressivamente aggiornato e dà conto, attraverso un sito internet, degli sviluppi, in relazione a taluno dei pilastri di operatività del programma (art. 30, regolamento 2021/241). Si tratta, quindi, essenzialmente di un espediente per incrementare la trasparenza dell'attuazione del programma, ma che non dà luogo ad alcuna forma diretta di controllo politico.

Il secondo momento di confronto interistituzionale avrà luogo, entro il 31 luglio 2022, allorché la Commissione presenterà, al Parlamento europeo e al Consiglio, una relazione sull'attuazione del dispositivo.

In sintesi, sono previste quattro modalità di esercizio di controllo politico sulla Commissione da parte del Parlamento europeo: l'audizione con cadenza bimestrale; le riunioni tra le istituzioni politiche e la possibilità di presentare osservazioni scritte, secondo quanto stabilito dall'accordo interistituzionale; il quadro di valutazione di cui all'art. 30 e la conseguente pubblicazione sul sito internet; la relazione sull'attuazione del dispositivo, nel corso del primo semestre del 2022.

Il dato sorprendente è, tuttavia, che tutti questi momenti di confronto vertono non sulla definizione degli obiettivi economici, ma soltanto sul livello di attuazione dei piani nazionali ovvero sul funzionamento complessivo del sistema.

²⁰ Si tratta, verosimilmente, di prerogative sempre esercitabili da parte del Parlamento europeo, stante la superiorità gerarchica del Trattato istitutivo, rispetto ad una fonte di diritto derivato.

Il Parlamento europeo è, infatti, escluso da ogni determinazione sul contenuto dei programmi presentati dagli Stati membri e dalla definizione degli obiettivi economici²¹. Questi sono stati stabiliti essenzialmente con riferimento alle transizioni verde e digitale. Inoltre ogni Paese membro, nella predisposizione dei rispettivi piani economici, deve tenere conto delle specifiche raccomandazioni indirizzate dalla Commissione europea nel corso del semestre europeo. Detti obiettivi sono stati decisi dal Consiglio europeo nel corso della riunione di luglio dello scorso anno; e non sono mai stati oggetto di effettive ulteriori discussioni²².

Sotto altro profilo, sembra quasi che il legislatore europeo abbia sostanzialmente ricalcato la disciplina della gestione del programma *Next Generation EU* su quella dei fondi strutturali, rispetto ai quali i controlli sull'attuazione spettano, rispettivamente, alle autorità nazionali preposte e, successivamente, alla Commissione europea. Come è tuttavia evidente, un conto sono dei fondi limitati per la realizzazione delle consuete politiche europee; mentre una cosa ben diversa concerne l'attuazione di questo vasto programma economico, destinato ad incidere sulle generazioni future, rispetto al quale viene riconosciuto alla Commissione finanche il compito di definire le priorità del singolo Paese nell'ambito del semestre europeo. In questo secondo caso sarebbe oltremodo necessario prevedere un maggiore coinvolgimento degli apparati democratici.

Soprattutto, poi, il Parlamento europeo, è escluso dall'esercizio di qualunque potere deliberativo. Sarebbe al contrario logico che l'assemblea parlamentare potesse avere voce in capitolo sulle decisioni che riguardano il futuro di cittadini dell'Unione stabiliti nel Paese membro che si vede revocati i finanziamenti. Siffatta conclusione sarebbe oltremodo ragionevole, laddove si ricordi che la base giuridica del regolamento è, appunto, quella che concerne la coesione economica e sociale.

In sintesi, il ruolo del Parlamento europeo appare sostanzialmente svilito nel funzionamento della nuova *governance* economica europea. Questa conclusione emerge con chiarezza anche dall'altro aspetto che ha costituito l'oggetto del dibattito politico dei mesi scorsi fino all'approvazione del quadro finanziario pluriennale per gli anni 2021-2027, ovvero la questione del rispetto dello Stato di diritto. Ad essa conviene tuttavia dedicare un apposito paragrafo.

3. Lo Stato di diritto è ricompreso nel novero dei valori fondanti dell'Unione europea. Alla mancanza di una nozione espressa nel diritto primario ha, come è

²¹ Il punto è che la definizione degli obiettivi economici dovrebbe spettare ai Parlamenti nazionali. Tuttavia, la data di scadenza dei programmi nazionali di ripresa e resilienza fissata per il 30 aprile 2021, strutturalmente concepita per coordinare i programmi di riforma e di investimento con il semestre europeo, ha di fatto reso poco effettiva la discussione in sede parlamentare. In via esemplificativa, si può ricordare che il PNRR italiano è stato presentato dal Governo solo in data 25 aprile 2021 ed è stato successivamente approvato dalla Camera e dal Senato, rispettivamente, in data 26 e 27 aprile 2021. La circostanza che lo stesso sia stato presentato e discusso, da entrambe le Camere, in soli tre giorni, ha reso pressoché impraticabile un effettivo dibattito parlamentare. Il PNRR italiano è stato poi definitivamente approvato dal Consiglio con decisione di esecuzione, in data 13 luglio 2021 (v. il comunicato stampa: *Via libera del Consiglio ai primi esborsi per la ripresa*, 13 luglio 2021, reperibile *online*). Per un commento al piano nazionale v. N. PARISI, D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, 2021, p. 81 ss.

²² Per la critica dell'impostazione "neoliberale" che caratterizza il programma NGEU v. i rilievi, sempre estremamente puntuali, di A. SOMMA, *Il consenso di Bruxelles. Il Recovery plan sulle orme della Troika*, in *Micromega*, 3 maggio 2021; Id., *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., p. 168 ss. Secondo l'A. le riforme richieste ed il funzionamento complessivo del sistema faranno ulteriormente lievitare il debito pubblico italiano e determineranno un'ulteriore dipendenza del Paese dai mercati.

noto, supplito la Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo, a partire da due sentenze del 2018²³, hanno infatti iniziato a leggere l'art. 2 TUE, congiuntamente con l'art. 19 del medesimo Trattato e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Per effetto del combinato disposto di queste previsioni, rientrano nella nozione di Stato di diritto tutti quegli aspetti che incidono sull'indipendenza dei giudici²⁴. Si tratta della stessa nozione che è ora ripresa nel regolamento 2020/2092, relativo ad un regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, il quale, all'art. 3, stabilisce espressamente che: "possono essere indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto: a) le minacce all'indipendenza della magistratura"²⁵.

Il problema della tutela dello Stato di diritto è divenuto più urgente nel corso degli ultimi anni, allorché due Paesi membri, la Polonia e l'Ungheria, hanno posto in essere una serie di riforme tendenti a porre l'apparato giudiziario sotto il controllo governativo. Di fatto, nonostante una serie piuttosto nutrita di sentenze di condanna²⁶, entrambi i Paesi hanno continuato imperterriti nel proprio atteggiamento; ed anche le procedure specificamente avviate sulla base dell'art. 7 TUE (che come è noto prevede uno specifico procedimento per la tutela dei valori dell'Unione) non hanno, fino a questo momento, sortito esito migliore²⁷.

²³ Sentenze della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; e del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*.

²⁴ Indipendenza della magistratura che, a propria volta, incide sulla tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che discendono dall'ordinamento europeo. V., in particolare, la sentenza della Corte del 19 novembre 2019, causa C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, punto 120: "[q]uesto requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto".

²⁵ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

²⁶ È opportuno chiarire che gli accertamenti della Corte di giustizia sono stati pronunciati sia in sede di ricorso per infrazione, sia in sede di rinvio pregiudiziale (quindi, non sempre si tratta di decisioni di condanna in senso tecnico). V. le seguenti sentenze della Corte: 6 novembre 2012, causa C-286/11, *Commissione c. Ungheria*; 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*; 5 novembre 2019, causa C-196/18, *Commissione c. Polonia*; *A.K. e a.*, cit.; 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Lowicz c. Prokuratos Generalny*; 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.* In dottrina v. G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 249; C. CINNIRELLA, "You cannot beat something with nothing": ossia la strategia della Corte di giustizia per tutelare l'indipendenza dei giudici nazionali (e lo Stato di diritto) nello spazio giuridico europeo, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, p. 361 ss.

²⁷ La procedura di cui all'art. 7 è stata finora avviata solo in due occasioni: il 20 dicembre 2017 nei confronti della Polonia (v. la proposta di decisione del Consiglio, del 20 dicembre 2017, sulla constatazione di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Polonia) ed il 12 settembre 2018, contro l'Ungheria (v. la risoluzione del Parlamento europeo su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione). Entrambe le procedure risultano ancora pendenti, tanto è vero che il Parlamento europeo ha espressamente criticato la gestione del Consiglio (v. la risoluzione del Parlamento europeo, del 16 gennaio 2020, sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7, paragrafo 1, TUE, concernenti la Polonia e l'Ungheria). Sulla procedura prevista dall'art. 7 TUE, v.: R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 605 ss.; B. NASCIBENE, *La violation grave des obligations découlant du Traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union*:

In questo contesto, fin dalle prime discussioni intercorse in seno al Consiglio europeo durante l'approvazione del piano *Next Generation EU*, si è tentato di introdurre una qualche forma di condizionamento espresso tra il rispetto dello Stato di diritto e l'erogazione dei fondi²⁸.

La formula adottata nelle conclusioni del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020, tuttavia, non conteneva un chiaro riferimento in tal senso. Si poteva infatti leggere in dette conclusioni che “(i)l Consiglio europeo sottolinea l'importanza dello Stato di diritto”²⁹. La formula adottata in quella sede risultava, pertanto, meramente possibilista. La stessa fu, difatti, oggetto di critiche da parte del Parlamento europeo, in quanto reputata insufficiente rispetto ai principi che dovrebbero connotare un ordinamento ispirato alla democrazia e al rispetto della *rule of law*³⁰.

In coerenza con questa posizione, il Parlamento europeo ha tentato a più riprese, nel corso della procedura per l'adozione del quadro finanziario pluriennale, di introdurre un legame tra l'erogazione dei finanziamenti ed il rispetto dello Stato di diritto³¹. Le discussioni divennero a tal punto acute, che i negoziati per l'adozione del quadro finanziario pluriennale entrarono addirittura in una fase di stallo, allorché Polonia e Ungheria, con una dichiarazione congiunta, in data 26 novembre 2020, dissero molto chiaramente che non avrebbero mai approvato una proposta di quadro finanziario pluriennale³² laddove fosse stato espressamente previsto il rispetto dello Stato di diritto, quale requisito per ottenere l'erogazione dei fondi³³.

Il negoziato era, pertanto, giunto ad un punto morto finché, in occasione del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020, si pervenne ad una soluzione mediana. Nelle conclusioni di detto Consiglio si può leggere che: “[I]e misure a norma del meccanismo dovranno essere proporzionate *all'impatto delle violazioni dello Stato di diritto sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o sugli interessi finanziari dell'Unione* (...) e il nesso di causalità tra tali violazioni e le conseguenze negative per gli interessi finanziari dell'Unione dovrà essere sufficientemente diretto e debitamente accertato”³⁴.

Si tratta, invero, di una formula piuttosto oscura, come spesso capita alle soluzioni di compromesso elaborate in seno al Consiglio europeo. Secondo il passo ora riportato delle conclusioni, le istituzioni europee possono assumere talune misure

le long parcours de la justice européenne, Torino, 2018, p. 672 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice*, 2020, p. 10 ss.

²⁸ Siffatto condizionamento era già stato previsto in una precedente proposta della Commissione europea (v. M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 308 ss.; ID., *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, p. 137 ss.).

²⁹ Conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo, par. A 24, co. 2, p. 7, e punto 22, co. 2, p. 15.

³⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 23 luglio 2020 sulle conclusioni della riunione straordinaria del Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020.

³¹ V., in particolare, la relazione interlocutoria sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027 – posizione del Parlamento in vista di un accordo. Risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre 2018 sul quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 – posizione del Parlamento in vista di un accordo.

³² Approvazione che – ai sensi dell'art. 312, par. 2, TFUE – richiede, per l'appunto, l'unanimità degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio.

³³ *Joint Declaration of the Prime Minister of Poland and of the Prime Minister of Hungary*, del 26 novembre 2020, reperibile *online* sul sito del governo polacco.

³⁴ Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, I, par. 2, lett. e), p. 2 (corsivo aggiunto).

sanzionatorie, ma solo se la violazione dello Stato di diritto è di portata tale da nuocere agli interessi finanziari dell'Unione. Il regolamento 2020/2092 prevede espressamente che possa ricorrere tale correlazione nel caso in cui il mancato rispetto dello Stato di diritto incida sul corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziario; della regolarità degli appalti pubblici; dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale nel perseguimento delle frodi; nonché sull'effettività del controllo, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni ed omissioni compiute da dette autorità³⁵.

Non è pertanto sufficiente la mera constatazione di una violazione dello Stato di diritto, pur accertata con sentenza della Corte di giustizia ovvero con apposita decisione del Consiglio europeo (*ex art. 7 TUE*), ma occorre un elemento ulteriore. È infatti necessario che venga accertata l'esistenza di un nesso causale tra il mancato rispetto dello Stato di diritto ed il pregiudizio che questo arreca alle risorse finanziarie dell'Unione: si tratta, evidentemente, di un'ulteriore valutazione tecnica che, in ipotesi di contestazione, risulta finanche problematico sottoporre a sindacato in sede giudiziale.

Per lo svolgimento del relativo accertamento, il regolamento 2092 istituisce un complesso meccanismo procedurale, articolato in quattro fasi. Presupposto per l'attivazione della procedura diretta a sospendere le erogazioni è l'esistenza di una violazione dello Stato di diritto. Sotto questo punto di vista, pertanto, la sentenza della Corte di giustizia ovvero l'eventuale decisione del Consiglio europeo, ai sensi dell'art. 7, par. 2, TUE, possono essere invocati alla stregua di valutazioni preliminari per giustificare l'avvio del procedimento.

Una volta che è stata constatata la sussistenza della violazione, occorre poi procedere all'accertamento del nesso di causalità tra questa ed il pregiudizio arrecato agli interessi finanziari dell'Unione.

L'iniziativa, come consueto nei procedimenti europei diretti all'accertamento di un'infrazione, spetta alla Commissione europea, la quale, se ha fondati motivi per ritenere che vi sia una violazione dello Stato di diritto tale da porre in pericolo gli interessi finanziari dell'Unione, notifica allo Stato membro interessato una comunicazione (che, dal punto di vista formale, dovrebbe essere una semplice raccomandazione) con la quale espone gli elementi di fatto e i motivi a supporto della propria conclusione. La Commissione può naturalmente richiedere tutte le informazioni supplementari che ritiene necessarie. Lo Stato membro destinatario della comunicazione, a questo punto, dispone di un periodo di tempo, non inferiore ad un mese, per presentare le proprie osservazioni³⁶.

La Commissione, se ritiene che le osservazioni dello Stato membro non siano convincenti, può presentare una proposta di decisione di esecuzione al Consiglio, con la quale può chiedere a questo organo di adottare varie misure, che vanno dalla riduzione del finanziamento, alla sospensione dell'erogazione dei fondi, fino alla risoluzione dell'accordo concluso con lo Stato membro (e alla conseguente richiesta di restituzione del prefinanziamento).

³⁵ Cfr. all'art. 4, par. 2, regolamento 2020/2092. È dubitabile se si tratti di un'elencazione esaustiva o meramente esemplificativa. La formulazione del testo normativo, per la verità, lascerebbe pensare ad un'elencazione tassativa (“[a]i fini del presente regolamento, una violazione dello Stato di diritto interessa uno o più dei seguenti aspetti”). Per l'opposta soluzione v., tuttavia, F. CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*, p. 285 ss., spec. p. 304.

³⁶ Si tratta, evidentemente di una sorta di fase preliminare ricalcata sulla falsariga della procedura precontenziosa nei procedimenti di infrazione (v. F. CASOLARI, *op.cit.*, p. 303).

Il Consiglio, a propria volta, può, entro un mese di tempo, adottare una decisione: in questo caso, “deliberando a maggioranza qualificata”, può modificare la proposta della Commissione. Non si tratta, pertanto, di un’applicazione del principio della *reverse majority*, ma, più semplicemente, di una sorta di efficacia rinforzata della proposta della Commissione³⁷.

Tale carattere rafforzato della proposta della Commissione appare alquanto singolare, laddove si confronti il procedimento istituito dal regolamento 2020/2092 con quello previsto dall’art. 7 TUE. Nella procedura “ordinaria”, infatti, l’accertamento della sussistenza di una violazione dello Stato di diritto spetta al Consiglio europeo, il quale delibera all’unanimità, “previa approvazione del Parlamento europeo”. Al contrario, nel procedimento previsto dal regolamento in esame, il Parlamento è solo informato dell’avvio della procedura; quest’ultimo può eventualmente “invitare la Commissione a un dialogo strutturato” sulle conclusioni presentate dall’organo esecutivo³⁸, ma non può proporre autonomamente l’adozione di una determinata sanzione, né è chiamato in alcun modo a prestare il proprio assenso alle soluzioni indicate dall’esecutivo.

In altri termini, il Parlamento europeo è sostanzialmente escluso da un ruolo deliberativo nella procedura prevista dal regolamento. L’assemblea rappresentativa dei popoli dell’Unione è solo informata e può invitare la Commissione a discutere delle proprie conclusioni, ma non può esercitare alcun reale potere decisivo in relazione alle condizioni per la sospensione ovvero per la revoca dei fondi.

In definitiva, la soluzione adottata in relazione alla tutela dello Stato di diritto corrisponde a quella prevista dal regolamento 2021/241, esaminata nel precedente paragrafo: l’assemblea parlamentare ha diritto di venire compiutamente informata; può presentare osservazioni e richiedere spiegazioni, ma è del tutto priva di poteri decisori. Il compromesso politico raggiunto in sede di Consiglio europeo ha, quindi, comportato il totale annichilimento della posizione e del ruolo del Parlamento europeo: e tale esito è particolarmente evidente laddove si confronti la procedura in esame con quella prevista dalla fonte primaria³⁹.

Non è agevole comprendere perché sia stato introdotto un cambiamento così rilevante rispetto alla procedura prevista dall’art. 7 TUE. Una possibile spiegazione è che, nel caso in esame, la Commissione interviene con la propria competenza in materia economica, per verificare l’esistenza della correlazione tra violazione dello Stato di diritto e la salvaguardia degli interessi economici dell’Unione⁴⁰. In altri termini, la procedura prevista dal regolamento sembra indirizzata a rilevare l’esistenza di un danno agli interessi finanziari europei, piuttosto che a constatare la violazione di uno dei valori fondanti dell’Unione: accertamento quest’ultimo, che, al contrario, riveste un carattere eminentemente politico⁴¹.

³⁷ Anche se, in realtà, è un’efficacia rinforzata “debole”, laddove si confronti tale previsione con il disposto dell’art. 293 TFUE, il quale prevede che nei procedimenti normativi che si articolano nel dialogo tra Commissione e Consiglio, il Consiglio possa modificare la proposta della Commissione deliberando all’unanimità.

³⁸ Art. 3, par. 3, regolamento 2020/2092.

³⁹ È opportuno porre in rilievo che anche in questo caso, in linea con le previsioni del regolamento 2021/241, è prevista una procedura di “freno di emergenza” (v. il 26° ‘considerando’ del regolamento 2020/2092).

⁴⁰ Tale potere della Commissione discenderebbe dallo stesso art. 17 TUE, laddove prevede che è l’organo esecutivo che dà esecuzione al bilancio.

⁴¹ A riprova del fatto che l’aspetto maggiormente rilevante non sia tanto quello dell’accertamento della violazione dello Stato di diritto, quanto piuttosto quello della tutela degli interessi finanziari, è agevole

Le misure disposte dal Consiglio possono, poi, essere revocate in ogni momento, su richiesta dello Stato membro interessato ovvero decorso un anno dalla loro introduzione, sempreché la Commissione ritenga che siano venute meno le condizioni che ne hanno giustificato l'adozione.

È ad ogni modo opportuno porre in rilievo che l'applicazione del regolamento, entrato in vigore il 1° gennaio 2021, appare, al momento, sospesa. Ungheria e Polonia hanno, nel frattempo, proposto un ricorso di annullamento avverso tale testo normativo⁴². E lo stesso Consiglio europeo, in maniera singolare, ha precisato che la Commissione intende adottare delle linee guida per l'applicazione del regolamento e che “[q]ualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia, in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza. (...) *Fino alla messa a punto di tali linee guida la Commissione non proporrà misure a norma del regolamento*”⁴³.

L'intervento del Consiglio europeo si configura come una sostanziale interferenza nelle competenze della Commissione. Solo a quest'ultima dovrebbe infatti spettare la decisione circa la sospensione dell'applicazione del regolamento fino alla pubblicazione delle linee guida da essa predisposte. Tanto più che è alquanto singolare stabilire una correlazione tra la proposizione di un ricorso giurisdizionale e la sospensione dell'applicazione di una fonte di diritto derivato, posto che l'art. 278 TFUE è chiaro nel senso di escludere che la mera proposizione di un ricorso giurisdizionale produca un effetto sospensivo dell'atto impugnato. Sotto questo profilo, pertanto, le conclusioni del Consiglio europeo, al di là dell'indubbio peso politico, dovrebbero essere prive di efficacia giuridica⁴⁴.

In conclusione, il compromesso politico raggiunto in sede di Consiglio europeo ha svilito il ruolo che il Parlamento europeo riveste nella procedura per l'accertamento di violazioni dello Stato di diritto. Inoltre le conclusioni della riunione del mese di dicembre 2020 hanno fattualmente reso del tutto inoperante il meccanismo sanzionatorio previsto nel regolamento 2020/2092⁴⁵. Dal momento che la maggior parte dei fondi dovranno essere erogati entro il 2022 (il settanta per cento), è evi-

constatare che la base giuridica adottata è l'art. 322 TFUE, disposizione inserita nel Capo del Trattato dedicato, per l'appunto, al bilancio dell'Unione (v., al riguardo, le riflessioni di A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento “sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto”*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 395 ss.).

⁴² Si tratta dei ricorsi contraddistinti con i seguenti numeri di causa: C-156/21 (*Ungheria c. Parlamento e Consiglio*) e C-157/21 (*Polonia c. Parlamento e Consiglio*). I ricorsi sono ancora pendenti.

⁴³ Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, I, par. 2, lett. c) (corsivo aggiunto).

⁴⁴ Bene, pertanto, ha fatto il Parlamento europeo, il quale, con una risoluzione del 25 marzo 2021, ha opportunamente ricordato il contenuto della disposizione pattizia e ha, conseguentemente, invitato la Commissione a dare immediata applicazione al regolamento (risoluzione del Parlamento europeo del 25 marzo 2021 sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092: il meccanismo di condizionalità dello Stato di diritto). Inoltre, in data 10 giugno 2021, il Parlamento ha approvato un'ulteriore risoluzione con la quale afferma che la mancanza di iniziativa della Commissione ai sensi del regolamento 2020/2092 può costituire il presupposto per la proposizione di un ricorso per carenza (v. la risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto e l'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo alla condizionalità, par. 11). È peraltro dubitabile che il ricorso per carenza costituisca uno strumento giuridico idoneo: v. M. CHAMON, *A Hollow Threat. The European Parliament's Plan to Bring the Commission before the Court of Justice*, in *Verfassungsblog*, 16 giugno 2021).

⁴⁵ V. Editorial Comment, *Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 267 ss.

dente che gli stessi perverranno anche alla Polonia e all'Ungheria, senza che sia neppure possibile attivare il meccanismo di salvaguardia previsto dal regolamento.

Resta, da ultimo, da valutare se meccanismi di controllo politico dell'operato dell'esecutivo siano di fatto presenti nell'ultimo tassello concernente l'introduzione di una normativa per il funzionamento del programma NGEU, quello concernente l'introduzione di nuove risorse proprie.

4. Il bilancio dell'Unione, fino all'approvazione della decisione sulle risorse proprie in attuazione del programma NGEU, prevedeva, dal lato delle entrate, tre diverse tipologie di risorse proprie. La prima era data dai proventi discendenti dalla tariffa doganale e dai prelievi di origine agricola (oltre a prelievi e premi di altro genere). La seconda era rappresentata da una percentuale dell'IVA riscossa in sede nazionale⁴⁶. Entrambe dette entrate si sono notevolmente ridotte. I proventi discendenti dalla tariffa doganale comune sono diminuiti per effetto della riduzione dei dazi a livello globale. La diminuzione dell'IVA è invece dovuta alla percezione di detta imposta come un onere regressivo, cosicché, nel corso degli anni, vari atti normativi ne hanno progressivamente ristretto l'incidenza⁴⁷.

In conseguenza della riduzione di queste due voci, il bilancio dell'Unione ha dovuto sempre più fare affidamento sul terzo tipo di entrate ovvero le risorse provenienti dagli Stati membri. Si tratta di una risorsa complementare fondata sul Reddito nazionale lordo (RNL). Questa, come è noto, è un'entrata variabile, dal momento che il suo ammontare dipende dal livello di ricchezza di ogni Paese. Detta risorsa è divenuta, nel corso del tempo, largamente prevalente. Un bilancio così strutturato presenta, tuttavia, il difetto di rendere l'Unione sempre più dipendente dai proventi attribuiti dai Paesi membri. Tanto più che la variabilità della quota nazionale discende da fattori correlati al singolo Stato, senza presentare alcuna attinenza rispetto all'evoluzione complessiva delle politiche europee.

A questo punto, l'incremento delle risorse proprie costituisce un presupposto imprescindibile per il funzionamento del programma *Next Generation EU*: è infatti evidente che occorre stabilire in che modo la Commissione possa reperire i fondi per ripagare l'emissione straordinaria di obbligazioni sul mercato dei capitali.

Il meccanismo per l'introduzione di una nuova tipologia di risorse proprie è previsto dall'art. 311 TFUE, il quale attribuisce il ruolo principale al Consiglio, mentre assegna alle assemblee parlamentari un ruolo consultivo ovvero di mera approvazione. Da un lato, infatti, il Parlamento europeo viene semplicemente consultato, senza disporre al riguardo di alcun effettivo potere deliberativo; dall'altro, i Parlamenti nazionali sono chiamati ad approvare la decisione del Consiglio, senza quindi disporre della possibilità di interloquire sul contenuto. Il ruolo delle assemblee parlamentari, nella procedura per l'introduzione di nuove risorse, risulta pertanto alquanto sacrificato: in definitiva, nessuna di queste, né quella europea, né

⁴⁶ Attualmente tale percentuale ammonta allo 0,3%.

⁴⁷ I. VEGA MOCOROA, *Il sistema delle risorse proprie nell'UE post-Brexit: un'occasione per la riforma*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 29 ss., spec. p. 34, riporta che l'incidenza sul bilancio europeo dei dazi doganali e dell'IVA è passata, rispettivamente, dal 40,7% del 1971 al 15,2% del 2014 e dal 66% del 1986 al 12% del 2018.

quelle nazionali, partecipano al procedimento deliberativo, ma intervengono solo nel momento in cui le decisioni sono già state assunte in altra sede⁴⁸.

Con specifico riferimento all'attuazione del piano *Next Generation EU*, la decisione 2020/2053, con la quale sono state istituite nuove risorse proprie, ha: *i*) attribuito alla Commissione il potere di emettere titoli sul mercato; *ii*) previsto l'introduzione di una nuova tassa sugli imballaggi in plastica; *iii*) stabilito un aumento straordinario della quota di contributo a carico degli Stati membri.

Per quanto concerne il primo punto, appare pacifico che la Commissione possa emettere obbligazioni sul mercato dei capitali. Si tratta, d'altro canto, di un potere che l'organo esecutivo aveva già esercitato in passato: sotto tale aspetto, pertanto, la decisione non sembra porre dubbi di legittimità⁴⁹.

Per quanto riguarda la tassa sugli imballaggi in plastica non riciclabile, l'art. 2, lett. c), della decisione 2020/2053, prevede l'introduzione "di un'aliquota uniforme di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro. L'aliquota uniforme di prelievo è pari a 0,80 EUR per chilogrammo".

Non sfuggirà tuttavia che, in questo modo, si è verificato un mutamento di carattere fondamentale nella concezione stessa del sistema delle risorse proprie. Mentre prima erano essenzialmente tributi di derivazione statale (tali erano sia la percentuale sull'IVA nazionale, sia la quota di RNL) ovvero strettamente connessi al funzionamento del mercato interno (come la Tariffa doganale comune, che evidentemente attiene all'operatività dell'unione doganale), con la decisione 2020/2053 è stata di fatto attribuita all'Unione una vera e propria capacità fiscale, che prescinde dall'esercizio di una specifica libertà fondamentale⁵⁰.

A questo punto sorge spontaneo il dubbio se il procedimento previsto dal Trattato istitutivo per l'introduzione di nuove risorse proprie sia astrattamente idoneo per operare un cambiamento di portata siffatta⁵¹.

L'aspetto critico, insito nel procedimento previsto dall'art. 311 TFUE, è proprio l'assenza di un reale potere deliberativo in capo ad un'assemblea rappresentativa dei popoli dell'Unione. Se ne potrebbe finanche dedurre che il meccanismo previsto dalla disposizione pattizia violi, almeno sul piano sostanziale, il principio, tradizionale nel diritto tributario, abitualmente definito con la perifrasi *no taxation without repre-*

⁴⁸ In tema v. M. C. FREGNI, *Legitimacy in Decision-Making in Tax Law: Some Remarks on Taxation, Representation and Consent to Imposition*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2017, p. 410 ss., spec. par. 3.1.

⁴⁹ Questo avvenne con il regolamento (CEE) n. 397/75 del Consiglio, del 17 febbraio 1975, relativo ai prestiti comunitari, per mitigare le conseguenze della crisi petrolifera internazionale. In dottrina v. G. L. TOSATO, *Debito comune: Next Generation non è il primo*, LUISS Policy Brief, n. 7/2021, reperibile online; G. CONTALDI, *Il Recovery Fund*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 587 ss., spec. p. 596 ss.

⁵⁰ La tassa viene infatti riscossa anche all'interno dello Stato. Essa prescinde pertanto dalla circolazione della merce in altri Paesi membri.

⁵¹ È in realtà dubbio se il procedimento in questione realizzi autonomamente una modifica del Trattato istitutivo; o se esso non sia piuttosto una mera integrazione o attuazione delle norme del Trattato. In dottrina v. G. ISAAC, *Les finances communautaires*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, p. 302 ss.; L. S. ROSSI, *La dinamica interistituzionale nella definizione del bilancio comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 179 ss.; M. DONY, *La réforme des procédures financières au sein de l'Union européenne*, in M. DONY, L. S. ROSSI (dirs.), *Démocratie, cohérence et transparence: vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2008, p. 89 ss.; F. M. PICCIRILLI, *Finanziamento del bilancio comunitario*, in L. DI RIENZO, R. PERRONE CAPANO (a cura di), *Diritto della finanza pubblica europea*, Napoli, 2008, p. 189 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 72; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 68.

sentation, secondo cui solo coloro che sono liberamente eletti dal popolo possono introdurre prelievi fiscali. Si tratta di un principio, probabilmente nato con la *Magna Carta*⁵², e che oggigiorno costituisce il presupposto di ogni sistema impositivo⁵³.

A ciò si aggiunga che l'introduzione di un'imposta in misura fissa e generalizzata in tutti gli Stati membri potrebbe non rispettare il principio di progressività, abitualmente previsto a livello di norma costituzionale⁵⁴: questa imposta finisce, infatti, per gravare in maniera uniforme su tutti i cittadini⁵⁵, indipendentemente dal reddito e, in linea di principio, a prescindere dal sistema economico e fiscale del Paese nel quale essi sono stabiliti⁵⁶.

Infine, si può anche argomentare che la stessa imposta risulti poco conforme ai principi che dovrebbero governare ogni sistema impositivo. È infatti evidente che la stessa non risponde a finalità allocative e redistributive, se non in maniera del tutto indiretta, attraverso il meccanismo di erogazioni agli Stati attraverso il piano NGEU. Per finalità allocativa nel diritto tributario si intende, tuttavia, una redistribuzione del reddito a favore delle classi meno agiate, attraverso strumenti di sussidio sociale ovvero di servizi pubblici⁵⁷. Al contrario, il piano europeo mira a favorire uno stimolo economico, che verosimilmente avantaggerà, in primo luogo, le imprese e le categorie produttive. In altri termini, la redistribuzione delle risorse agli Stati membri, attraverso il programma di erogazioni, non corrisponde all'accezione che detto termine normalmente riveste in materia fiscale.

⁵² In tema v. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, p. 2 (reperibile online).

⁵³ Per il nostro ordinamento, il principio *no taxation without representation* è codificato dall'art. 23 Cost. È peraltro pacifico che le istituzioni europee, nell'ambito dei poteri conferiti attraverso l'art. 11 Cost., possano introdurre forme di prelievi (quali quelli connessi alla tariffa doganale comune ovvero i prelievi agricoli nell'ambito del funzionamento della PAC: v. A. FEDELE, *Art. 23*, in U. DE SIERVO, A. FEDELE, *Rapporti civili*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1978, p. 21 ss., spec. p. 93 ss.).

⁵⁴ Il principio di progressività dell'imposta, in ragione della capacità contributiva, è espressamente previsto, per il nostro sistema, dall'art. 53 Cost. La dottrina in genere ammette che lo stesso sia suscettibile di deroghe in ipotesi circoscritte, in particolare per le imposte indirette (in dottrina v. F. BATISTONI FERRARA, *Art. 53*, in F. BATISTONI FERRARA, L. VENTURA, *Rapporti politici*, t. 2, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1994; G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Milano, 2008, *passim*; ID., *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico fino all'Assemblea Costituente*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, p. 761 ss.).

⁵⁵ È d'altro canto verosimile ipotizzare che i produttori di imballaggi in plastica finiranno per far gravare l'aumento dei costi sui consumatori finali, rendendo in tal modo ancor più evidente la mancanza di progressività dell'imposta.

⁵⁶ È tuttavia opportuno precisare che l'art. 2, par. 2, co. 3, della decisione 2020/2053, stabilisce talune riduzioni per determinati Paesi (“[i] seguenti Stati membri hanno diritto a riduzioni forfetarie annue, espresse a prezzi correnti, da applicare al loro rispettivo contributo ai sensi del paragrafo 1, lettera c), a concorrenza di 22 milioni di EUR per la Bulgaria, 32,1876 milioni di EUR per la Cecchia, 4 milioni di EUR per l'Estonia, 33 milioni di EUR per la Grecia, 142 milioni di EUR per la Spagna, 13 milioni di EUR per la Croazia, 184,0480 milioni di EUR per l'Italia, 3 milioni di EUR per Cipro, 6 milioni di EUR per la Lettonia, 9 milioni di EUR per la Lituania, 30 milioni di EUR per l'Ungheria, 1,4159 milioni di EUR per Malta, 117 milioni di EUR per la Polonia, 31,3220 milioni di EUR per il Portogallo, 60 milioni di EUR per la Romania, 6,2797 milioni di EUR per la Slovenia e 17 milioni di EUR per la Slovacchia”).

⁵⁷ Si ritiene abitualmente che il principio distributivo discenda dal combinato disposto degli articoli 3 e 53 Cost. (v. F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una Costituzione fiscale europea*, Padova, 2008, p. 407 ss., spec. p. 416 ss.).

Se si condividono questi rilievi; e se si assume che i principi ora delineati – ed in particolare quelli di progressività e di redistribuzione delle imposte – siano fondamentali per il nostro assetto costituzionale, si potrebbe addirittura giungere alla soluzione che il conferimento di una potestà impositiva in capo alle istituzioni europee, operato con la decisione 2020/2053, si ponga al di fuori del campo di operatività dell'art. 11 Cost.⁵⁸. Tale mutamento, proprio per il carattere di novità in essa insito, avrebbe verosimilmente richiesto una modifica del Trattato istitutivo.

Per concludere in relazione all'equilibrio istituzionale della nuova *governance* economica europea, è piuttosto evidente che il ruolo delle assemblee parlamentari, che già risultava piuttosto carente nella definizione degli obiettivi economici, nonché nell'esercizio dei controlli politici sull'organo esecutivo e nella valutazione delle conseguenze che discendono per il bilancio dell'Unione per violazioni allo Stato di diritto, risulti di fatto sacrificato anche per le modalità concretamente seguite per l'introduzione di una nuova categoria di risorse proprie⁵⁹.

5. Questioni, in parte, analoghe vengono sollevate dall'ultima parte della decisione 2020/2053, laddove essa stabilisce un incremento della quota di contribuzione a carico degli Stati membri.

In questo caso, il problema è evidentemente di tipo diverso da quello analizzato nel precedente paragrafo, dal momento che non siamo in presenza dell'attribuzione di un'autonoma capacità impositiva in capo alle istituzioni europee. La quota di RNL già costituisce una risorsa propria dell'Unione europea; si tratta di un trasferimento a favore dell'ente sovranazionale di risorse che vengono raccolte, in sede nazionale, dai singoli Stati membri. Non si pone, quindi, un problema di difetto di rappresentatività delle assemblee, dal momento che i tributi sono introdotti attraverso leggi emanate dai rispettivi parlamenti.

La questione è, piuttosto, quella di comprendere se detto trasferimento possa avvenire, in un certo senso, “in bianco”.

Perché se, da un lato, l'art. 3, par. 1, della decisione 2053 chiarisce che “[l]’importo totale delle risorse proprie attribuite all’Unione per coprire gli stanziamenti annuali di pagamento non supera l’1,40 % della somma dell’RNL di tutti gli Stati membri”⁶⁰, dall’altro, l’art. 6 della stessa consente alla Commissione, in caso di necessità, di aumentare detta quota, senza richiedere alcun ulteriore consenso al Consiglio ovvero alle assemblee parlamentari nazionali.

⁵⁸ F. SALMONI, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁹ Si tratta di un aspetto delicato, perché, nei prossimi anni, saranno verosimilmente introdotte, con il medesimo procedimento, altre categorie di risorse proprie. Nella specie, l'accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea sulla disciplina di bilancio, nonché sulla cooperazione in materia di bilancio e sulla sana gestione finanziaria, nonché su nuove risorse proprie, compresa una tabella di marcia per l'introduzione di nuove risorse proprie, del 16 dicembre 20, all'Allegato II, p. 45 s., prevede in futuro anche l'introduzione di una tassa sulle emissioni di carbonio, un prelievo sul digitale e, infine, l'istituzione di una base imponibile comune sulle società.

⁶⁰ Si calcola che, per effetto di questo aumento, la quota di contribuzione netta a carico dell'Italia, nel periodo 2021-27, ammonterà a novantasei miliardi di Euro (mentre ne riceverà, tramite il programma NGEU, centocinquantatré, con una differenza in positivo di cinquantasette miliardi). I dati sono riportati in A. SOMMA, *Quando l'Europa tradi se stessa*, cit., p. 175, nota 79, e testo corrispondente; v. inoltre F. SALMONI, *op. cit.*, p. 84 s., la quale ipotizza tre diversi scenari economici (uno addirittura negativo per il nostro paese).

La disposizione da ultimo richiamata stabilisce, infatti, che i “massimali (...) sono incrementati in via temporanea di 0,6 punti percentuali ciascuno al solo scopo di coprire tutte le passività dell’Unione risultanti dalle assunzioni di prestiti di cui all’articolo 5 fino alla cessazione di tali passività e al più tardi entro il 31 dicembre 2058”.

In altri termini, la Commissione potrebbe richiedere un incremento dello 0,6% annuo agli Stati membri, al fine di finanziare il funzionamento del programma economico e garantire che l’organo esecutivo sia sempre in condizione di reperire le risorse per ripianare i debiti contratti. Inoltre, l’art. 7 della decisione stabilisce che, nel caso in cui un Paese sia inadempiente, la relativa somma verrà divisa tra tutti gli altri Paesi in rapporto alle rispettive quote.

In sintesi, potrebbe teoricamente accadere che diversi Stati membri siano insolventi, con la conseguenza che le rispettive quote nazionali verrebbero a ricadere sui Paesi adempienti. Come è evidente, potendo la Commissione esercitare tale facoltà per ogni annualità fino al 2058 (data di conclusione del ripianamento delle obbligazioni emesse sui mercati), potrebbe teoricamente accadere che ad uno Stato membro vengano richieste risorse supplementari considerevoli.

Se così fosse, la decisione incorrerebbe finanche nel divieto di *bail-out* di cui all’art. 125 TFUE, in virtù del quale gli Stati membri (e le istituzioni europee) non possono farsi carico dei debiti degli altri Paesi dell’Unione.

La questione, così prospettata, è stata oggetto di una decisione provvisoria della Corte costituzionale federale tedesca⁶¹. Nella specie si trattava di un ricorso diretto promosso da un gruppo di cittadini riuniti intorno ad un’associazione civica⁶².

Per quanto rileva in questa sede, le contestazioni attevano alla violazione dell’art. 125 TFUE, nonché del combinato disposto degli articoli 20, 38 e 79 della Grundgesetz, nella misura in cui la decisione sulle risorse proprie pregiudicava l’identità costituzionale tedesca, il principio democratico e la responsabilità del Parlamento nazionale per l’approvazione e l’esecuzione del bilancio. Dal momento che la relativa legge di ratifica della decisione sulle risorse proprie è stata approvata dal Parlamento in data 25 marzo 2021, i ricorrenti chiedevano che la Corte federale emettesse un ordine provvisorio al fine di impedire al Presidente di promulgare la legge di ratifica ed evitare che la stessa entrasse in vigore.

La Corte federale, in un primo momento, ha disposto in via provvisoria, in data 26 marzo, la sospensione del procedimento legislativo; ma ha poi valutato, sulla base di un bilanciamento degli interessi in gioco, che fosse prevalente la finalità di consentire al piano europeo di produrre i propri effetti e ha, conseguentemente, respinto, in data 15 aprile, la domanda cautelare.

⁶¹ Decisione provvisoria del Bundesverfassungsgericht, del 15-21 aprile 2021, 2 BVR 547/21, reperibile *online*. In dottrina v. M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e la legge federale di ratifica della «Decisione sulle Risorse Proprie» dell’Unione europea: ancora una volta, una pronuncia problematica nel nome del sindacato sugli atti ultra vires?*, in *DPCE online*, 2021, p. 2759 ss.; A. DE PETRIS, *Gli strumenti europei di finanziamento dell’emergenza COVID all’esame di Karlsruhe*, in *Diritti comparati*, 2021, reperibile *online*; B. RIEDL, *La décision sur les ressources propres et le fonds de développement «Next Generation EU», un acte ultra vires et/ou une violation de l’identité constitutionnelle?*, Working Paper 3/2021, in *Blog droit européen*; S. SAUREL, *La Cour constitutionnelle allemande permet au plan de relance européen de poursuivre sa route*, in *Revue de l’Union européenne*, 2021, p. 489 ss. C. WALTER, P. NEDELICU, *Die Relativierung der ultra-vires Kontrolle in Eilrechtsschutz*, in *Verfassungsblog*, 2021.

⁶² Si tratta dell’associazione denominata *Bündnis Bürgerwille*. Essa fa capo al prof. Bernd Lucke, un economista tedesco, fondatore del partito di estrema destra AfD (*Alternativ für Deutschland*), dal quale poi ebbe a dipartirsi. Il testo completo del ricorso è reperibile *online* sul sito internet dell’associazione.

Secondo la Corte, infatti, l'ipotesi che la Germania sia chiamata a rispondere dei debiti di altri Stati membri – e che conseguentemente si concretizzi una violazione del disposto dell'art. 125 TFUE – costituisce un'eventualità estremamente remota.

Convieni, per chiarezza espositiva, riportare il relativo capo della decisione: “[t]ale responsabilità potrebbe sorgere solo se i fondi dell’Unione europea siano insufficienti per far fronte agli obblighi derivanti dall’assunzione di prestiti ai sensi dell’articolo 5 della decisione sulle risorse proprie e la Commissione non raccoglie i fondi necessari in altro modo, ad esempio tramite anticipi di cassa a breve termine (cfr. art. 9, par. 4, prima frase, della decisione sulle risorse proprie). In questo caso, gli Stati membri sono, in linea di principio, responsabili in proporzione alla loro quota di finanziamento del bilancio dell’Unione Europea (Art. 9, (5), subparagrapho 1, della citata decisione sulle risorse proprie). Solo se uno Stato membro non ottempera a tale richiesta in tutto o in parte, la Commissione può richiedere fondi aggiuntivi da altri Stati membri, sempre sulla base della rispettiva quota di finanziamento (art. 9, par. 5, subparagrapho due, prima e seconda frase, della decisione sulle risorse proprie). (...) L’eventuale richiamo ai sensi dell’articolo 9, par. 4, della decisione sulle risorse proprie è anche limitato alla quota basata sul RNL dell’aumento straordinario e temporaneo di 0,6 punti percentuali (art. 9, par. 6, in combinato disposto con l’art. 6 della decisione sulle risorse proprie). (...) L’importo, la durata e lo scopo dei fondi che la Commissione europea deve prendere in prestito fino a 750 miliardi di euro ai prezzi del 2018 sono limitati nel tempo e nell’importo, così come l’eventuale responsabilità della Repubblica federale di Germania. I fondi corrispondenti devono essere utilizzati esclusivamente per far fronte alle conseguenze della crisi da COVID-19 (...) e sono ulteriormente garantiti dal Regolamento (UE) 2020/2094 e dal Regolamento (UE) 2021/241”⁶³.

⁶³ Decisione provvisoria del Bundesverfassungsgericht, del 15-21 aprile 2021, 2 BVR 547/21, paragrafi 99-100. Riportiamo il testo originale, per esteso: “(99) Die Ermächtigung der Europäischen Kommission in Art. 5 Abs. 1 Buchstabe a Eigenmittelbeschluss 2020, am Kapitalmarkt Mittel bis zu 750 Milliarden Euro zu Preisen von 2018 aufzunehmen, führt nicht zu einer unmittelbaren Haftung der Bundesrepublik Deutschland und des Bundeshaushalts. Eine solche kommt nur in Betracht, wenn die Mittel der Europäischen Union nicht ausreichen, um den Verpflichtungen aus der Mittelaufnahme nach Art. 5 Eigenmittelbeschluss 2020 nachzukommen, und die Kommission die erforderlichen Mittel nicht auf andere Weise, etwa durch kurzfristige Kassenkredite (vgl. Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Eigenmittelbeschluss 2020), bereitstellen kann. In diesem Fall haften die Mitgliedstaaten grundsätzlich anteilmäßig („pro rata“) entsprechend ihrem Finanzierungsanteil am Budget der Europäischen Union (Art. 9 Abs. 5 UAbs. 1 Eigenmittelbeschluss 2020). Nur wenn ein Mitgliedstaat einem derartigen Kapitalabruf ganz oder teilweise nicht rechtzeitig nachkommt, kann die Kommission von anderen Mitgliedstaaten zusätzliche Mittel abrufen, wobei wiederum der jeweilige Finanzierungsanteil zugrunde zu legen ist (Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2 Satz 1 und Satz 2 Eigenmittelbeschluss 2020). Die Verpflichtung des nicht leistenden Mitgliedstaats wird davon nicht berührt (Art. 9 Abs. 5 UAbs. 2 Satz 3 Eigenmittelbeschluss 2020). Der mögliche Abruf gemäß Art. 9 Abs. 4 Satz 1 Eigenmittelbeschluss 2020 ist zudem auf den BNE-gestützten Anteil an der außerordentlichen und vorübergehenden Anhebung der Eigenmittelobergrenze um 0,6 Prozentpunkte des BNE gedeckelt (Art. 9 Abs. 6 i.V.m. Art. 6 Eigenmittelbeschluss 2020). Schließlich sieht der Eigenmittelbeschluss 2020 vor, dass mit der Tilgung nach Art. 5 Abs. 2 UAbs. 2 unter näher bestimmten Voraussetzungen noch innerhalb der Geltung des aktuellen MFR-Zeitraums 2021-2027 zu beginnen ist und diese Tilgung zum 31. Dezember 2058 abgeschlossen sein muss. (100) Höhe, Dauer und Zweck der von der Europäischen Kommission aufzunehmenden Mittel von bis zu 750 Milliarden Euro zu Preisen von 2018 sind ebenso begrenzt wie die mögliche Haftung der Bundesrepublik Deutschland. Die entsprechenden Mittel sind ausschließlich zur Bewältigung der Folgen der COVID-19-Krise einzusetzen (vgl. Erwägungsgründe 14 bis 18, 22, 29 und Art. 5, Art. 6 Eigenmittelbeschluss

In altri termini, seppure è vero che la Germania potrebbe essere chiamata a rispondere dei debiti contratti dagli altri Paesi, le probabilità che ciò accada sono, in punto di fatto, assai circoscritte. E ciò per un triplice ordine di ragioni. Innanzitutto perché la Commissione può richiedere agli Stati membri di contribuire con quote aggiuntive solo dopo avere tentato di reperire i fondi necessari in altro modo.

In secondo luogo perché l'aumento della quota nazionale è limitato nell'importo (lo 0,6%) e nel tempo (entro il 2058).

Da ultimo, perché sussista effettivamente una violazione del principio di cui all'art. 125 TFUE, occorre che diversi Stati membri siano inadempienti rispetto alle rispettive quote: tale circostanza è, evidentemente, alquanto rara, tenuto conto del fatto che i Paesi dell'Unione, proprio per effetto del citato regolamento 2021/241, sono soggetti a controlli rigorosi.

In altri termini, la Corte costituzionale federale non ha escluso, in maniera integrale, che la richiesta della Commissione possa determinare una violazione dei Trattati, ma ha semplicemente ritenuto che un siffatto scenario avverso sia, in concreto, assai improbabile, rinviando poi ad un successivo esame di merito, la disamina completa dei motivi di ricorso⁶⁴.

Con il dovuto rispetto nei confronti della Corte federale, ci sembrerebbe che la decisione non tenga conto di un aspetto⁶⁵. Ovvero che anche i fondi che vengono elargiti attraverso il programma NGEU non sono gratuiti. Come si è visto, essi verranno ripagati innanzitutto attraverso l'attribuzione di un'autonoma capacità fiscale in capo alle istituzioni europee. Dette imposte graveranno sui cittadini anche dei Paesi membri che riceveranno le risorse a fondo perduto.

In secondo luogo, gli Stati membri che dovessero rendersi inadempienti ad una richiesta della Commissione non sono affatto esentati dalle loro obbligazioni: essi dovranno comunque restituire le relative quote, seppure in un momento successivo⁶⁶. In altri termini, il principio secondo il quale taluni Paesi possono essere chiamati a ripartire fra di loro le quote degli Stati membri inadempienti sembrerebbe rispondere alla logica delle obbligazioni solidali: il fatto di pagare un debito altrui non esclude che, tra i Paesi obbligati, operi comunque una ripartizione in funzione dei rispettivi oneri. La responsabilità suppletiva degli altri Stati membri in sostituzione di quello inadempiente avrebbe, pertanto, natura meramente provvisoria, al solo fine di consentire alla Commissione di recuperare la provvista necessaria per fare fronte alle

2020; BTDrucks 19/26821, S. 9, 12 f.), was durch die Verordnung (EU) 2020/2094 und die Verordnung (EU) 2021/241 zusätzlich sichergestellt werden soll”.

⁶⁴ Secondo B. RIEDL, *op. cit.*, pp. 5-8, gli altri motivi di ricorso presenterebbero chance di successo nel merito. Tali sarebbero, in particolare, il difetto di una specifica base giuridica idonea (che non potrebbe essere rappresentata dall'art. 311, par. 3) e la violazione dell'art. 125 TFUE. Al contrario, sembra convincente l'argomentazione della Corte sull'assenza di violazione del principio della responsabilità del Parlamento tedesco sul bilancio. È ovvio peraltro che, se la Corte federale costituzionale decidesse di dichiarare nulla la decisione sulle risorse proprie, per effetto della sentenza *Foto-Frost* (sentenza della Corte del 22 ottobre 1987, causa 314/85), dovrebbe preventivamente rinviare in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁶⁵ Oltre a quanto riportato nel testo, rimane comunque il dubbio se una Corte costituzionale possa stabilire, in via autonoma, se un atto di diritto derivato possa essere considerato *ultra vires*: possibilità che, in linea di principio, dovrebbe ritenersi esclusa (v., in questo senso, J. ZILLER, *Il Conseil d'Etat si rifiuta di seguire il pifferaio magico di Karlsruhe*, in *Ceridap.eu*, 2/2021).

⁶⁶ V. art. 9, par. 5, co. 2, dec. 2020/2053: “[a]llo Stato membro che non abbia onorato un'attivazione continua a incombere tale obbligo”.

obbligazioni in scadenza; ma questo non implica in alcun modo la possibilità per lo Stato inadempiente di eludere gli oneri ad esso incombenti.

Se così stanno le cose, è necessario concludere che non c'è alcuna violazione dell'art. 125 TFUE, perché la situazione rientrerebbe perfettamente nel disposto di detta previsione, come questa è stata interpretata dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, infatti, ricorre una violazione della norma pattizia solo in presenza di un accollo del debito altrui, ma non di fronte ad un prestito, anche se questo viene concesso a condizioni più favorevoli di quelle offerte dal mercato⁶⁷. Pertanto, se uno Stato membro rimane comunque responsabile per il pagamento della propria quota, anche nei confronti degli Stati membri adempienti, significa che non sussiste alcuna deroga alla clausola.

In questo caso, quindi, la supposta violazione del principio di cui all'art. 125 TFUE non sembra sussistere. Conseguentemente, anche dal punto di vista dell'ordinamento tedesco, non dovrebbe ricorrere alcuna violazione del potere del Parlamento nazionale di stabilire autonomamente le spese ed il bilancio dello Stato.

6. Il funzionamento del programma NGEU e la riforma della *governance* economica europea daranno luogo a nuovi equilibri istituzionali, che, allo stato, pongono problemi di non facile soluzione. Al momento, infatti, appare troppo esteso il potere di controllo che la Commissione può esercitare sugli Stati membri; mentre troppo ristretti risultano essere i poteri deliberativi e di controllo riconosciuti alle assemblee parlamentari.

Il Parlamento europeo e i corrispondenti organi nazionali, infatti, non hanno contribuito in alcun modo alla definizione degli obiettivi economici.

Il Parlamento europeo, poi, non partecipa ai controlli sull'attuazione dei programmi concordati dalla Commissione con i rispettivi governi. I meccanismi di controllo, sia sul rispetto dei programmi, sia sull'osservanza dello Stato di diritto, implicano il preminente intervento della Commissione e, solo in talune occasioni, del Consiglio ovvero del Consiglio europeo, attraverso il meccanismo del freno di emergenza. Il Parlamento europeo viene, al contrario, solo informato, con determinate cadenze, dell'evoluzione dei piani di riforma e di sviluppo economico degli Stati membri. A quel punto, il potere del Parlamento di intervenire in un modo o nell'altro risulta nei fatti assente o, comunque, sostanzialmente irrilevante.

Le assemblee parlamentari nazionale ed europea, inoltre, non hanno partecipato effettivamente alla determinazione delle nuove imposte da introdurre in sede sovranazionale. La profonda modifica del sistema delle risorse proprie, che è stata ope-

⁶⁷ La Corte di giustizia ebbe infatti a dichiarare, nel noto caso *Pringle*, che “la concessione di un’assistenza finanziaria ad un membro del MES, sotto forma di *linea di credito*, conformemente all’articolo 14 del Trattato MES, o sotto *forma di prestiti*, conformemente agli articoli 15 e 16 dello stesso Trattato, non comporta affatto che il MES si farà carico del debito dello Stato membro beneficiario. Al contrario, siffatta assistenza conduce a creare per quest’ultimo, il quale resta, per quanto riguarda i debiti esistenti, responsabile dei propri impegni nei confronti dei suoi creditori, un nuovo debito nei confronti del MES. Va rilevato a tal fine che, conformemente all’articolo 13, paragrafo 6, del Trattato MES, qualsiasi assistenza finanziaria concessa sul fondamento degli articoli 14-16 di quest’ultimo *deve essere rimborsata* al MES dallo Stato membro beneficiario e che, conformemente all’articolo 20, paragrafo 1, di detto trattato, l’importo da rimborsare è *maggiorato con un margine adeguato*” (Corte di giustizia, sentenza del 26 ottobre 2012, causa C-370/12, *Pringle c. Irlanda*, punti 139-140, corsivi aggiunti). Quindi, secondo la Corte di giustizia, il Trattato non vieterebbe i prestiti agli Stati membri; ma, al contempo, non consentirebbe erogazioni di somme a fondo perduto.

rata con l'introduzione di un'autonoma capacità impositiva in capo alle istituzioni europee, è di fatto avvenuta senza un'effettiva discussione in sede parlamentare, non potendo essere questa sostituita dalla semplice approvazione *a posteriori*. In questo contesto, si potrebbe addirittura sollevare il problema della violazione del principio *no taxation without representation*, originario dei sistemi di *common law*, ma successivamente recepito in ogni ordinamento. Tanto più che l'imposta, così come è disciplinata nella decisione sulle risorse proprie, non sembra rispondere ai criteri di progressività e di redistribuzione che normalmente connotano, a livello di fonti primarie, i sistemi impositivi nazionali.

A ciò si aggiunga che, in molti casi, i parlamenti nazionali non hanno neppure partecipato alla definizione dei piani nazionali di ripresa e di resilienza approvati in sede nazionale. Ad esempio, in Italia, il piano è stato definito dal Governo e presentato alle Camere, che sono state chiamate a visionarlo, discuterlo ed approvarlo, nel giro di tre giorni⁶⁸. Insomma, un calendario dei lavori che è stato studiato verosimilmente anche al fine di contenere il dibattito parlamentare, alla luce della ristrettezza del tempo disponibile⁶⁹.

In conclusione, si comprende il momento critico e l'emergenza economica indotta dalla pandemia, ma permangono consistenti perplessità sul modo nel quale modifiche così rilevanti del sistema europeo sono state poste in essere. Come sempre avviene quando si procede a profondi cambiamenti dell'assetto costituzionale europeo, sarà necessario un certo periodo di assestamento affinché si riequilibrino i poteri tra le istituzioni in maniera maggiormente rispettosa del principio democratico.

Abstract

The European Legislation for the Implementation of the Next Generation EU Plan

The European institutions, since December 2020, have been issuing a series of provisions to implement the Next Generation EU plan, conceived by the European Council.

The rules issued by the political institutions are articulated along three main guidelines. The first is the one related to the monitoring of Member States for the implementation of the investment and reform programs agreed with the European Commission. The second is the abidance by the rule of law. The third and last concerns the Own Resources Decision.

From the analysis of this set of rules, it clearly emerges that the main role in the management of the NGEU program belongs to the Commission, while the role of the other institutions, and in particular that of the European Parliament, appears to be rather limited. This structure raises some doubts on its coherence with the founding Treaty and on the balance of power in the new economic governance at European level.

⁶⁸ V., per i riferimenti temporali, *supra*, nota 21.

⁶⁹ Certamente il Governo nazionale non sarebbe privo di responsabilità nella definizione della politica economica. Un'eventuale responsabilità del governo può naturalmente essere fatta valere in sede nazionale, attraverso una mozione di sfiducia: ma si tratta, a tutta evidenza, di un'ipotesi alquanto remota, alla quale gli stessi parlamenti nazionali eviteranno di fare ricorso per non pregiudicare l'attuazione dei programmi in corso di esecuzione e l'erogazione delle somme a favore del proprio paese.

Ruggiero Cafari Panico*, Fabrizio Di Benedetto**

La nozione di gruppo nel Quadro temporaneo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la nozione di gruppo nel diritto europeo della concorrenza. – 2. I collegamenti fra le imprese e la nozione di gruppo. – 3. La disciplina degli aiuti di Stato nella normativa emergenziale della Commissione europea: il nuovo quadro europeo. – 4. La nozione di impresa e di gruppo di imprese in tema di aiuti di Stato: tra unità economica e impresa unica. – 5. Le misure di aiuto di Stato previste nel decreto Rilancio e nel decreto Sostegni: l'impresa unica. – 6. Conclusioni.

1. La nozione di gruppo di imprese assume nel diritto europeo della concorrenza un significato polimorfo, presentandosi con diverse e specifiche connotazioni giuridiche a seconda dei contesti normativi in cui viene in considerazione. Comune a tutte le accezioni è il dato rappresentato formalmente, nel caso di gruppi verticali¹, da una pluralità di entità giuridicamente autonome che, dirette e coordinate per il tramite di una società madre o capogruppo (holding), vengono ricondotte, sul piano sostanziale, ad unità economica. Al di là della persistente alterità soggettiva, viene così conferito rilievo unitario al gruppo e le singole società costituiscono, pertanto, parte della medesima impresa, formando un soggetto economico unico², in quanto

* Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

** Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi di Milano.

¹ La nozione di gruppo, nella sua più estesa accezione, può comprendere due diverse tipologie, che vanno sotto il nome, rispettivamente, di gruppo in senso verticale, basato sul rapporto di controllo fra più società, e di gruppo in senso orizzontale, basato su accordi paritetici, ovvero su accordi fra più società, diretti ad instaurare tra loro un coordinamento di carattere finanziario ed organizzativo, tale da dare vita ad una loro direzione unitaria, ma senza creare vincoli di subordinazione di una società rispetto all'altra, rimanendo, pertanto, fra loro indipendenti. Dei due fenomeni, quindi, solo quello verticale è gruppo in senso proprio e come tale viene in considerazione in materia di aiuti, dove è determinante il ricorrere di un rapporto di controllo, mentre il gruppo in senso orizzontale attiene più propriamente alla fattispecie di intese di cui all'art. 101 TFUE, oppure alle più ampie valutazioni che svolte ai fini delle concentrazioni possono riguardare anche la sussistenza di accordi orizzontali e di strutture di coordinamento fra imprese autonome atte a creare una "struttura a pianificazione centralizzata" e ad azzerare il livello di concorrenza tra loro (sentenza del Tribunale del 15 dicembre 1999, causa T-22/97, *Kesko Oy*, punti 162-164). Ipotesi ulteriore è quella del controllo c.d. congiunto di più società nei confronti di un'altra, mediante la disponibilità complessiva della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di quest'ultima ed il coordinamento del loro esercizio attraverso un sindacato di voto, su cui vedi *infra*, par. 5.

² Quella di impresa è una nozione autonoma del diritto europeo (rispetto al diritto civile e commerciale in vigore nei singoli Stati membri), non presente nelle disposizioni del TFUE dedicate alla concorrenza, ma frutto della giurisprudenza della Corte di giustizia e della prassi applicativa della Commissione. Per la sua qualificazione a rilevare è il dato sostanziale dello svolgimento di un'attività economica, a prescindere dalla veste giuridica del soggetto che la compie, tanto che si considerano parte

tale esso stesso impresa, sul presupposto che ciascuna entità, e in specie la capogruppo, eserciti un'attività economica e tutte siano legate da rapporti di controllo, inteso come esercizio di influenza determinante, ritenuti rilevanti, sia di diritto sia di fatto, sul piano normativo.

Il gruppo viene dunque riconosciuto nel lessico concorrenziale, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, come un'unità economica, un'unica entità (unità) economica, una sola (singola) unità economica³, o, con riguardo alla disciplina del *de minimis*, un'impresa unica. In tal modo il medesimo gruppo, sempre nella sua realtà di unità sostanziale, diviene, per i fini e nelle materie espressamente regolate nelle specifiche disposizioni, da mera formula descrittiva di un fenomeno di natura prettamente economica, centro distinto ed autonomo di imputazione⁴ di posizioni giuridiche attive e passive ulteriori rispetto a quelle riferite alle entità che lo compongono, come nel caso delle intese intra-gruppo, e che trascendono, nel campo degli aiuti, la loro stessa esistenza⁵; oppure anche solo parametro di riferimento per il calcolo, in materia di concentrazioni e di aiuti, di massimali normativamente previsti. Ciò avviene in ragione, ad esempio, nel caso specifico degli aiuti di Stato, dell'interesse (o vantaggio) che si estende dal beneficiario alle imprese collegate e appartenenti al medesimo gruppo, ampliandone ingiustificatamente gli effetti.

della medesima impresa, *rectius* unità economica, tutti i soggetti che, sebbene distinti giuridicamente, si presentano unitariamente sul mercato. Le condizioni perché le singole entità vengano riconosciute come operanti sotto l'influenza determinante di una società terza possono peraltro variare a seconda dell'ambito concorrenziale interessato.

³ Dette locuzioni sono utilizzate indifferentemente nel presente lavoro, in quanto tra loro fungibili, mentre quella di impresa unica è specifica della disciplina del *de minimis*. Per l'uso promiscuo nella lingua inglese delle espressioni "economic unity", "single economic unit" e "single economic entity", tutte di derivazione dalla teoria della "single economic entity", vedi H. BOLATOGLU, *The concept of economic unity in merger cases: lifting the corporate veil*, in *European Competition Law Review*, 2009, p. 362 ss., spec. p. 362. Per un uso indifferenziato delle locuzioni unità economica e impresa unica, vedi peraltro S. BARIATTI, *Le fonti del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Padova, 2012, p. 75 ss., spec. p. 93. In materia di appalti pubblici il rapporto di controllo (e quindi di influenza determinante) tra gli operatori economici partecipanti alla gara viene in considerazione sotto il profilo del centro direzionale unico. A rilevare, infatti, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, come causa di esclusione dalle procedure di gara, ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. m), d.lgs. n. 50 del 2016, è la sussistenza di un collegamento sostanziale che attesti la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale, sulla base di una astratta idoneità della situazione a determinare un coordinamento delle offerte desumibile da "indizi gravi, precisi e concordanti" (Consiglio di Stato, sentenza del 28 dicembre 2020, n. 637/2020, par. 2.1.2). Come precisato dall'ANAC, nel parere del 9 settembre 2020, n. 734, la sussistenza di un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., o di una qualunque forma di collegamento, è condizione necessaria, ma non sufficiente per la sussistenza di un unico centro decisionale.

⁴ Con riguardo all'imputabilità dei comportamenti delle singole entità costituenti l'unità economica, di per sé priva di personalità giuridica, ma cui la giurisprudenza riconosce "una sorta di soggettività distinta ed autonoma", vedi le conclusioni dell'Avvocato generale Pitruzzella del 15 aprile 2021, causa C-882/19, *Sumal*, punto 35; nonché, *infra*, nota 17.

⁵ Ciò in ragione del principio di continuità, per il quale, in materia di aiuti, quando la persona giuridica beneficiaria degli aiuti stessi cessa di esistere, l'impresa può continuare ad esistere nelle vesti del soggetto che ha acquistato gli asset aziendali della persona giuridica prima della sua liquidazione, al fine di garantire l'effetto utile delle norme a tutela della concorrenza che verrebbe altrimenti compromesso: sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2019, causa C-724/17, *Skanska*; per un commento, per tutti, C. FRATEA, *Il principio della continuità economica applicato al private enforcement: il caso Skanska*, in *I Post di AISDUE*, 2019, n. 1, 27 settembre 2019, reperibile *online*.

Corollario del fatto che il gruppo di imprese sia ricondotto ad un'unità economica e possa perciò presentarsi nel diritto europeo della concorrenza come impresa unitaria è che, stante l'assenza di una qualificazione di carattere generale dell'unità economica, a variare, a seconda dei settori disciplinari di volta in volta in gioco, sono, dunque, non solo le situazioni giuridiche proprie di quel settore, ma anche gli stessi requisiti perché il nesso economico acquisti una valenza giuridica idonea a configurare l'unitarietà fra le singole entità, pur sempre distinte sul piano giuridico. Ad un'impresa possono così imputarsi, in quanto unità economica, le condotte di vari soggetti. Tuttavia, le condizioni necessarie perché le relazioni fra i vari soggetti siano idonee a qualificare il rapporto quale di controllo, *rectius* di influenza determinante, che, per giurisprudenza consolidata, è la cifra di detto controllo, ovvero facciano presumere l'assenza di autonomia nelle condotte delle singole società all'interno dell'impresa unitaria⁶, non sono necessariamente le medesime per tutti gli ambiti del diritto della concorrenza, compresa la disciplina degli aiuti di Stato. Si può, infatti, benissimo immaginare che i rapporti ritenuti rilevanti per configurare un'influenza determinante divergano anch'essi di settore in settore, sicché, in via di esempio, il gruppo di imprese interessato dalle norme sulle concentrazioni, al fine di accertare il superamento di determinate soglie, non necessariamente riveste la qualifica di unità economica quando si tratti di identificare il soggetto beneficiario di misure di aiuto di Stato.

Alla stessa stregua, la nozione di controllo si pone come centrale sia per la identificazione delle entità destinatarie del divieto di cui all'art. 101 TFUE, sia per la ricostruzione del conseguente vincolo di solidarietà, ma può avere, in relazione ai criteri che lo identificano, una portata diversa nel contesto delle concentrazioni, per le quali il cambio di controllo costituisce il presupposto logico e funzionale su cui poggia l'intera disciplina, e degli aiuti di Stato, dove la materia del *de minimis* è oggetto di una disciplina specifica. Quanto poi all'effettivo esercizio di tale influenza determinante, esso non compare come condizione necessaria in tema di concentrazioni, mentre è condizione essenziale negli altri ambiti considerati, anche se soggetta all'operare delle presunzioni. Nel caso delle concentrazioni, infatti, da un lato, è sufficiente che vi sia la possibilità dell'esercizio di un'influenza determinante di una impresa sulle altre⁷, e, dall'altro, il controllo è solo uno degli elementi

⁶ Sulla distinzione fra società (*company*) e impresa (*undertaking*), vedi J. J. PIERNAS LÓPEZ, *When is a company not an undertaking under EU Competition Law? The contribution of the Dôvera judgment*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 529 ss.; nonché G. SCOCCINI, *La legittimazione giudiziale antitrust*, in A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto antitrust*, Milano, 2021, p. 827 ss., p. 838.

⁷ Comunicazione consolidata della Commissione, del 16 aprile 2008, sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE), n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2008/C 95/01 ("Comunicazione consolidata"), par. 16: "[n]on è necessario dimostrare che l'influenza determinante viene o verrà effettivamente esercitata. Tuttavia, la possibilità di esercitare tale influenza deve essere effettiva". Si veda, in merito, la sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2021, causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom*, dove si afferma, riprendendo le considerazioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe (conclusioni del 9 settembre 2020, cause riunite C-152 e 165/19 P, *Deutsche Telekom*, punto 156), che l'accertamento del controllo da parte della Commissione può avvenire tramite due vie probatorie: "o dimostrando che la società madre è in grado di esercitare un'influenza determinante sul comportamento della controllata e che essa ha anche effettivamente esercitato tale influenza [...] o provando che tale controllata non determina in modo autonomo la sua condotta sul mercato, ma si attiene, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società madre" (punto 95).

di una più ampia valutazione⁸ relativa al realizzarsi di una concentrazione suscettibile di generare dei turbamenti nell'andamento concorrenziale del mercato.

Il presente contributo si propone dunque, senza alcuna pretesa di completezza, di fornire evidenza di come un medesimo gruppo di società, che si configura, ai fini, ad esempio, della disciplina delle intese, come impresa, nel senso di unica entità economica, possa essere qualificato diversamente in un altro ambito concorrenziale. Si tratterà, quindi, di dare conto delle condizioni di volta in volta previste perché il medesimo legame sostanziale acquisti un differente valore giuridico, con attenzione particolare per la disciplina degli aiuti di Stato nel contesto delle misure introdotte in ambito europeo e nazionale a sostegno dell'economia colpita dalla crisi epidemica COVID-19.

Per fare questo si ritiene necessario premettere alcune osservazioni volte a fare chiarezza sul valore lessicale del termine "controllo" all'interno dell'ordinamento europeo in materia di concorrenza, dove esso viene correntemente inteso quale sinonimo di "influenza determinante", o anche, secondo un uso di fatto indifferenziato, "dominante"⁹, con cui si identifica una fattispecie di influenza suscettibile di generare una posizione di soggezione di una impresa nei confronti di un'altra che esercita una attività di direzione e coordinamento. L'introduzione della nozione di "influenza determinante" è avvenuta per via giurisprudenziale, in assenza di una

⁸ Sentenza *Kesko Oy*, dove si afferma che la nozione di controllo per stabilire la giurisdizione della Commissione o degli Stati membri in tema di concentrazioni non vincola la Commissione nella indagine materiale e quindi che quest'ultima, quando procede all'analisi degli effetti sul mercato, può sommare le quote di mercato anche di soggetti non legati da rapporti di controllo, di qualsivoglia natura, ma ritenuti comunque privi di autonomia commerciale (punto 152). In merito, vedi, per tutti, E. MARASÀ, *Il controllo delle concentrazioni*, in A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *op. cit.*, p. 1037 ss., specie p. 1053 ss.

⁹ L'aggettivo "dominante" compare nel regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, che ha sostituito il regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato ("regolamento 651/2014" o "GBER"), nonché l'art. 2, par. 2, lett. c) del regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti 'de minimis', e anche del regolamento n. 1408/2013/UE, come da ultimo modificato dal regolamento n. 2019/316/UE per il settore agricolo e dal regolamento n. 717/2014/UE per il settore ittico; diversamente, nella giurisprudenza della Corte di giustizia vi è un uso promiscuo delle due qualificazioni con una preferenza, consolidatasi, nel tempo per la locuzione influenza "determinante" (inizialmente, sentenza del Tribunale del 12 gennaio 1995, causa T-102/92, *Viho*, punto 11, e, per tutte, più di recente, sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2021, causa C-425/19 P, *Tercas*, dove la Corte utilizza, al punto 59, l'espressione "influenza determinante" in luogo di "influenza dominante" che compare invece, con riferimento all'uso terminologico della Commissione, ai punti 28 e 40), che viene richiamata anche nella comunicazione della Commissione, del 14 gennaio 2011, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, 2011/C11/01 (vedi S. LAMARCA, A. AGUGLIA, *Gli elementi costitutivi della fattispecie*, in A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *op. cit.*, p. 145 ss., specie p. 155 ss.), ma non attribuisce maggiore o minore intensità al termine stesso ("influenza") rispetto all'espressione precedente. Infine, con riguardo all'art. 102 TFUE, al fine di accertare l'abuso di posizione dominante si considera, tra l'altro, l'esercizio di una "influenza determinante". Nell'ordinamento italiano la fattispecie di influenza determinante è stata introdotta dall'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 1991, n. 127, che prevede, ai fini del consolidamento, ipotesi ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 2359 cod. civ., dove il riferimento è alla influenza dominante. Infine, la legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, in tema di controllo, utilizza il concetto di "influenza determinante" (art. 7, co. 1),

disciplina legislativa specifica che ne fissi, sul piano interpretativo, una nozione autonoma, per lo meno in materia di aiuti. A configurarsi è così una ipotesi di eterodirezione in cui l'impresa definita "controllante", vuoi per la propria partecipazione azionaria di maggioranza ("controllo di diritto"), vuoi per il contesto sociale in cui essa si colloca o in forza di particolari vincoli contrattuali ("controllo di fatto")¹⁰, è in grado di indirizzare da sola le scelte gestionali, commerciali e, più ampiamente, strategiche della(e) controllata(e), che risulta così privata della sua autonomia.

La *ratio* della disciplina si identifica con l'interesse perseguito che, nel caso degli articoli 101 e 102 TFUE, è quello di sottrarre alle fattispecie rispettivamente di divieto di intese o pratiche concordate e di abuso di posizione dominante le relazioni fra soggetti privi di autonomia comportamentale, come pure di qualificare come orizzontali e/o verticali, nel contesto dell'art. 10, i rapporti intercorrenti fra due distinte unità economiche. In tema di aiuti l'interesse è invece, evidentemente, quello di evitare un effetto moltiplicatore del singolo beneficio, sia tramite la sua diffusione all'interno del gruppo, sia per il fatto che possano avvantaggiarsi più soggetti costituenti in realtà, sul piano sostanziale e funzionale, un unico centro economico, con ingiustificato pregiudizio, in ambedue le circostanze, per la concorrenza nel mercato.

Riassumendo, l'"influenza determinante" è l'elemento costitutivo e il fattore unificante delle varie forme di controllo e, tuttavia, essa, pur unitaria nella sostanza (esercizio di attività di direzione accentrata nei riguardi della(e) controllata(e)), varia nei suoi presupposti riguardo alle fonti che ne identificano i caratteri costitutivi, tanto da dare, da un lato, elasticità alla nozione di controllo e da impedire, dall'altro, che quella di controllo sia una sola ed uniforme nozione autonoma, dovendo essa piuttosto essere qualificata come una "pluralità" di nozioni autonome, ovvero un "tipo", da declinare di volta in volta nei differenti contesti normativi.

In conclusione, la nozione di unità economica, che dà rilevanza al gruppo, quale impresa, nel diritto della concorrenza, ha la sua essenza nel controllo esercitato, secondo vari tipi, da una società nei riguardi di altre ad essa legate da rapporti, di varia natura, ritenuti rilevanti a tal fine dall'ordinamento e accomunati dall'essere tutti, comunque, riconducibili all'esercizio, in atto o in potenza, di una influenza determinante, seppure variamente configurata. Ciò vale per le fattispecie riconducibili sotto gli articoli 101 e 102 TFUE, vale pure, con importanti distinguo, in materia di concentrazioni, può trovare applicazione, di regola, anche riguardo agli aiuti di Stato, ma conosce in quest'ultimo ambito un'importante eccezione in relazione agli aiuti c.d. *de minimis*, dove si impone, invece, la nozione, parzialmente difforme nelle condizioni, di impresa unica. Figura giuridica, quest'ultima, che ha acquisito un'importanza del tutto particolare nella legislazione emergenziale avendo il nostro legislatore fatto ad essa richiamo in sede di attuazione nell'ordinamento¹¹

¹⁰ Per una ipotesi di controllo di fatto, con riguardo alla "natura e alla consistenza degli indici rivelatori del legame strutturale che – in astratto – debbono intercorrere tra il produttore e i suoi intermediari al fine di configurare un'unica entità economica ai fini antitrust", vedi l'ordinanza del Consiglio di Stato del 7 dicembre 2020, n. 7713, che, ritenendo la nozione di unica entità economica "ancora troppo 'liquida' e incerta", ha formulato alla Corte di giustizia, fra l'altro, il seguente quesito: "1) [a]l di fuori dei casi di controllo societario, quali sono i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE" (causa C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*).

¹¹ Vedi, *infra*, par. 5.

delle disposizioni con le quali la Commissione europea, in linea con l'approccio già seguito in occasione della crisi finanziaria nel 2008¹², è intervenuta per consentire agli Stati l'adozione di misure di sostegno alle attività economiche colpite dalla epidemia COVID-19.

2. Con riguardo alla determinazione del concetto di unità economica, possono distinguersi due profili di indagine: l'uno relativo alla natura di impresa della holding (e nel caso anche della eventuale sub holding); l'altro relativo alla natura del rapporto fra le singole entità perché fra di esse si instauri un legame di gruppo¹³.

Quanto al primo profilo, è evidente che il configurarsi stesso del gruppo di imprese impone che si riconosca alla società che detiene le loro partecipazioni (holding) la natura di impresa, ovvero che la sua attività rivesta natura economica. In merito, a venire in considerazione sono soprattutto gli aspetti del rapporto fra la holding e le diverse società, più che la percentuale di partecipazione dell'una nelle altre. Il semplice possesso di partecipazioni anche di controllo non è stato, infatti, ritenuto sufficiente a configurare una attività economica del soggetto che detiene la partecipazione "quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o di socio". Viceversa, deve essere considerato impresa il soggetto che titolare di una partecipazione di controllo in una società, "eserciti effettivamente tale controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa"¹⁴. Nel caso di specie si trattava di una fondazione bancaria che poteva essere considerata impresa in quanto il suo ruolo effettivo andava "al di là della semplice collocazione di capitali da parte di un investitore", rendendo possibile "lo svolgimento di funzioni di controllo, ma anche di impulso e di sostegno finanziario", evidenziando "l'esistenza di legami organici e funzionali"¹⁵.

Quanto al secondo profilo, si rileva come, secondo una giurisprudenza costante formatasi in tema di responsabilità solidale di una società controllante per violazione delle regole di concorrenza commesse dalle sue controllate¹⁶, sia stata riconosciuta l'esistenza di "un'unica entità economica" quando la controllante esercita un'influenza determinante¹⁷ sulla politica commerciale delle sue controllate, sulla base

¹² P. NICOLAIDES, *State Aid to Combat Covid-19*, Policy Brief 13/2020, p. 6 ss., reperibile *online*.

¹³ In generale, vedi O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in EU competition law*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1721 ss.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, punto 112.

¹⁵ *Ivi*, punto 117.

¹⁶ In generale, N. I. PAUER, *The Single Economic Entity Doctrine and Corporate Group Responsibility in European Antitrust Law*, Alphen aan den Rijn, 2014. Questione analoga si pone per l'eventuale responsabilità della controllata per un'azione diretta al risarcimento dei danni derivanti dal comportamento anticoncorrenziale della casa madre. Infatti, una volta assunto come modello ricostruttivo, ai fini della responsabilità solidale, quello dell'unità economica, "non ci sono ragioni logiche per escludere che l'allocazione della responsabilità possa operare non solo in senso 'ascendente', ma anche in senso 'discendente' (dalla società madre alla controllata)": così le conclusioni *Sumal*, punto 52, accolte dalla sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2021, causa C-882/19, *Sumal*, purché le società operino nel medesimo settore (punto 52). In generale, C. HERRERO SUAREZ, *Responsabilidad de la filial por los daños derivados de infracciones del derecho de la competencia de la matriz ¿Está en juego le principio de efectividad del derecho europeo?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, p. 364 ss.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries*, punti 136 e 137. La prassi della Commissione è chiara nell'affermare il principio della responsabilità personale, con la conseguenza che, vigendo per l'unità economica un altrettanto consolidato principio

dei “vincoli organizzativi, economici e giuridici che intercorrono” tra le imprese in questione¹⁸. Ciò avviene quando, ad esempio, come deciso dal Tribunale nel caso *Viho*, ad essere influenzati siano aspetti strettamente operativi quali “la politica dei prezzi, (...), gli obiettivi di vendita, gli utili lordi, le spese di vendita, il cash flow, le giacenze e il marketing”¹⁹. Di conseguenza, sussistono i requisiti per configurare un’unica entità economica se e in quanto una società controllata, pur avendo personalità giuridica distinta, non determini autonomamente il proprio comportamento sul mercato²⁰. L’esercizio di una influenza determinante sul comportamento della controllata da parte della controllante “che detenga il 100% del capitale della sua

di responsabilità solidale, una volta che sia stato commesso un illecito antitrust dalla società controllata la società controllante ne risponde solidalmente (sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2021, causa 694/19 P, *Italmobiliare*, punto 56). Quanto poi al rapporto tra impresa e persona giuridica in relazione al sorgere di una responsabilità solidale all’interno di un gruppo, i due istituti si pongono su piani concettuali distinti: il primo (impresa) è individuato in funzione dell’attività che svolge, il secondo (personalità giuridica) è oggetto di riconoscimento ad opera del singolo ordinamento. I due istituti trovano il necessario momento di sintesi allorquando, essendo l’impresa intesa come unità economica responsabile della violazione del diritto della concorrenza, le decisioni della Commissione sono indirizzate a entità legali cui gli ordinamenti nazionali riconoscono una soggettività giuridica; il che significa che in materia di aiuti l’ordine di recupero è rivolto vuoi alla singola impresa vuoi alla unità economica, e quindi, per essa, alla capogruppo in ragione di un rapporto di solidarietà. Ne consegue la responsabilità solidale all’interno dell’unità economica nella restituzione di quanto illecitamente percepito, ma anche negli eventuali, anche se difficilmente configurabili in concreto, obblighi nei confronti del terzo danneggiato: sul punto, C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2021, p. 126 ss., spec. p. 146. L’amministrazione pubblica potrà, dunque, avvalersi della decisione di accertamento che addebita la violazione alla controllata anche nei confronti della controllante, sempre che quest’ultima non dimostri che la controllata determina in modo autonomo la sua condotta sul mercato, come pure, alla stessa stregua, il danneggiato potrà agire nei confronti della controllante per il comportamento anticoncorrenziale della controllata sulla base del presupposto che le due società siano un’unica impresa (sulla responsabilità del beneficiario dell’aiuto, vedi R. CAFARI PANICO, *Il finanziamento pubblico di infrastrutture sportive e gli aiuti di Stato*, in C. FRATEA (a cura di), *Stato dell’arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019, p. 1 ss., a p. 42 ss.; D. GALLO, *Riflessioni in tema di aiuti di Stato e risarcimento del danno nel diritto dell’Unione europea*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *Gli aiuti di Stato: profili generali e problematiche energetiche*, Milano, 2021, p. 136 ss.; e S. MARINO, *Il ruolo del giudice nazionale nell’enforcement della disciplina sugli aiuti di Stato nell’Unione europea*, Milano, 2021.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2011, causa C-90/09, *General Química SA*, punto 37 ss. In particolare, il comportamento di una controllata può essere così ascritto alla società controllante “qualora, pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la propria linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla controllante” (punto 37). Quando ciò si verifica “la società controllante e la sua controllata fanno parte di una stessa unità economica e formano così una sola impresa” (punto 38). Vedi anche sentenza del 10 aprile 2014, cause riunite da C-231 a 233/11 P, *Siemens AG*, punti 55 e 58. Per un commento, C. KERSTING, *Liability of sister companies and subsidiaries in European competition law*, in *European Competition Law Review*, 2020, p. 125 ss.

¹⁹ Sentenza *Viho*, punto 48.

²⁰ Sentenze del Tribunale del 15 settembre 2005, causa T-325/01, *Daimler Chrysler*, punto 85 ss., e del 26 aprile 2007, cause riunite T-109, 118, 122, 125, 126, 128, 129, 132 e 136/02, *Bolloré SA*, punto 131 ss., specie con riguardo alla rilevanza che assume “la prova di istruzioni effettivamente impartite dalla società controllante alla controllata” (punto 132). Il criterio ora indicato per identificare l’esistenza del controllo di un soggetto su un’impresa non corrisponde peraltro a quello utilizzato, sempre in ambito concorrenziale, con riferimento al controllo delle concentrazioni. Invero, in quest’ultimo caso non è l’esercizio effettivo, bensì l’effettiva possibilità di esercitare un’influenza determinante su un’impresa a costituire prova del controllo (Comunicazione consolidata, par. 16).

controllata” configura, tuttavia, soltanto una presunzione “relativa”²¹ (“semplice”)²² e non assoluta, come tale confutabile²³, venendo essa esclusa ogni qualvolta, sulla base di una verifica puntuale degli elementi della fattispecie concreta, sia possibile stabilire che, in relazione ai vincoli intercorrenti fra i vari soggetti sul piano soprattutto organizzativo ed economico, la controllata si è comportata in modo autonomo²⁴.

L’orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia è nel senso di adottare un’impostazione sostanziale e tipologica²⁵, dovendosi verificare la sussistenza delle caratteristiche dell’unica entità economica in relazione alle singole fattispecie, valutando da un punto di vista effettivo²⁶ e non solo formale i rapporti tra la capo-

²¹ Sentenza *General Química SA*, punto 39.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2009, causa C-97/08 P, *Akzo Nobel*, punto 60, con riferimenti giurisprudenziali oggetto di esame da parte dell’Avvocato generale Kokott, nelle conclusioni del 23 aprile 2009, punto 61 ss.; nonché, da ultimo, la sentenza *Italmobiliare*, punto 47. Con riguardo alla possibile confutazione di tale presunzione, vedi la sentenza del 22 ottobre 2020, causa C-702/19 P, *Silver Plastics*, punto 89 ss.; e, sulla possibilità per la Commissione di fondare la propria decisione sulla presunzione dell’esercizio effettivo di un’influenza dominante e sul relativo obbligo di motivazione, la sentenza del 28 ottobre 2020, causa C-611/18 P, *Pirelli & C.*, punto 68 ss. In generale, vedi A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell’Unione Europea. Profili sostanziali*, Torino, 2018, II ed., p. 74 ss.

²³ Come statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza del 27 gennaio 2021, causa C-595/18 P, *Goldman Sachs*, la Commissione “potrà quindi ritenere la società madre solidalmente responsabile per il pagamento dell’ammenda inflitta alla sua controllata, a meno che detta società madre, cui incombe l’onere di rovesciare detta presunzione, non fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la sua controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato” (punto 32). La presunzione dell’esercizio effettivo del controllo non opera nel caso che l’influenza determinante sia esercitata da una impresa pubblica nei confronti di un ente privato: sentenza *Tercas*, punti 59 e 65.

²⁴ P. MANZINI, *L’imputabilità delle infrazioni antitrust nei gruppi di società*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Padova, 2020, II ed., p. 331 ss., a p. 333. In merito al rilievo che, sebbene “difficile da superare, la presunzione di esercizio effettivo di un’influenza determinante non ha carattere assoluto”, vedi le conclusioni *Sumal*, punto 31, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, in cui l’Avvocato generale rileva come sia necessario pervenire ad un equilibrio “tra l’obiettivo consistente nel reprimere i comportamenti contrari alle norme della concorrenza e a prevenirne la ripetizione e le esigenze poste da taluni principi generali del diritto dell’Unione, quali, segnatamente, quelli della presunzione di innocenza, della personalità delle pene e della certezza del diritto”.

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 15 settembre 2016, causa C-516/14, *Barlis 06*, punto 42; del 15 novembre 2017, causa C-507/16, *Entertainment Bulgaria*, punto 30, in materia fiscale; nonché sentenza del Tribunale del 12 maggio 2021, causa T-516 e 525/18, *Grand-Duchè de Luxembourg*, punto 311: “[p]our déterminer si des mesures étatiques peuvent constituer des aides d’État, ce sont essentiellement les effets de ces mesures en ce qui concerne les entreprises bénéficiaires qu’il y a lieu de prendre en considération”.

²⁶ Conclusioni *Deutsche Telekom*, con indicazioni in giurisprudenza: “la Commissione non può accontentarsi di constatare che la società è capace di esercitare un’influenza determinante sul comportamento della partecipata, ma deve altresì verificare che quest’influenza sia stata effettivamente esercitata” (punto 131). Quanto poi alle modalità di verifica di tale esercizio effettivo, esse paiono di fatto spesso risolversi in ulteriori presunzioni, divenendo di fatto superflua qualora la totalità delle quote di una società sia detenuta da un singolo soggetto: così, secondo un orientamento consolidato, la sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2013, causa C-179/12 P, *Dow Chemical*, punto 56, con riferimento a comportamenti anticoncorrenziali *ex art. 81 TCE*; e la sentenza *Goldman Sachs*, punto 38 ss. La giurisprudenza del Tribunale a questo riguardo appare del resto orientata a facilitare la verifica dell’esercizio effettivo dell’influenza determinante laddove esista sull’impresa oggetto di esame un controllo ai sensi della disciplina delle concentrazioni. Invero, secondo il Tribunale, “la Commissione e il giudice dell’Unione possono presumere che le disposizioni legislative e le clausole degli accordi

gruppo e le sue controllate, al fine di accertare che la holding eserciti una reale influenza dominante sull'operato della controllata, sulla base di elementi concreti, tra cui anche il fatto che le diverse imprese svolgano o meno tutte la medesima attività. A quest'ultimo riguardo, vi è in particolare la tendenza a ricomprendere nel concetto di collegamento, propedeutico alla determinazione del perimetro dell'unità economica, solo le entità che operano sugli stessi mercati o su mercati contigui, senza tuttavia precisare secondo quali criteri debba essere identificato il settore di attività interessato. Ad avviso, ad esempio, del Tribunale, nel caso *AceaElectrabel*, ai fini della determinazione della sussistenza di una sola unità economica devono concorrere sia "la partecipazione dell'impresa interessata ad un gruppo di società il cui controllo sia esercitato direttamente o indirettamente da una di esse", sia "il perseguimento di attività economiche identiche o parallele", sia "l'assenza di autonomia economica delle società di cui trattasi"²⁷.

In sintesi, nel caso delle holding ad essere in dubbio è la stessa loro qualificazione come imprese, qualora siano holding di mera partecipazione, intendendosi come impresa, per orientamento legislativo e giurisprudenziale consolidato, qualsiasi soggetto che svolga attività economica, prescindendo da aspetti formali o dal suo stato giuridico. Sulla base di tale osservazione rimarrebbero escluse dalla nozione di impresa le holding pure, il cui unico obiettivo sia la sola detenzione di partecipazioni, senza incidere nella gestione o nelle attività operative delle controllate²⁸, dovendosi estendere tale considerazione anche alle eventuali sub holding. Tale conclusione assume un rilievo del tutto particolare in quanto tale criterio, che esclude che la mera detenzione di partecipazioni, ancorché produttiva di risultati sotto forma di utili e dividendi, integri una vera e propria attività economica, riveste una valenza applicativa di carattere generale²⁹. Ne consegue l'esclusione dal perimetro di unità economica di una holding "pura" e delle sue controllate anche in materia di aiuti di

relativi al funzionamento [di una] impresa comune, in particolare quelle del contratto che costituisce l'impresa comune e del patto di sindacato, siano state applicate e rispettate [i.e., controllo congiunto]. In tal misura, l'esame dell'esercizio effettivo di un'influenza determinante sul comportamento commerciale dell'impresa comune può consistere in una analisi astratta dei documenti firmati prima dell'inizio del suo funzionamento, al pari dell'analisi riguardante il controllo. (...) Analogamente, quando le clausole in questione permettono a un'unica società controllante [i.e., controllo esclusivo] di determinare le decisioni degli organi dell'impresa comune, la Commissione e il giudice dell'Unione possono stabilire, in assenza di prove contrarie, che detta società controllante esercitava una influenza determinante su tali decisioni": sentenza dell'11 luglio 2014, causa T-541/08, *Sasol*, punto 49.

²⁷ Sentenza del Tribunale dell'8 settembre 2009, causa T-303/05, *AceaElectrabel*, punto 140. Vedi anche, nel senso che le imprese interessate svolgevano "attività economiche identiche o parallele" e che perciò potevano essere ritenute "economicamente integrate", la sentenza del Tribunale del 14 ottobre 2004, causa T-137/02, *Polimeier Maichow*, punto 70.

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 20 giugno 1991, causa C-60/90, *Polysar Investments*, punto 13; e del 22 giugno 1993, causa C-333/91, *Softman*, pure in materia fiscale: "la semplice partecipazione finanziaria presso altre imprese non costituisce attività economica ai sensi della sesta direttiva" (punto 12).

²⁹ Con riguardo al regolamento *de minimis*, vedi R. DE LUCA, *Aiuti di Stato e contributi in regime "de minimis": stato dell'arte e problematiche applicative*, documento di ricerca della Fondazione Nazionale dei Commercialisti, 20 settembre 2018, reperibile *online*, p. 22 ss. Ciò, tuttavia, non esclude che anche nei confronti di una holding finanziaria, priva della qualità di impresa, trovi applicazione la presunzione di influenza determinante e di responsabilità della società controllante, come pure che anche il fatturato di detta holding concorra alla determinazione del limite massimo delle possibili ammende in base all'art. 23, par. 2, del regolamento n. 1/2003: così sentenza *Italmobiliare*, rispettivamente punti 41 e 129.

Stato, come dimostra il richiamo alla giurisprudenza *Cassa di Risparmio di Firenze* operato nella Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato³⁰.

Di qui la necessità che, in presenza di gruppi societari, si faccia riferimento agli effettivi rapporti fra i diversi soggetti sulla base di un'analisi di natura sostanziale delle relazioni tra le varie società per verificare, anzitutto, se la holding possa essere considerata un'impresa, svolga cioè un'attività economica nel senso sopra chiarito, e, poi, se e quale grado di autonomia mantenga la singola controllata sul piano sia commerciale sia operativo, per affermare o escludere che le diverse entità giuridiche costituiscano con la capogruppo un'unica entità economica.

Un ulteriore elemento che emerge dalla giurisprudenza è che “la realtà economica deve fare premio sulla forma giuridica”³¹, dovendosi avere riguardo anche all'attività effettivamente svolta dalle diverse entità, per ricomprendere nel concetto di collegamento solo quelle che operano sugli stessi mercati o su mercati contigui³².

3. L'impatto sull'economia dei Paesi membri dell'Unione europea dell'emergenza causata dalla pandemia COVID-19 ha indotto le istituzioni europee ad adottare una politica di aiuti di Stato alle imprese che, con caratteristiche peculiari rispetto alla legislazione vigente, ha trovato principale attuazione con la comunicazione della Commissione, del 19 marzo 2020, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19 (“Quadro temporaneo”)³³, così come successivamente modificata ed estesa con le comunicazioni del 3 aprile³⁴, dell'8 maggio³⁵, del 29 giugno³⁶, del 13 ottobre 2020³⁷ e del 28 gennaio 2021³⁸. Con tali comunicazioni la Commissione europea ha introdotto, ai sensi dell'art. 107 TFUE, disposizioni maggiormente flessibili³⁹ in materia di aiuti di Stato, consentendo agli Stati membri di adottare, in deroga alla disciplina ordinaria, misure di sostegno al tessuto economico volte sia a ristorare le imprese

³⁰ Comunicazione della Commissione, del 19 luglio 2016, sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 262/01, par. 2.1, punto 11, in nota 8.

³¹ P. MANZINI, *op. cit.*, p. 331.

³² A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, *Fonti, fini e nozioni generali del diritto della concorrenza nella CE*, in A. FRIGNANI, R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, p. 1 ss., a p. 14.

³³ C(2020)1863.

³⁴ C(2020)2215.

³⁵ C(2020)3156.

³⁶ C(2020)4509.

³⁷ C(2020)7127.

³⁸ C(2021)564. Nel presente scritto viene fatto riferimento alla versione consolidata del Quadro temporaneo al 28 gennaio 2021.

³⁹ Sugli strumenti utilizzati dalla Commissione per fronteggiare, sul piano degli aiuti di Stato, le conseguenze dell'epidemia di COVID-19, vedi, *ex multis*, E. BANI, F. DI PORTO, *COVID-19: politiche in materia di aiuti di Stato e diritto della concorrenza*, in F. DI PORTO, E. BANI (a cura di), *COVID-19: aiuti di Stato e diritto della concorrenza*, Milano, 2020, p. 3 ss.; e G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di Stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza COVID-19 tra coerenza d'insieme e profili inediti*, *ivi*, p. 17 ss. In senso critico per le scelte strategiche della Commissione, destinate in particolare ad accrescere inevitabilmente gli squilibri fra i Paesi membri, vedi F. BOSTOEN, N. COLPAERT, W. DEVROE, J. GRUYTERS, L. MICHAUX L., VAN ACKER, *Corona and EU Economic Law: Competition and Free Movement in Times of Crisis*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2020, p. 72 ss., p. 94 s.; e J. VAN HOVE, *Impact of State Aid on Competition and Competitiveness During the COVID-19 Pandemic: An Early Assessment*, study requested by the European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs, 2020, reperibile *online*, p. 38 ss.

che versano in difficoltà, sia a creare le premesse perché le stesse imprese possano, superata la crisi pandemica, riprendere le proprie normali attività, reperendo le necessarie risorse.

Le misure di aiuto adottate dai singoli Stati nel rispetto delle condizioni poste dal Quadro temporaneo sono soggette a notifica alla Commissione, la quale ha tuttavia previsto un meccanismo rapido di valutazione della loro ammissibilità, ai sensi degli articoli 107, par. 3, lett. b), TFUE e, per la compensazione dei danni causati dalla pandemia, 107, par. 2, lett. b), TFUE⁴⁰.

Il Quadro temporaneo non sostituisce, bensì integra gli altri strumenti consentiti di intervento pubblico, sulla base delle norme già vigenti sugli aiuti di Stato⁴¹. Si tratta, anzitutto, del regolamento 651/2014, che dichiara, a date condizioni, alcune categorie di aiuti di Stato compatibili con il mercato interno, esentandole dall'obbligo di notifica preventiva alla Commissione UE. Parimenti cumulabili, in quanto già esentati dall'obbligo di notifica preventiva, sono poi gli aiuti di Stato di importanza minore (*de minimis*).

Nella comunicazione del 19 marzo 2020, così come successivamente modificata, la Commissione ha dunque esposto le misure temporanee di aiuti di Stato ritenute compatibili con il mercato interno, a norma del citato art. 107, par. 3, TFUE in quanto finalizzate a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro. Con riguardo alle misure ammissibili, la gran parte di esse lo sono nei limiti e alle condizioni della sezione 3.1 (punti da 21 a 23-*bis*), che accorda la concessione di aiuti di importo limitato sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali, anticipi rimborsabili, garanzie, prestiti e partecipazioni, ponendo come condizione per l'erogazione che il valore nominale totale di tali misure di cui può usufruire l'impresa rientri, con alcune eccezioni per specifici settori, nel limite degli attuali 1.800.000 euro per impresa⁴², al lordo di qualsiasi imposta o onere, così come elevato, col quinto emendamento, rispetto agli iniziali 800.000 euro.

Le tipologie di aiuti ammissibili e le intensità di aiuto sono state implementate in successive comunicazioni modificative del testo base. In particolare, con il quarto emendamento, alla sezione 3.12, è stata introdotta una nuova categoria di aiuti ammissibili sotto forma di sostegno a costi fissi non coperti dalle imprese, per le quali la crisi economica innescata dall'emergenza sanitaria ha comportato la sospen-

⁴⁰ Il par. 2, lett. b) dell'art. 107 dichiara compatibili con il mercato interno gli aiuti pubblici destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali, esimendo tali tipi di aiuti dall'obbligo di notifica preventiva ex art. 108, limitandosi la Commissione a verificare la sussistenza delle condizioni indicate nella norma; il par. 3, lett. b) dispone, invece, che possono essere compatibili con il mercato interno gli aiuti destinati a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, in questo caso previa approvazione della Commissione UE, onde valutarne le finalità, l'adeguatezza e la proporzionalità.

⁴¹ Sezione 2, punto 20 del Quadro temporaneo. Per quanto riguarda le varie misure di aiuto contemplate nel Quadro temporaneo, esse possono essere cumulate "conformemente alle disposizioni di cui alle sezioni specifiche" del Quadro stesso (*ibidem*).

⁴² Sezione 3.1, punto 22, lett. a). Nel caso in cui un'impresa sia attiva in diversi settori a cui si applicano importi massimi diversi, come avviene per il settore della pesca e dell'acquacoltura o per la produzione primaria di prodotti agricoli, occorre che il massimale pertinente sia rispettato, per il tramite della separazione contabile o altri mezzi adeguati, per ciascuna attività e che comunque non sia superato l'importo massimo complessivo di 1.800.000 euro per impresa.

sione o la riduzione dell'attività economica⁴³, che possono essere considerati compatibili con l'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE, subordinatamente al rispetto di determinate condizioni, nel limite di importo complessivo dell'aiuto di 3 milioni di euro per impresa, che è stato elevato a 10 milioni di euro con il quinto emendamento⁴⁴.

Le modifiche apportate con l'ultimo emendamento sono state recepite nell'ordinamento italiano con il d.l. 22 marzo 2021, n. 41, Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19 ("decreto Sostegni")⁴⁵, che, all'art. 1, oltre a disciplinare le modalità di cumulo delle misure di aiuto riconducibili sotto la sezione 3.1 (co. 14), per un importo elevato a euro 1.800.000⁴⁶ e a precisare le condizioni per cui, in caso di insufficienza dei massimali di cui a detta sezione, le imprese possono fruire di aiuti anche sulla base della sezione 3.12 (co. 15), chiarisce, al co. 17, che ai fini "delle disposizioni di cui ai commi da 13 a 16 si applica la definizione di impresa unica", ai sensi dei vari regolamenti *de minimis*⁴⁷.

Appare di tutta evidenza come, nel sistema così delineato, abbia assunto, fin dal primo momento, un rilievo centrale la nozione di impresa rispetto alla quale devono essere determinati gli importi dei massimali di aiuto. Altrettanto evidente era l'incertezza sul piano interpretativo in relazione al significato da attribuire nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77) ("decreto Rilancio"), alla nozione di "impresa" e quindi alla riferibilità del limite (iniziale) di 800.000 euro (ora elevato a 1.800.000 euro)⁴⁸. Non va infatti dimenticato che devono considerarsi

⁴³ Sezione 3.12, punto 86. Per "costi fissi non coperti" si intendono "i costi fissi sostenuti dalle imprese durante il periodo ammissibile che non sono coperti dagli utili (...) durante lo stesso periodo e che non sono coperti da altre fonti" (*ivi*, punto 87, lett. c).

⁴⁴ *Ivi*, punto 87, lett. d).

⁴⁵ Per un commento al decreto Sostegni, vedi Assonime, circolare del 1° aprile 2021, n. 10, Il quadro temporaneo sugli aiuti di Stato per il 2021 e le scelte in Italia alla luce del decreto Sostegni, reperibile *online*.

⁴⁶ Con il richiamo ai nuovi limiti indicati nel Quadro temporaneo, il nostro Governo ha esercitato la facoltà concessa dalla Commissione per elevare il massimale consentito. Lo stesso vale per la sezione 3.12. Tale incremento, al pari delle ulteriori misure adottate, è stato perciò oggetto di una notifica successiva alla Commissione ai sensi del Quadro temporaneo (vedi *infra*, nota 48).

⁴⁷ Nella Relazione illustrativa al decreto si legge che nel chiarire la nozione di impresa beneficiaria ai fini del computo dei massimali si è tenuto conto "delle diverse nozioni ricavabili dalla disciplina europea sugli aiuti di Stato e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea e dell'assenza di indicazioni nella Comunicazione della Commissione sul Quadro temporaneo".

⁴⁸ Per quanto riguarda l'innalzamento dei massimali fino agli importi ora consentiti in base al quinto emendamento, l'Italia ha provveduto a notificare, il 25 marzo 2021, alla Commissione le seguenti modifiche contenute nel decreto Sostegni: i) la proroga della durata del regime fino al 31 dicembre 2021; ii) l'aumento del bilancio totale del regime; e, per quanto qui rileva, iii) l'aumento dei massimali di aiuto di importo limitato per impresa, in particolare, da 800.000 a 1.8 milioni (sezione 3.1) e, per i costi fissi non coperti, da 3 milioni 10 milioni (sezione 3.12). La Commissione ha concluso, il 9 aprile 2021, che il regime modificato rimane necessario, adeguato e proporzionato per porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, in linea con l'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE e con le condizioni stabilite nel Quadro temporaneo. Su queste basi la Commissione ha approvato le misure in conformità delle norme dell'Unione sugli aiuti di Stato (SA.62495 (2021/N) – Italy – COVID-19: amendment to SA.57021 – Regime Quadro – prolongation of the measures and increase of the aid ceilings related to the measures 3.1 and 3.12 of the Temporary Framework). Con riguardo agli aiuti di importo limitato, tuttavia, non tutte le misure di cui al decreto Rilancio sono state oggetto della notifica del 25 marzo, al fine dell'innalzamento dei relativi importi. Come base giuridica delle misure notificate è stato infatti indicato (par. 2.2(8) della decisione della Commissione) l'art. 28 del decreto Sostegni che modifica gli articoli da 54 a 61 del decreto Rilancio sul regime quadro per l'adozione da parte di

compresi in detto limite anche tutti gli altri benefici economici del periodo emergenziale goduti dalle singole entità e indicati come non cumulabili con quelli di cui alla sezione 3.1, con le eccezioni già ricordate, tra cui, in particolare, quella relativa all'importo del *de minimis*⁴⁹. Sta di fatto che detto Quadro temporaneo, a sua volta, alla sezione 3.1, punto 22, lett. a), laddove prevede il limite suddetto (attualmente) di 1.800.000 euro, non contiene alcuna indicazione specifica circa il significato da attribuire alla nozione di “impresa”, limitandosi a prescrivere che gli aiuti temporanei alle imprese, anche sotto forma di agevolazioni fiscali, saranno considerati compatibili con il mercato interno se “l'aiuto non supera 1,8 milioni di EUR per impresa”.

4. Se il Quadro temporaneo non contiene alcuna indicazione in merito al significato da attribuire alla nozione di impresa, limitandosi la Commissione a riferirsi genericamente alla locuzione “per impresa”, il problema interpretativo è destinato a porsi regolarmente qualora la singola entità giuridica beneficiaria della misura di supporto appartenga, in virtù di rapporti da ritenersi rilevanti, ad un gruppo di imprese con le quali costituisca una unità economica. Va però rilevato che, al di là delle connotazioni della nozione di impresa, soprattutto, più in generale, manca nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato un'univoca definizione di “unità economica”, e quindi di “gruppo”, cui far ricorso per l'interpretazione delle nozioni utilizzate nel Quadro temporaneo ogniqualvolta si sia in presenza di una pluralità di entità giuridiche tra loro economicamente e giuridicamente collegate. Né può essere di ausilio il riferimento alla disciplina della concorrenza intesa in senso lato, comprensiva dunque, oltre che delle misure di aiuto, anche dei settori delle intese, in specie in tema di responsabilità della capogruppo, e delle concentrazioni. Non solo, infatti, neppure in questi ultimi ambiti la nozione di gruppo ha contorni ben definiti, ma anche, più in generale, ognuno dei settori del diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza si avvale di nozioni autonome (di gruppo), necessariamente declinate in relazione alle esigenze specifiche della singola disciplina, al fine della realizzazione degli obiettivi che essa si prefigge.

In tal senso, si è espressa la Corte di giustizia che, confermando quanto ritenuto dal Tribunale⁵⁰, ha affermato che “la nozione di entità economica in materia di aiuti di Stato può differire da quella applicabile negli altri settori del diritto della concorrenza”⁵¹, dal momento che il concetto di singola unità economica ha assunto in materia di aiuti una valenza specifica, in quanto principalmente funzionale alla

regioni, province autonome, altri enti territoriali e Camere di commercio di misure di aiuti di Stato a valere su risorse proprie, rimanendo così escluso, ad esempio, l'art. 24 in materia di IRAP, per il quale l'importo rimarrebbe allo stato fissato al limite di 800.0000 euro. Tali misure sono state tuttavia oggetto di una ulteriore notifica in data 12 aprile 2021. Vedi anche *infra*, note 74-76.

⁴⁹ In via esemplificativa, l'aiuto *de minimis*, per un importo fino al valore nominale di 200.000 euro, può essere cumulato con le altre misure consentite dalla sezione 3.1 del Quadro temporaneo, portando dunque l'entità dell'aiuto per impresa a 2 milioni di euro.

⁵⁰ Sentenza del Tribunale *AceaElectrabel*, punto 138: “[a]lteso che la causa in esame non si colloca né nel settore delle intese né in quello delle concentrazioni, bensì in quello degli aiuti di Stato, occorre far riferimento alla nozione di unità economica elaborata dalla giurisprudenza in tale settore”.

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2010, causa C-480/09 P, *AceaElectrabel*, punto 66, con riguardo al caso di due società controllanti la *joint venture* congiunta, già qualificata dalla Commissione funzionalmente autonoma ai fini dell'approvazione della concentrazione e oggetto invece di valutazione distinta nell'ambito degli aiuti.

corretta individuazione, quando le operazioni siano state effettuate all'interno di un gruppo, del beneficiario del vantaggio derivante da un aiuto che si rivela illegale o incompatibile e che va perciò recuperato. L'approccio seguito in materia di aiuti differisce, dunque, sostanzialmente rispetto a quello seguito dall'autorità di concorrenza in materia di intese e abuso di posizione dominante, in quanto la finalità non è quella di accertare un problema di concorrenza, che di per sé costituisce già un presupposto dell'esistenza dell'aiuto stesso, ma di identificare il beneficiario di un aiuto, che non è necessariamente il soggetto giuridico cui sono concesse le sovvenzioni, bensì colui che se ne avvantaggia effettivamente. In tale prospettiva è necessario perciò verificare se ci si trovi di fronte ad un'unità economica⁵², avendo riguardo non tanto o non solo all'esercizio di una influenza determinante, quanto piuttosto al vantaggio che dalla misura in oggetto deriva per le imprese collegate nell'esercizio delle proprie attività economiche; in materia di concorrenza ai fini dell'applicazione di detta disciplina, qualora le diverse persone giuridiche, autonome giuridicamente, costituiscano, in ragione della sussistenza del controllo, un'unità economica, occorre invece necessariamente considerarle come una sola impresa⁵³, con conseguente responsabilità solidale delle società componenti il gruppo, a prescindere dalla diffusione all'interno del gruppo stesso del beneficio derivante dall'infrazione⁵⁴. In altri termini, beneficiario dell'aiuto è il soggetto che ne riceve materialmente e concretamente un vantaggio, con la conseguenza, nel caso di gruppi di imprese, che perché si configuri un'unità economica occorre, oltre all'effettivo esercizio del controllo, che il vantaggio derivante da un aiuto ad un'impresa si estenda alle altre società del gruppo⁵⁵.

In assenza di una nozione univoca, occorre dunque, anzitutto, analizzare le varie fonti, legislative e giurisprudenziali, proprie della materia degli aiuti di Stato per verificare se e quali indicazioni possono da esse trarsi in merito alla disciplina dei gruppi di imprese in relazione alla nozione di unità economica, salvo poi accertare se ulteriori elementi possono desumersi dalla disciplina della concorrenza, in generale, al fine di integrare le conclusioni così raggiunte.

Il primo riferimento legislativo da prendere in considerazione, in quanto di applicazione trasversale a tutte le fattispecie normative della concorrenza, inclusi

⁵² Vedi sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 1984, causa 323/82, *Intermills*, dove si afferma che, “benché ciascuna delle tre imprese industriali sia una persona giuridica distinta dalla vecchia società Intermills, tutte queste imprese costituiscono un solo gruppo, quanto meno con riguardo all'aiuto concesso dalle autorità belghe. La Commissione poteva quindi considerare l'intero gruppo come un'unica 'impresa' ai fini dell'applicazione dell'art. 92 del trattato” (punto 11). Analoga ricerca viene svolta con riguardo all'applicazione ai gruppi della giurisprudenza *Deggendorf*, in base alla quale un'impresa non può beneficiare di un nuovo aiuto mentre è soggetta ad un obbligo di restituzione di un aiuto incompatibile: sentenza della Corte di giustizia *AceaElectrabel*, punto 157 ss.

⁵³ Così sentenza del Tribunale del 29 giugno 2000, causa T-234/95, *DSG Dradenauer*, punto 124.

⁵⁴ Si veda tuttavia la domanda di pronuncia pregiudiziale del 3 dicembre 2019, nella causa *Sumal*, da parte della Audiencia Provincial de Barcelona, dove fra le questioni poste vi è quella relativa alla nozione di unità economica, venendo chiesto alla Corte di giustizia se tale nozione, ai fini della estensione della responsabilità della società controllante alle società controllate, debba fondarsi esclusivamente su “fattori relativi al controllo o se possa fondarsi anche su altri criteri, tra cui il fatto che la società controllata abbia potuto trarre beneficio dalle infrazioni”.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2015, causa C-357/14 P, *Electrabel SA*, punti 92, con riferimento alla circostanza che il vantaggio derivante alla società dalla misura di aiuto non si estendeva automaticamente ai suoi azionisti, e 116 s.

gli aiuti di Stato, è il regolamento 651/2014 in merito alla definizione di impresa⁵⁶. Nell'Allegato I, prendendo in esame le possibili relazioni all'interno di un gruppo, si distingue l'impresa "collegata" da quella "autonoma" o "associata", definendo "imprese collegate" quelle tra le quali esiste un controllo (dei diritti di voto) che si traduce in una reale influenza dominante di una sulle altre, ovvero nell'esercizio di un controllo effettivo. Come infatti precisato nello stesso Allegato, "[s]ussiste una presunzione *juris tantum* che non vi sia influenza dominante qualora gli investitori di cui al paragrafo 2, secondo comma, non intervengano direttamente o indirettamente nella gestione dell'impresa in questione, fermi restando i diritti che essi detengono in quanto azionisti"⁵⁷.

Con specifico riguardo alla materia degli aiuti di Stato, un riferimento, seppur indiretto, alla nozione di gruppo compare nella comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, dove si precisa che, "[a]i fini dell'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, diversi enti con personalità giuridica distinta possono essere considerati come una singola unità economica. Si considera quindi che tale unità economica costituisca l'impresa interessata. A tale riguardo, per la Corte di giustizia è rilevante l'esistenza di una quota di controllo e di altri legami funzionali, economici e organici"⁵⁸, facendosi poi espresso riferimento alle sentenze *AceaElectrabel* e *Cassa di Risparmio di Firenze*, relative l'una alla nozione di unità economica e l'altra alla qualificazione di impresa nel caso di una holding finanziaria.

Analogamente, ai fini della individuazione del beneficiario dell'aiuto in vista del suo recupero, la comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili prevede che, nel caso le imprese, "anche se considerate soggetti giuridici distinti dal diritto nazionale", appartengano ad un gruppo che a sua volta costituisce un'unità economica ai fini del diritto della concorrenza⁵⁹, la Commissione "può ingiungere allo Stato membro interessato di recuperare gli aiuti non soltanto dall'impresa che ne ha direttamente beneficiato, ma dall'intero gruppo di imprese che costituiscono un'unità economica"⁶⁰.

Infine, il termine "gruppo" compare ed è oggetto di espressa disciplina negli Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, dove si precisa che, "[p]er determinare se una società sia indipendente o faccia parte di un gruppo, si applicano i criteri di cui all'allegato

⁵⁶ Regolamento 651/2014, Allegato I. Vedi anche l'Allegato alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese. In dottrina, per tutti, G. CAGGIANO, *Il concetto d'impresa*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 59 ss.

⁵⁷ Regolamento 651/2014, Allegato I, art. 3, par. 3, co. 2. Sul punto, vedi sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2020, causa C-516/19, *NMI Technologietransfer*, punto 36 ss. Per una lettura in senso positivo della medesima presunzione in materia di concorrenza, vedi sentenza *Akzo Nobel*, punto 60. L'Allegato I è espressamente richiamato, al fine di determinare "se una società sia indipendente o faccia parte di un gruppo", nella comunicazione della Commissione, del 31 luglio 2014, Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà, 2014/C 249/01, in nota 28; vedi anche par. 2.2, punti 21 e 22 per il riferimento al "gruppo" di imprese. Analogo richiamo compare nel 4° 'considerando' del regolamento *de minimis*.

⁵⁸ Del 19 luglio 2016, 2016/C 262/01, par. 2.1, punto 11.

⁵⁹ Del 23 luglio 2019, 2019/C 247/01, par. 85.

⁶⁰ *Ivi*, par. 86.

I della raccomandazione 2003/361/CE”⁶¹. Il rinvio è, dunque, ai criteri utilizzati per la definizione di piccola e media impresa.

In tema di aiuti di Stato, non sempre necessariamente l’esistenza di collegamenti fra diverse entità giuridiche, cioè di un gruppo di imprese, configura, in virtù della natura dei legami intercorrenti fra le stesse, un’unità economica e ciò accade, di regola, sulla base dei criteri desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, salva diversa espressa volontà del legislatore dell’Unione. Così è avvenuto con il regolamento *de minimis*, dove, a tal fine, è stata introdotta la categoria dell’impresa unica come declinazione della nozione di unità economica. Ulteriore conseguenza è che, in assenza di una definizione univoca di unità economica, l’esistenza del legame unitario va accertata caso per caso, sulla base di indizi rinvenibili o nella fonte normativa o nella giurisprudenza della Corte.

Adottando questa chiave di lettura, appare evidente che comunque il fatto che più imprese costituiscano un’unica entità economica non consegue automaticamente all’esistenza di un rapporto di controllo, ma deve essere valutato alla luce dei concreti collegamenti esistenti fra le varie entità, tenendo anche conto della circostanza che se la coincidenza di interessi⁶² nel mercato non è di per sé determinante, in tema di aiuti, per l’esistenza di una unità economica⁶³, l’operare in mercati distinti può valere invece ad escluderla, così come del resto espressamente previsto dalla raccomandazione del 6 maggio 2003 per il caso in cui il collegamento tra imprese si realizzi per il tramite di un gruppo di persone fisiche⁶⁴.

Sempre con riguardo ai collegamenti fra le imprese all’interno di un gruppo, è da ritenere che si configuri un’unità economica quando il vantaggio di una delle imprese collegate si estende alle altre; condizione questa che potrebbe non sussistere quando la società beneficiaria operi in un settore di attività diverso da quello in cui sono presenti le altre società del gruppo, in quanto i contributi erogati a soggetti operanti in mercati diversi verosimilmente non rappresentano un elemento di rischio per la concorrenza e gli scambi tra Stati membri. Semmai, sempre nell’ottica di prevalenza della sostanza sulla forma, il quesito da porsi è se, al fine di risolvere le eventuali difficoltà interpretative in merito ai settori di mercato interessati, in assenza di

⁶¹ Comunicazione 2014/C 249/01, par. 2.2, punti 21 e 22, in nota 28.

⁶² Nell’ambito della disciplina delle intese, è stato ritenuto che vi sia una sola unità economica dal punto di vista dell’oggetto dell’accordo qualora una delle parti contraenti sia costituita da imprese “che abbiano un interesse identico e siano controllate dalla stessa persona fisica”: sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1984, causa 170/83, *Hydrotherm*, punto 11.

⁶³ Nel senso che la separazione giuridica e finanziaria fra due società, ai sensi della disciplina degli aiuti di Stato, non è messa in discussione dal fatto che dette imprese hanno interessi di mercato coincidenti, oltre ad avere in comune talune società controllate e taluni dirigenti, vedi sentenza del Tribunale del 25 giugno 1998, cause riunite T-371 e 394/94, *British Airways*, punto 315.

⁶⁴ Allegato alla raccomandazione 2003/361, art. 3, par. 3, co. 4: “a patto che esercitino le loro attività o una parte delle loro attività sullo stesso mercato in questione o su mercati contigui”, dove si considera mercato contiguo “il mercato di un prodotto o servizio situato direttamente a monte o a valle del mercato in questione” (co. 5). Vedi anche sentenza del Tribunale *AceaElectrabel*, punto 140, dove si precisa che fra i vari elementi presi in considerazione ai fini della sussistenza di un’unità economica figura anche “il perseguimento di attività economiche identiche o parallele”, unitamente al controllo e all’assenza di autonomia economica.

indicazioni al riguardo nel Quadro temporaneo, sia possibile ricorrere, ad esempio, alla nozione di mercato (rilevante)⁶⁵ desumibile dalla disciplina della concorrenza⁶⁶.

Al fine poi di colmare eventuali lacune del Quadro temporaneo, il regolamento *de minimis* costituisce sicuramente un modello di riferimento⁶⁷ per tale indagine, senza però che la definizione di “impresa unica” possa essere estesa per analogia alla nozione di impresa di cui in detto Quadro che non contiene alcun esplicito richiamo ad essa, né riconduce in alcun modo gli “aiuti di importo limitato”, di cui alla sezione 3.1, sotto la disciplina più ampia degli aiuti *de minimis*. In assenza, perciò, di una diversa scelta legislativa del singolo Paese, l’applicazione del Quadro temporaneo presuppone l’adozione della nozione di unità economica, così come rilevabile dalla giurisprudenza in materia, non solo richiamata nella già ricordata comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, ma anche confermata espressamente dal Tribunale, con riguardo ad una decisione adottata dalla Commissione alla luce del Quadro temporaneo, nella sentenza del 19 maggio 2021 relativa agli aiuti concessi alla KLM⁶⁸. In questa decisione, infatti, i giudici europei, chiamati a valutare l’appartenenza di Air France e di KLM ad un medesimo gruppo, hanno fatto ricorso alla nozione di unità economica, già utilizzata dalla Commissione per valutare i legami esistenti fra le società interessate⁶⁹.

La Commissione ha del resto avuto modo di modificare ad oggi ben cinque volte il Quadro temporaneo, ma in nessuna di tali occasioni ha ritenuto di dover specificare il significato da attribuire alla nozione di impresa in presenza di diverse entità tra loro collegate e costituenti quindi un gruppo, quale inteso, ad esempio, nel regolamento *de minimis*, di modo che l’unico riferimento rimane quello alla giurisprudenza formata in materia di singola entità economica. In aggiunta, nella decisione assunta dalla Commissione in merito alla compatibilità dell’art. 24 del decreto Rilancio con il Quadro temporaneo⁷⁰ non compare alcun riferimento a criteri specifici relativi alla nozione di impresa nel caso che il beneficiario sia un gruppo di imprese. Il tutto a riprova del fatto che lo Stato italiano non aveva inizialmente ritenuto di effettuare, neppure in sede di notifica, alcuna precisazione, vuoi nel

⁶⁵ Al riguardo la Commissione europea, nella Guida dell’utente alla definizione di PMI, Lussemburgo, 2020, reperibile *online*, precisa che mercati contigui sono “mercati in cui i prodotti o servizi sono complementari gli uni agli altri o appartengono a una serie di prodotti generalmente acquistata dal medesimo gruppo di clienti per lo stesso uso”, facendo quindi riferimento ai fini di una qualificazione di tali mercati alla definizione di mercato rilevante di cui alla disciplina della concorrenza. Per una definizione di prodotti o servizi complementari, si vedano gli Orientamenti del 18 ottobre 2006 relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, 2008/C 265/07, secondo cui: “i prodotti o servizi sono definiti ‘complementari’ (o ‘complementi economici’) quando per un cliente essi valgono di più se utilizzati o consumati assieme anziché separatamente” (nota n. 10). In generale, sulla nozione di mercato rilevante, si veda la comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997 sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, 97/C 372/03, par. 7.

⁶⁶ Vedi, in generale, M. S. FERRO, *Market Definition in EU Competition Law*, Cheltenham, 2019.

⁶⁷ Il regolamento *de minimis* potrà perciò soccorrere per l’interpretazione del Quadro temporaneo in relazione all’individuazione del beneficiario, ai fini al calcolo del massimale, nel caso, ad esempio, di operazioni di fusione o scissione che, non contemplate in detto Quadro, sono invece espressamente disciplinate all’art. 3, paragrafi 8 e 9 del regolamento.

⁶⁸ Causa T-643/20, *KLM*.

⁶⁹ *Ivi*, punto 44 ss., in specie punto 46.

⁷⁰ State Aid SA. 57429 (2020/N)-Italy, COVID-19: Tax exemptions and tax credits adopted as a consequence of the economic crisis caused by the COVID-19 outbreak (vedi *infra*, nota 73).

sensu di attribuire la connotazione di impresa alla singola entità giuridica, vuoi per introdurre criteri particolari per la determinazione dell'impresa destinataria degli aiuti, quali quelli previsti nel regolamento *de minimis*. In questo modo il nostro Paese avrebbe cristallizzato, fin da allora, la propria interpretazione ai fini dell'applicazione delle misure consentite dal Quadro temporaneo, ottenendo con ogni probabilità l'approvazione, anche solo implicita, da parte della Commissione, nel caso la misura non fosse rientrata fra quelle autorizzate dallo stesso Quadro temporaneo, a seguito dell'esame svolto sulla base dell'art. 108 TFUE, in più occasioni richiamato nel decreto. In assenza di precisazioni, la nozione di impresa doveva essere dunque ritenuta coincidente con quella di unità economica, come consolidata nella giurisprudenza, sempre che ne ricorressero le condizioni. Col decreto Sostegni, il legislatore italiano ha invece optato per la nozione di impresa unica. Neppure in questo caso la decisione della Commissione del 9 aprile 2021, SA.62495, contiene però un riferimento espresso a tale nozione, non comparando del resto l'art. 1, co. 17, fra le basi giuridiche delle modifiche notificate⁷¹. Quest'ultima osservazione potrebbe, tuttavia, assumere un qualche rilievo sul piano della legittimità della scelta legislativa, in quanto, da un lato, è indubbio che lo Stato interessato possa definire, in via restrittiva, i limiti delle misure di aiuto di cui vuole effettivamente avvalersi in coerenza con il quadro di compatibilità delineato dalla Commissione; dall'altro, è altrettanto vero che senza tale specificazione la nozione di impresa andrebbe di regola intesa nel significato ad essa attribuito dalla Commissione nel Quadro temporaneo e che dunque, per derogare a tale regola, occorre una approvazione, anche implicita, della stessa Commissione, che, in linea teorica, potrebbe sempre ritenere la diversa definizione del perimetro dei destinatari delle misure non compatibile con detto Quadro temporaneo.

5. Sul piano interno, il problema del significato da attribuire alla nozione di impresa ha assunto immediatamente una particolare importanza in sede di applicazione delle misure introdotte dal nostro Paese, in conformità al Quadro temporaneo mediante diversi decreti-legge, con i quali sono stati regolamentati regimi di aiuto destinati a fronteggiare l'emergenza COVID-19. In particolare, il decreto Rilancio si pone in larga misura in continuità con la comunicazione C(2020)3156, che ha modificato per la seconda volta il Quadro temporaneo, introducendo al titolo II (Sostegno alle imprese e all'economia), capo I (Misure di sostegno), articoli 24-52, delle agevolazioni anche fiscali⁷², fra cui, in particolare, l'esenzione (parziale) dal

⁷¹ Vedi sezione 2.2 (Legal basis), punto (8) che così recita: “[T]he legal basis of the modified amendments is article 28 ‘Regime-Quadro per l’adozione di misure di aiuti di Stato per l’emergenza COVID-19’ of the Decree-Law No. 41 of 22 March 2021, which amends articles 54, 55, 56, 57, 60, 60-bis and 61 of the Decree-law No. 34 of 19 May 2020, converted in the Law No. 77 of July 2020”.

⁷² I vari regimi di aiuto previsti dal decreto Rilancio sono stati notificati alla Commissione che li ha approvati in base al Quadro temporaneo (SA.57021), che, per effetto della proroga intervenuta con il quinto emendamento, cesserà di essere applicabile il 31 dicembre 2021: vedi sezione 5 (Disposizioni finali). In data 2 ottobre 2020, la Commissione europea ha proposto una estensione di tale disciplina temporanea al 30 giugno 2021 (*Coronavirus: dichiarazione della Commissione sulla consultazione degli Stati membri in merito alla proposta di prorogare ed adeguare il quadro temporaneo per le misure di aiuti di Stato*, reperibile *online*). In senso critico nei riguardi della scelta del Governo di muoversi nell'alveo del par. 3, lett. b) dell'art. 107 TFUE, anziché, come avvenuto per altri Paesi, del par. 2, lett. b), vedi G. LITURRI, *Tutti i difetti degli aiuti di Stato concessi dal governo*, 16 novembre 2020, reperibile *online*.

pagamento dell'IRAP. L'art. 24 disponeva infatti in merito alla possibilità per le società che avessero registrato ricavi nel 2019 non superiori a 250 milioni di euro di non versare il saldo IRAP per l'anno 2019 e la prima rata di acconto per il 2020⁷³.

La norma, come già osservato, non contiene alcuna precisazione in relazione al significato da attribuire alla nozione di "impresa" e quindi alla riferibilità del limite (iniziale) di 800.000 euro (elevato, a seguito della notifica del 12 aprile 2021, a 1.800.000 euro)⁷⁴. Al riguardo, il co. 3 dello stesso art. 24 si limita a precisare che l'agevolazione fiscale in oggetto può essere usufruita "nel rispetto dei limiti e delle condizioni previsti dalla Comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020", vale a dire del Quadro temporaneo. Sta di fatto che detto Quadro temporaneo, a sua volta, alla sezione 3.1, punto 22, lett. a), laddove prevede il limite suddetto (attualmente) di 1.800.000 euro, non contiene alcuna indicazione specifica circa il significato da attribuire alla nozione di "impresa", limitandosi a prescrivere che gli aiuti temporanei alle imprese, anche sotto forma di agevolazioni fiscali, saranno considerati compatibili con il mercato interno se "l'aiuto non supera 1,8 milioni di EUR per impresa".

Come rilevato nella circolare Assonime del 24 giugno 2020⁷⁵, si era subito posto il problema interpretativo della disposizione in considerazione con riferimento alla determinazione del massimale in caso di società tra loro collegate e quindi, nella comune accezione del termine, appartenenti ad un medesimo gruppo⁷⁶, tanto da indurre la stessa Assonime ad inviare al Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) una richiesta di parere, senza tuttavia, ricevere una risposta formale, ma unicamente la rassicurazione, per vie brevi, che la questione era oggetto di interlocuzione con la Commissione europea e che il Governo confidava in una soluzione positiva. In mancanza di precisazioni da parte del legislatore e stante la genericità della formulazione utilizzata dalla Commissione, l'atteggiamento di numerose imprese italiane era stato quello di identificare con il termine impresa la singola entità giuridica beneficiaria della misura agevolativa, con conseguenze immediate di significativo rilievo nel caso di imprese appartenenti a gruppi societari, dove ognuna delle singole unità aveva ritenuto di poter usufruire del beneficio.

Una diversa indicazione giungeva, però, con la circolare del Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei ministri datata 18 giugno 2020⁷⁷, ma resa pubblica solo il 27 ottobre 2020, con la quale veniva chiarito che la

⁷³ L'approvazione dello sgravio IRAP di cui al citato art. 24 è avvenuta con la decisione C(2020)4447 del 26 giugno 2020 (SA.57429).

⁷⁴ In merito alla notifica della misura di innalzamento di tale limite, vedi *supra*, nota 48.

⁷⁵ Assonime, circolare del 24 giugno 2020, n. 12, IRES e IRAP - Modalità e termini di versamento del saldo relativo al 2019 e degli acconti dovuti per il 2020, reperibile *online*.

⁷⁶ Come si legge nella circolare, il dubbio si è posto "in quanto il Quadro temporaneo prevede che le misure di carattere temporaneo da esso previste possono cumularsi con gli aiuti che 'ricadono nell'ambito di applicazione del regolamento *de minimis*' il quale, come ben noto, prevede un limite quantitativo che opera, per l'appunto, a livello di gruppo" (a p. 14, in nota 20). Nella Circolare ci si chiede dunque, se, in ragione della possibilità di cumulo con gli aiuti *de minimis*, a porsi come paradigma ermeneutico debba essere la nozione, specifica, di impresa unica, che, ai fini appunto del cumulo, disciplina i gruppi nel regolamento *de minimis*, e non a quella, generica, di unità economica, formatasi, sempre con riguardo ai gruppi, nella giurisprudenza e destinata ad essere declinata, nel caso, nelle singole regolamentazioni di settore.

⁷⁷ Aiuti di Stato_Misure Covid-19_Regime-quadro di cui agli articoli da 53 a 64 del DL 19 maggio 2020, n. 34. Chiarimenti e indicazioni operative, reperibile *online*.

nozione di “impresa” di cui al Quadro temporaneo deve intendersi riferita a quella generalmente assunta nel diritto della concorrenza, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Ne conseguiva che “le verifiche sul rispetto delle soglie e del cumulo devono essere effettuate rispetto non alla singola impresa, ma rispetto al concetto di unità economica, anche nel caso in cui un’unità economica ricomprenda diverse entità giuridiche”. Ulteriore conseguenza, secondo il Dipartimento per le Politiche Europee, era che, “quando si fa riferimento a soglie e limiti di cumulo per impresa, il calcolo deve essere effettuato rispetto all’unità economica a cui la singola impresa appartiene”⁷⁸, identificando tale “unità economica” con il “gruppo”. Viene infatti precisato, con riferimento agli aiuti di cui alla sezione 3.1 del Quadro temporaneo, che, “se si è in presenza di diverse entità legali che fanno tutte parti di uno stesso gruppo, è il gruppo che deve essere considerato “impresa” ai fini della soglia massima di 800.000 euro del sostegno”⁷⁹.

Di fronte alla diffusa preoccupazione creata da tale precisazione, che poneva numerose imprese nella condizione di aver superato il limite degli 800.000 euro, lo stesso Dipartimento segnalava, come riportato dagli organi di stampa, che non sussisteva alcun pericolo che le imprese italiane dovessero restituire parte delle agevolazioni che fossero considerate dalla Commissione come eccedenti i limiti previsti dal Quadro temporaneo⁸⁰, senza tuttavia specificare il fondamento in diritto di tale affermazione⁸¹.

Sta di fatto che l’interpretazione secondo cui la nozione di impresa andasse intesa nella accezione di unità economica sarebbe stata supportata dall’esito di contatti informali intervenuti con la Commissione già a partire dai primi di giugno 2020, come precisato dalla stessa Commissione nella risposta formulata il 5 novembre 2020 a seguito di un quesito sul tema presentato dalle Regioni italiane⁸². La Commissione aveva, infatti, colto l’occasione per riaffermare la necessità di far riferimento alla nozione di impresa che compare nella comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, precisando che nel caso di gruppi di imprese questi possono costituire “one economic unit for the purposes of the application of State aid rules, *in casu*, the Temporary Framework, as already confirmed early June 2020 at a technical level to the Department of European Policies” e soprattutto che tale unità economica “is then to be considered to be relevant undertaking”. La conseguenza è che “[t]his notion is not limited to State Aid, but apply in all sectors covered by European Law and no discretionary interpretation may be applied (even by the Commission’s services)”.

Qualche dubbio sulla volontà del legislatore italiano di attenersi alla indicazione fornita dalla Commissione poteva però sorgere, col senno di poi, dalla lettura della risposta del MEF, in occasione del *question time* in Commissione VI Finanze, n. 5-05005, On. Bignami e Osnato⁸³, con cui viene ribadita la validità delle indicazioni contenute nella menzionata circolare del Dipartimento per le Politiche

⁷⁸ *Ivi*, p. 10.

⁷⁹ *Ibidem*, nota 10.

⁸⁰ Nota ANSA del 29 ottobre 2020, *Governo, nessun rischio restituzione aiuti a imprese*, reperibile *online*.

⁸¹ Per una ricostruzione degli avvenimenti, v. CONFINDUSTRIA, *Nozione di impresa e Quadro temporaneo sugli aiuti di Stato. Nota di Aggiornamento*, 3 novembre 2020, reperibile *online*.

⁸² *Ivi*, p. 4.

⁸³ Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Allegato B ai resoconti, seduta del 17 novembre 2020, p. 16119 s., reperibile *online*.

Europee. Nella risposta del MEF viene, infatti, richiamata, congiuntamente alla nozione di unità economica, correttamente indicata dagli interroganti, anche quella di “‘impresa unica’ sostenuta dalla Commissione europea” e ricavabile da detta circolare, che non consente di intendere la predetta nozione – ovvero quella di impresa unica – “con riferimento alla singola impresa, dovendosi, invece, considerare l’unità economica consistente nel gruppo di imprese soggette a controllo giuridico o economico”. La prima ed immediata osservazione è che la nozione di impresa unica, propria del solo regolamento *de minimis*, viene (erroneamente) considerata come coincidente con quella di unità economica, che mantiene invece un significato distinto nel diritto della concorrenza e in quello degli aiuti. L’inesattezza di tale uso promiscuo delle due nozioni era palese e non contribuiva di certo a fare chiarezza.

Veniva, infine, precisato dal MEF che lo sforzo del Governo era quello di ottenere dalla Commissione il consenso alla riconducibilità della agevolazione prevista all’art. 24 del decreto Rilancio alla nuova sezione 3.12 del Quadro temporaneo⁸⁴, che, introdotta con il quarto emendamento, contempla, come già rilevato, una nuova categoria di aiuti ammissibili, sotto forma di sostegno a costi fissi non coperti sostenuti nel periodo compreso tra il 1° marzo 2020 e il 30 giugno 2021, compresi i costi sostenuti per una parte di tale periodo (tempo ammissibile). L’aiuto era concesso alle imprese che avevano subito un calo di fatturato nel periodo ammissibile di almeno il 30% rispetto allo stesso periodo nel 2019 e l’importo complessivo dell’aiuto non doveva superare 3 milioni di euro per impresa⁸⁵. In altre parole, l’obiettivo del MEF era ottenere il riconoscimento di un limite più alto proprio perché il limite di 800.000 euro riguarda l’intero gruppo di appartenenza e non la singola impresa. Si legge infatti nella risposta che tale “iniziativa si è resa indispensabile in conseguenza della nozione di impresa unica ritenuta applicabile dalla Commissione europea anche alla disciplina di aiuti adottata mediante il richiamato Temporary framework”.

L’errore in cui è caduto il MEF è palese e ha contribuito ad accrescere le incertezze applicative, attribuendo per di più alla Commissione la responsabilità della affermazione che la nozione di impresa dovesse essere intesa come riferita alla impresa unica, così come – si deve ritenere – contemplata dalla disciplina *de minimis*, la sola che, in materia di aiuti, la preveda espressamente. In realtà, il riferimento, sul piano definitorio, ai fini della qualificazione della nozione di impresa nell’ambito degli aiuti, alle categorie e ai criteri utilizzati nel regolamento *de minimis*, per lo meno per quanto riguarda la disciplina del cumulo nel caso di diverse entità giuridiche appartenenti ad un unico gruppo, oltre ad essere criticabile, anche solo perché non distingue per settore d’attività, mancava, comunque, in quel momento, di fondamento. Le nozioni di impresa unica e di unità economica sono alquanto affini, ma non possono dirsi completamente equivalenti perché ognuna

⁸⁴ G. PARENTE, *Interlocuzione con Bruxelles per il limite più alto dei 3 milioni di euro*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 novembre 2020.

⁸⁵ Si veda al riguardo l’art. 107 del d.d.l. relativo al bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2021 e il bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023, ora art. 1, co. 627, l. 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021), che ha introdotto l’art. 60-bis nel decreto Rilancio, approvato dalla Commissione il 15 dicembre 2020, SA.59827 COVID-19: Amendment to SA.57021 – Regime Quadro – addition of aid measure 3.12 of the Temporary Framework. Con il quinto emendamento, come già rilevato, l’importo massimo possibile è stato elevato da 3 a 10 milioni di euro.

rinvia ad una particolare configurazione delle relazioni fra le imprese all'interno di un gruppo.

Quanto poi alla soluzione prospettata di fissare, di fatto, un nuovo limite di 3 milioni di euro, senza peraltro aver ottenuto una formale conferma dalla Commissione, va osservato che tale estensione avrebbe avuto comunque, sul piano pratico, dei significativi limiti applicativi. Del resto, le condizioni poste dalla citata sezione 3.12 hanno fatto inizialmente dubitare della possibilità stessa, sul piano interpretativo, di ricondurre molte delle situazioni di cui all'art. 24 del decreto Rilancio nella nuova disposizione.

La questione si rivelava peraltro di urgente soluzione per quelle imprese che avrebbero dovuto entro il 30 novembre 2020 sanare eventuali errori commessi in sede di applicazione dell'art. 24 del decreto Rilancio. Il c.d. decreto Ristori-*quater*⁸⁶ aveva perciò prorogato dal 30 novembre al 30 aprile 2021 il termine entro il quale le imprese non in regola con il cumulo di 800.000 euro (ora, di 1.800.000 euro), per effetto dell'errata applicazione della previsione di esonero di cui al citato art. 24, erano tenute a versare l'IRAP, senza applicazione di sanzioni e interessi. Sta di fatto che il MES, con comunicato del 30 aprile 2021, ha annunciato un'ulteriore proroga al 30 settembre 2021 di tale termine⁸⁷.

A questo punto della narrazione, occorre dare atto del nuovo quadro normativo delineato dal decreto Sostegni. La novità rispetto al passato è rappresentata dal fatto che detto decreto contiene, per la prima volta, una definizione espressa del termine "impresa", venendo precisato che esso deve essere inteso come impresa unica. Vale a dire che è stato così smentito tutto quanto fino a quel momento sostenuto circa la necessità di interpretare la nozione di impresa come unità economica, mentre la posizione nel frattempo assunta dal MEF, e criticata nel presente scritto, risponderebbe, invece, alla effettiva volontà del legislatore che, seppur tardivamente, ha trovato modo di esplicitarsi nel decreto Sostegni. Con la precisazione contenuta in quest'ultimo decreto troverebbe dunque (solo) apparentemente soluzione la questione insorta fin dai primi provvedimenti di attuazione del Quadro temporaneo e relativa, appunto, al significato da attribuire alla nozione di impresa nel caso di aiuti di cui siano destinatarie società appartenenti ad un gruppo.

La scelta legislativa, per quanto legittima, non pare convincente per una serie di considerazioni già in parte svolte, con riguardo anche alla applicazione concreta della nozione di impresa unica nel contesto normativo delineato dal decreto Sostegni e dai provvedimenti legislativi che l'hanno preceduto.

Giova premettere che il concetto di impresa unica non era presente nella giurisprudenza comunitaria, dove invece compare la locuzione "unità economica", ma è stato introdotto nell'ambito della disciplina degli aiuti dal regolamento *de minimis*, ai sensi del quale un gruppo di imprese collegate viene considerato un unico soggetto ai fini della imputabilità dell'aiuto e dell'applicazione del relativo massimale. Ad avviso della Commissione, il concetto di impresa unica deriverebbe, invece, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al caso di un aiuto concesso nei

⁸⁶ Art. 1 del d.l. 30 novembre 2020, n. 157, poi confluito nella legge di conversione del c.d. decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, art. 13-*quinquies*, co. 6.)

⁸⁷ La proroga compare ora nell'art. 1 della l. 21 maggio 2021, n. 69, di conversione, con modificazioni, del decreto Sostegni.

Paesi Bassi a benzinai ubicati nei pressi del confine tedesco⁸⁸. In realtà, la questione aveva ben poco a che fare con l'appartenenza ad un gruppo, trattandosi piuttosto di un problema di ricaduta di un aiuto concesso ad una determinata entità giuridica su un altro soggetto. Il richiamo, pertanto, alla giurisprudenza della Corte per sostenere "l'ineluttabilità" dell'introduzione del concetto di "impresa unica" sarebbe forzato e poco lineare, se non addirittura pretestuoso⁸⁹, anche se ora il principio in questione è divenuto parte integrante della disciplina del *de minimis*.

È vero, invece, come già osservato, che, in base alla giurisprudenza della Corte, non vi è alcuna corrispondenza necessaria fra l'appartenenza di diverse entità giuridiche ad un gruppo e la nozione di impresa unica piuttosto che di unità economica, dipendendo la declinazione di queste nozioni dalle scelte regolamentari della Commissione. Del pari l'esistenza delle condizioni per la sussistenza di un'unità economica è rimessa alla valutazione della Commissione, che gode al riguardo, nel campo degli aiuti, di ampia discrezionalità⁹⁰. In assenza di una diversa indicazione, la riconducibilità di un gruppo di imprese nella nozione di unità economica va, dunque, correttamente determinata, di volta in volta, vuoi sulla base dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia vuoi, quando ne sussistano i presupposti, nella sua accezione "di base", come risulta dalla raccomandazione 2003/361 e dall'Allegato I del regolamento 651/2014, oggetto di specifico richiamo nel 4° 'considerando' del regolamento *de minimis* allo scopo di evidenziare la specificità della nozione di "gruppo" in quest'ultimo accolta.

Ciò premesso, dovendosi assumere, come precisato dal legislatore, che la nozione di impresa vada intesa, secondo il dato letterale del decreto Sostegni, nella sua accezione di impresa unica, così come contemplata nel regolamento *de minimis*, si tratta di valutare quali ne siano le conseguenze sul piano applicativo nel caso, preso come esempio, della esenzione IRAP, in relazione alla verifica del massimale di 1.800.000 euro. La prima osservazione è che, così come avviene per l'aiuto *de minimis*, il rispetto deve essere verificato tenendo conto non solo dell'importo riferibile ad una singola impresa, ma anche di tutti gli aiuti riconducibili alla sezione 3.1 del Quadro temporaneo e ottenuti da tutte le imprese che insieme ad essa costituiscono una impresa unica, sulla base dei criteri indicati nei vari regolamenti *de minimis* relativi ai singoli settori di intervento. Ad esempio, il regolamento 1407/2013, all'art. 2, par. 2, chiarisce che costituisce una "impresa unica" l'insieme delle imprese tra le quali esiste almeno una delle relazioni che vengono indicate nelle lettere da a) a d), anche per il tramite di una o più altre imprese⁹¹.

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2002, causa C-382/99, *Paesi Bassi c. Commissione*.

⁸⁹ C. E. BALDI, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. Manuale critico ad uso delle amministrazioni e delle imprese*, Rimini, 2016, p. 141.

⁹⁰ Sentenza *DSG Dradenauer*, punti 124 e 125. Vedi anche sentenza della Corte di giustizia *AceaE-lectrabel*, punto 63.

⁹¹ In base all'art. 2, par. 2 del regolamento n. 1407/2013, "s'intende per 'impresa unica' l'insieme delle imprese fra le quali esiste almeno una delle relazioni seguenti: a) un'impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di un'altra impresa; b) un'impresa ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione o sorveglianza di un'altra impresa; c) un'impresa ha il diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in virtù di un contratto concluso con quest'ultima oppure in virtù di una clausola dello statuto di quest'ultima; d) un'impresa azionista o socia di un'altra impresa controlla da sola, in virtù di un accordo stipulato con altri azionisti o soci dell'altra impresa, la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o soci di quest'ultima. Le imprese fra le quali intercorre una delle relazioni di cui al primo comma, lettere da a)

A conferma della “specialità” della nozione così introdotta, la definizione di impresa unica si differenzia, in particolare, dai criteri utilizzati nel quadro della definizione di piccola o media impresa, come rinvenibili nella raccomandazione 2003/361⁹² e nell’Allegato I del regolamento 651/2014⁹³. A ciò si aggiunge che, come già osservato, in base all’espressa specificazione di cui al 4° ‘considerando’ del regolamento *de minimis*, ai fini della individuazione di una “impresa unica” vengono in considerazione solo le imprese tra loro collegate all’interno di uno stesso Stato membro. Secondo, infatti, quanto confermato dalla stessa Commissione in risposta ai vari quesiti ad essa posti⁹⁴, nel caso di un gruppo di imprese controllate da una holding ubicata in uno Stato diverso da quello in cui hanno sede le singole imprese, ciascuna di esse andrebbe considerata come impresa autonoma ai fini dell’applicazione del regolamento *de minimis*. Le ragioni di tale trattamento differenziato rispetto all’ipotesi che anche la holding sia ubicata nello stesso Stato di sede delle singole imprese appartenenti al gruppo in questione sono state individuate dalla Commissione nell’esigenza di pervenire “ad un buon compromesso, in ragione dell’evidente difficoltà per le autorità competenti di verificare ciò che accade in altri Stati membri”. A parte la difficoltà di adattare tale soluzione alle situazioni in cui la presenza in Italia della società straniera si realizzi attraverso sedi secondarie, e non società distinte, rimane il fatto che essa introduce un trattamento di favore per i gruppi internazionali a detrimento delle holding presenti in un unico Stato membro.

Non è tuttavia questa l’unica discrepanza della formulazione del regolamento *de minimis* rispetto alla raccomandazione 2003/361 e all’Allegato I del regolamento 800/2008. Queste ultime norme stabiliscono infatti una presunzione negativa che non vi sia influenza dominante qualora ad esercitare il controllo siano talune tipologie di investitori (art. 3, par. 2, dell’Allegato alla raccomandazione), fra i quali le società pubbliche di partecipazione, società di capitale di rischio, e, a determinate condizioni, persone fisiche o gruppi di persone fisiche. Come invece precisato nel 4° ‘considerando’ del regolamento *de minimis*, ad essere escluse dalla nozione di impresa unica sono unicamente le imprese la cui unica relazione è rappresentata da un legame diretto con lo stesso organismo di diritto pubblico. Il mancato recepimento all’interno del regolamento *de minimis* di taluni dei criteri impiegati per definire le “imprese collegate” nel quadro della definizione delle PMI comporta, sulla base di una interpretazione letterale e restrittiva, che la nozione di gruppo rilevante ai fini dell’impresa unica sia più ampia di quella strumentale alla unità economica contenuta nella raccomandazione 2003/361 e nell’Allegato I del regolamento 800/2008,

a d), per il tramite di una o più altre imprese sono anch’esse considerate un’impresa unica”. Nell’ambito stesso della disciplina *de minimis*, la nozione di impresa unica può peraltro assumere un diverso significato in relazione alle origini e alle finalità dello strumento in cui viene utilizzata. Accade così che, dovendosi interpretare la nozione di impresa unica nel contesto del regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, del 25 aprile 2012, relativo all’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di importanza minore (‘*de minimis*’) concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, occorre tenere conto, come evidenziato dalla Commissione, “delle diverse esigenze di specificità, quali appunto quelle relative ai SIEG”: EUROPROJECT, *Nozione di “impresa unica” nei regolamenti de minimis. I nostri quesiti e le risposte della Commissione*, 15 gennaio 2015, reperibile *online*, p. 10.

⁹² Art. 3, par. 3 dell’Allegato.

⁹³ Art. 3, par. 3.

⁹⁴ EUROPROJECT, *op. cit.*, *passim*; vedi anche C. E. BALDI, *op. cit.*, p. 142 ss.

comprendendo, ad esempio, anche società partecipate da investitori istituzionali, ma tra loro completamente indipendenti.

Diverso è anche il rilievo che assumono nel regolamento *de minimis*, ai fini del calcolo dei parametri dimensionali, rispetto a quanto previsto per le soglie delle PMI, i collegamenti fra diverse entità, in quanto per il primo vengono in considerazione solo quelli per il tramite di altre imprese, mentre per il secondo sono considerate imprese collegate anche quelle fra le quali intercorre una relazione per il tramite “di persone fisiche che agiscono di concerto”. L’assenza di tale riferimento è stata ritenuta non già una dimenticanza, bensì, più probabilmente, “come un orientamento volto a sfumare, ai fini dell’applicazione della normativa *de minimis*, alcuni vincoli e alcuni legami previsti in relazione alla definizione di piccole e media impresa”⁹⁵. Lo scopo sarebbe, infatti, di alleggerire l’onere di verifica delle condizioni, così come avviene per il riferimento alle imprese che operano sullo stesso mercato o su mercati contigui che non compare nel regolamento *de minimis*, a conferma del fatto che la nozione assunta come presupposto per accertare l’esistenza di una unità economica è basata su elementi sostanziali, legati alla attività effettivamente svolta dagli operatori economici, mentre quella relativa all’impresa unica dà rilievo ad elementi formali di più facile verifica⁹⁶ anche da parte dell’amministrazione pubblica⁹⁷.

In tale prospettiva, la distinzione fra unità economica e impresa unica assume una rilevanza particolare sul piano pratico, in quanto, in linea di principio, non pare sia possibile un’interpretazione estensiva della seconda nozione, alla luce della precisazione operata dalla Commissione nel citato 4° ‘considerando’ di aver volutamente “scelto i criteri appropriati” ai fini dell’applicazione *de minimis*, che quindi possono non corrispondere a quelli utilizzati in relazione alla definizione delle piccole e medie imprese, essendo destinati ad operare in contesti differenti. Non a caso, del resto, nello stesso 4° ‘considerando’ si legge che la scelta dei parametri relativi all’impresa unica è stata effettuata “per garantire la certezza del diritto e ridurre l’onere amministrativo”, chiamato così a gestire un “elenco esauriente di criteri chiari”, senza dover procedere alle necessarie valutazioni e approfondimenti richiesti dall’accertamento dell’unità economica. Nessun dubbio, quindi, sul fatto che la nozione di impresa unica è stata ritenuta di più agevole applicazione specie al fine dei successivi controlli.

In conclusione, nel regolamento *de minimis* viene dato rilievo determinante, ai fini di configurare un’impresa unica, ai soli elementi indicati nello stesso regolamento⁹⁸, secondo un’interpretazione che quindi valorizza, in maniera rigida, la mera

⁹⁵ Assonime, circolare n. 10, p. 19.

⁹⁶ Vedi in tal senso la risposta della Commissione al quesito sottoposto e relativo all’applicazione del concetto dell’impresa unica ai c.d. “incubatori”, dove gli effetti di una interpretazione letterale potrebbero rivelarsi “devastanti”. La risposta è stata che il regolamento *de minimis* “non ammette alcun tipo di via di mezzo” e che pertanto non vi è spazio per una interpretazione che tenga “conto più della sostanza che dell’aspetto formale” (EUROPROJECT, *op. cit.*, p. 13 s.). In tal modo viene anche implicitamente escluso che possa assumere un qualche rilievo il settore di attività delle singole imprese “incubate”.

⁹⁷ Si veda, ad esempio, il decreto MISE del 14 dicembre 2020, in attuazione dell’art. 40 del decreto Rilancio sulle “Misure di sostegno alle micro, piccole e medie imprese titolari del servizio di distribuzione di carburanti nelle autostrade per il periodo di emergenza da COVID-19”, dove viene fatto espresso riferimento alla nozione di impresa unica.

⁹⁸ EUROPROJECT, *op. cit.*, p. 2, dove si riporta la risposta fornita da funzionari della DG Concorrenza, nel senso che ai fini dell’identificazione dell’impresa unica “rilevano soltanto le fattispecie individuate

partecipazione di maggioranza e l'esistenza di diritti di controllo, analogamente a quanto avviene per le concentrazioni, a prescindere dal loro esercizio effettivo. Diversamente, per l'unità economica, occorre che al dato formale si accompagni quello sostanziale⁹⁹. In altre parole, dopo aver identificato le principali relazioni e altre circostanze rilevanti che possono dar luogo ad una influenza determinante nei confronti della società interessata, che operi nel medesimo settore o in uno contiguo, occorre verificare che la controllante non solo abbia la possibilità concreta di esercitare tale influenza, – senza cioè ostacoli, quali eventuali obblighi regolatori o di legge – ma anche la eserciti effettivamente, salvo l'operare al riguardo della relativa presunzione cui già si è fatto cenno.

Fra le questioni che rimarrebbero a questo punto irrisolte sul piano interpretativo vi è da menzionare quella del controllo congiunto, quando cioè una società risulti dominata non già da un solo soggetto, bensì da due o più insieme tra loro, che, in base alla decisione del caso *AceaElectrabel*¹⁰⁰, è sussumibile, insieme al controllo solitario, nella categoria di controllo, riportandosi entrambe al concetto di influenza determinante ai fini del configurarsi di un'unica entità economica. Indicazioni in tal senso sono rinvenibili anche nella Comunicazione consolidata¹⁰¹ e nella Guida dell'utente alla definizione di PMI, dove la Commissione riporta, fra gli esempi di relazioni che potrebbero dar luogo ad una influenza dominante, quella in cui “un azionista ha diritti di veto sulle decisioni strategiche dell'impresa, sebbene non abbia da solo il potere di imporre decisioni”¹⁰².

Per quanto riguarda, invece, l'impresa unica, il dubbio può sorgere, in quanto l'art. 2, par. 2 del regolamento *de minimis* parrebbe fare riferimento solo all'ipotesi di controllo solitario, anche se nella lett. c) il riferimento è più genericamente alle situazioni di influenza determinante riconducibili a vincoli contrattuali o statuari, senza tuttavia che da tale previsione venga fatto discendere, nella prassi, un effettivo ampliamento della sfera di applicazione della norma. Stante dunque l'incertezza sul punto¹⁰³, l'atteggiamento dell'operatore non può che essere di prudenza, tenendo conto anche delle situazioni di controllo congiunto nella definizione del perimetro dell'impresa unica rilevante al fine del calcolo dei massimali¹⁰⁴.

Risulta a questo punto del tutto evidente come la scelta del legislatore di riferirsi alla nozione di impresa unica per l'applicazione del Quadro temporaneo, preferendola a quella di unità economica, rappresenti una opzione per lo meno opinabile,

nella definizione di ‘impresa unica’ all'Art. 2(2)”.

⁹⁹ La questione, come già ricordato, è oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato che, nell'ambito dell'art. 102 TFUE, muovendo dalla nozione di unica entità economica e dal fatto che, in base al diritto interno, l'attività di direzione e coordinamento, al di fuori delle ipotesi di controllo societario, deve essere dimostrata in concreto, chiede alla Corte di giustizia, con riguardo ad una ipotesi di coordinamento contrattuale, e quindi in merito alla natura e consistenza degli indici rivelatori del legame strutturale che devono intercorrere per configurare un'unica entità economica ai fini antitrust, quali siano i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE (v. la citata ordinanza 7 dicembre 2020, n. 7713).

¹⁰⁰ In particolare, sentenza del Tribunale, punto 114.

¹⁰¹ Par. 3 (Controllo congiunto).

¹⁰² Cfr. p. 36.

¹⁰³ Sull'applicazione, ad esempio, del concetto di “impresa unica” ai contratti di franchising, e quindi di controllo di fatto, vedi EUROPROJECT, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁴ Assonime, circolare n. 10, p. 27.

che pare dettata unicamente dalla volontà di estendere a tutti i casi in cui ricorra la necessità di accertare il rispetto di massimali di aiuto i criteri propri del regolamento *de minimis* ritenuti di più facile applicazione. Rimangono, tuttavia, irrisolti i problemi interpretativi posti dalla presenza tra i beneficiari di aiuti di gruppi, in specie multinazionali, e anzi divengono ancora più incerti i confini dell'applicazione della normativa vigente. Non è lecito dubitare della ampia discrezionalità di cui gode ciascuno Stato membro nel fissare i criteri attuativi delle misure contemplate nel Quadro temporaneo, che rimangono comunque soggetti alla valutazione di compatibilità da parte della Commissione, ma allo stesso tempo va osservato che l'utilizzo, ai fini interpretativi, della nozione di impresa unica non era l'unica opzione e neppure probabilmente la più opportuna.

6. In conclusione, non vi è nel Quadro temporaneo alcuna indicazione su un significato "speciale" da attribuire alla nozione di impresa. Di regola l'impresa deve essere perciò intesa come unità economica, quando ne ricorrano le connotazioni specifiche rinvenibili nella disciplina sugli aiuti di Stato, traendo ulteriori indicazioni, ove possibile, dalla giurisprudenza formatasi con riguardo ai gruppi di imprese in tema di concorrenza in generale. La nozione di unità economica si distingue, così, da quella di impresa unica e ogni assimilazione delle due nozioni sarebbe errata. Ogni Stato membro rimane comunque libero, in sede di adozione di misure ricomprese nel Quadro temporaneo, di accogliere una nozione diversa da quella di unità economica, ricorrendo, come ha fatto, ad esempio, il nostro legislatore, al criterio dell'impresa unica. Per far questo è occorsa però l'adozione di un atto (decreto-legge) idoneo sul piano delle fonti, non essendo di certo sufficiente la risposta ad una interrogazione parlamentare, come avvenuto nel caso del MEF.

Resta il fatto che, per interpretare le norme introdotte in attuazione del Quadro temporaneo, per espressa scelta del legislatore, si deve, diversamente da quanto si poteva ritenere, far riferimento alla nozione di impresa unica, di cui al regolamento *de minimis*. Ne derivano due distinte conseguenze. Anzitutto, rilevano, senza ombra di dubbio, ai fini del massimale, solo i legami di gruppo che si realizzino all'interno di uno stesso Stato membro, con esiti illogici a fronte di imprese collegate ma appartenenti a Paesi diversi rispetto a fattispecie analoghe ma che si esauriscono entro i confini nazionali; in secondo luogo, la nozione di impresa unica non ammette, diversamente da quella di unità economica, una distinzione basata sul grado di omogeneità dell'attività svolta dalle società che ne fanno parte. L'esistenza di gruppo, perché si possa configurare un'impresa unica, presuppone comunque, al di là dei criteri puntuali e particolarmente riduttivi previsti nel regolamento stesso, che la società capogruppo possa qualificarsi essa stessa come impresa, come deciso nella sentenza *Cassa di Risparmio di Firenze*.

Quest'ultima osservazione ha una valenza generale, riferendosi alla nozione di impresa quale generalmente accolta nel diritto dell'Unione, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di giustizia, e codificata nella comunicazione sulla nozione di aiuto. In essa, come già osservato, si chiarisce che diverse entità giuridiche separate possono, ma non debbono necessariamente essere considerate un'unica entità economica e che comunque, perché ciò accada, occorre che le singole controllate siano prive di autonomia funzionale, ovvero commerciale e operativa, nei termini sopra chiariti, rispetto alla controllante, sulla base di legami indicati di massima nella

comunicazione sulla nozione di PMI, ma da interpretare in via estensiva e nel caso dunque anche da integrare secondo la giurisprudenza formatasi al riguardo.

In definitiva, nel caso dell'unità economica l'approccio è sostanziale e funzionale, basato sulla reale autonomia di cui l'impresa dispone nel determinare la propria condotta nel mercato. L'esistenza di un'unità economica va dunque “dedotta da un complesso di elementi concordanti, ancorché nessuno di essi, isolatamente considerato, sia sufficiente per dimostrare l'esistenza di tale unità”¹⁰⁵; quella di una impresa unica, invece, va desunta dal disposto della relativa disposizione contenuta nel pertinente regolamento *de minimis*, secondo una interpretazione letterale e tendenzialmente restrittiva¹⁰⁶ dei parametri di fatto formali in essa previsti, che di per sé non segnalano una particolare “funzione” della società controllante, ovvero una sua concreta ingerenza nella gestione (“influenza determinante”) delle società controllate. Si tratta, invero, di una nozione di (possibilità di esercizio del) controllo più simile a quella accolta nel regolamento sulle concentrazioni.

Alla luce dei dubbi interpretativi insorti in sede di applicazione del Quadro temporaneo, sarebbe stato auspicabile un chiarimento definitivo da parte della Commissione europea, non tanto, o non solo, in merito alla nozione di impresa, quanto anche sulla possibilità che le singole imprese appartenenti ad un gruppo possano godere, ciascuna nel limite dei massimali previsti, dei benefici previsti in detto Quadro¹⁰⁷, specie se operano in settori di attività diversi e non possono quindi ritenersi economicamente integrate¹⁰⁸. A tal fine si potrebbe far riferimento, ove occorra, a criteri desumibili dal diritto della concorrenza, quale, ad esempio, il criterio del mercato rilevante, ed eventualmente ricorrendo alla prassi decisionale, soprattutto nell'ambito del controllo delle concentrazioni, delle autorità della concorrenza (*in primis*, della Commissione europea), considerato il carattere per sua natura mutevole nel tempo della nozione di mercato rilevante.

La scelta del legislatore italiano di ricondurre la nozione di impresa in quella di impresa unica, e non già di unità economica, se risolve una situazione di incertezza a lungo protrattasi, non fornisce però una risposta ai problemi interpretativi rimasti così aperti. D'altro canto, è indubitabile che il nostro legislatore sia legittimato – col consenso, da ritenersi a questo punto scontato, della Commissione –, a delimitare l'ambito di applicazione delle misure di aiuto contemplate nel Quadro temporaneo.

¹⁰⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, *Knauf*, punto 65.

¹⁰⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 14 marzo 2002, causa C-382/99, *Paesi Bassi*, punto 55.

¹⁰⁷ Vedi proposta di emendamento (n. 106) al punto 6 della proposta di risoluzione del Parlamento europeo su Competition policy-annual report 2020 (2020/2223 (INI)): “[c]alls on the Commission urgently to define the concept of economic unit within the Temporary Framework for State aid measures, taking a substantive approach that takes into account the aid needed by individual undertakings irrespective of whether or not they are part of a group; is of the view that a clear definition of ‘economic unit’ is necessary in order to avoid differences in interpretation among Member States”. La sollecitazione non è stata tuttavia accolta nel testo finale del Report approvato dal Parlamento europeo il 18 maggio 2020 (A9-0168/2021).

¹⁰⁸ In merito, vedi anche *supra*, nota 27. Per indicazioni nello stesso senso, con riguardo alla responsabilità solidale della controllata, vedi le conclusioni *Sumal*, secondo cui: “[s]e dunque una controllata, anche in caso di partecipazione totalitaria o quasi totalitaria, svolge un'attività estranea nell'ambito economico in cui la società che la detiene ha adottato i comportamenti anticoncorrenziali siamo al di fuori della nozione ‘funzionale’ di impresa, con la conseguenza che non può esservi responsabilità congiunta della prima per i comportamenti anticoncorrenziali della seconda” (punto 58).

Ciò che non è chiaro è se, stante la confusione dei mesi precedenti l'adozione del decreto Sostegni, l'opzione accolta sul piano interpretativo sia frutto di una valutazione consapevole del contesto normativo, in specie europeo, in cui essa si colloca. Basti osservare che in tal modo le condizioni per considerare il gruppo una sola impresa risultano differenti ai fini dell'applicazione dei regolamenti di esenzione per categoria e del Quadro temporaneo, con un disallineamento destinato a riverberarsi sul piano dei rapporti fra i due ordini di disposizioni con riguardo al cumulo delle misure di aiuto. L'impressione è che il trattarsi di una questione, alla fin fine, di determinazione di massimali non superabili in via cumulativa abbia indotto a ritenere preferibile, se non addirittura inevitabile, il riferimento alla disciplina *de minimis*, ritenuta di più facile applicazione, senza ulteriore considerazione per i profili di incertezza sul piano applicativo.

Questione ulteriore è se, in presenza di un gruppo multinazionale, in cui la casa madre sia ubicata all'estero, la determinazione delle imprese i cui collegamenti siano rilevanti al fine del raggiungimento dei massimali previsti, ad esempio, oltre che dal Quadro temporaneo, anche dal GBER, debbano venire in considerazione tutte le entità giuridiche del gruppo o solo quelle italiane. La risposta cambia a seconda che ci si riferisca alla unità economica oppure all'impresa unica. Diversamente da quanto avviene per quest'ultima nozione, per stabilire l'esistenza di una unità economica viene infatti sicuramente considerata la natura delle relazioni intrattenute con la capogruppo estera. Tuttavia, una volta conclusasi positivamente tale analisi, ad essere sommati sono, nel caso, unicamente gli importi relativi alle imprese italiane che beneficiano delle misure di aiuto concesse dallo Stato italiano, in maniera non diversa da quanto si farebbe applicando la nozione di impresa unica di cui al regolamento *de minimis*. Ciò è da intendersi come inevitabile conseguenza del carattere del tutto peculiare del Quadro temporaneo e di evidenti ragioni d'ordine anche pratico. Ai fini della verifica sul rispetto del limite massimo degli aiuti, non avendo la Commissione optato per un'esplicita applicazione del criterio dell'impresa unica nel contesto del Quadro temporaneo, il combinato disposto dell'applicazione del massimale e della nozione di unità economica richiederebbe, secondo un procedimento logico, di sommare per un medesimo beneficiario tutti gli aiuti ricevuti nei diversi Stati membri. Di conseguenza, gli Stati membri, nel contesto delle necessarie verifiche sul rispetto dei massimali, dovrebbero condurre un'analisi che non è, invece, loro richiesta nell'ambito degli aiuti *de minimis*, in quanto ritenuta di difficile applicazione pratica.

È, tuttavia, da ritenere che a venire in considerazione debbano essere solo gli aiuti erogati da ogni singolo Stato membro anche nel caso dell'unità economica, rispetto alla quale, peraltro, la valenza "politica" prettamente nazionale della scelta di ciascun Paese di attribuire alle proprie imprese i possibili benefici e sovvenzioni, nel quadro generale fissato dalla Commissione, appare di tutta evidenza e prescinde dalle analoghe scelte compiute da altri Paesi con cui dette imprese abbiano connessioni. Il tutto, non va dimenticato, in occasione di un intervento di sostegno pubblico necessario per far fronte, nelle forme e secondo le modalità precipue di ciascuno Stato membro, ad una gravissima crisi sanitaria ed economica che non ha eguali nella storia recente dell'Europa e del mondo. Nella stessa direzione si colloca

la decisione del Tribunale del 17 febbraio 2021¹⁰⁹ relativa alla misura di sostegno adottata dalla Francia a favore di compagnie aeree ritenute “nazionali” perché in possesso di una licenza francese, avendo in quel Paese la sede principale dei propri affari ed essendo soggette ai controlli dell’ autorità di quel Paese. In base, infatti, a tale sentenza, sussiste fra quelle imprese e le autorità francesi uno stabile collegamento che soddisfa le condizioni di cui all’ art. 107, par. 2, lett. b), TFUE e risponde al principio di proporzionalità, in quanto ad avvantaggiarsi del previsto differimento del pagamento delle imposte sono gli operatori economici che più sono stati colpiti dalle misure restrittive imposte dal Governo francese. Lo stesso non potrebbe dirsi se la misura in questione fosse estesa a soggetti non “francesi”, nel senso sopra chiarito. Sussistendo tali condizioni, il Tribunale ha concluso che la misura di aiuto così introdotta era idonea a raggiungere l’ obiettivo dell’ art. 107, par. 2, lett. b), TFUE (punto 41) e – di conseguenza – la misura non comportava alcuna violazione del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità di cui all’ art. 18, par. 1 (punto 49), del quale l’ art. 107 rappresenta in sostanza una disciplina speciale (punto 32). Più in generale, a seguito delle sentenze del Tribunale del 14 aprile 2021¹¹⁰, del 19 maggio 2021¹¹¹ e del 9 giugno 2021¹¹², tutte su ricorso di Ryanair, può a ragione

¹⁰⁹ Sentenza del Tribunale del 17 febbraio 2021, causa T-259/20, *Ryanair*. In stessa data il Tribunale ha respinto un analogo ricorso presentato da Ryanair in merito agli aiuti di Stato concessi dalla Svezia alle compagnie aeree titolari di una licenza di esercizio svedese, negando anche in questo caso il loro carattere discriminatorio, in quanto, da un lato, volti a porre rimedio al grave turbamento dell’ economia svedese e, dall’ altro, concessi sulla base di un legame di particolare importanza fra le compagnie beneficiarie degli aiuti stessi e il territorio dello Stato membro: sentenza del 17 febbraio 2021, causa T-238/20, *Ryanair*. Per un commento, J. MILLIGAN, *General Court Rejects Ryanair Changes to National Covid-19 Aid Schemes in France and Sweden*, in *Air & Space Law*, 2021, p. 469 ss., e P. NICOLAIDES, *Unprecedented State Intervention: A Review of State Aid to Combat Covid-19 on the First Anniversary of the European Commission’s 2020 “Temporary Framework”*, Policy Brief 4/2021, reperibile *online*.

¹¹⁰ Con tre sentenze in stessa data, pronunciate, ancora una volta, su ricorsi di Ryanair DAC, il Tribunale dell’ Unione ha confermato la legittimità degli aiuti concessi da Stati membri (Finlandia, Svezia e Danimarca) a compagnie aeree nazionali (Finnair e SAS) per compensare i danni derivanti dalle restrizioni di viaggio causate dalla pandemia del COVID 19: cause T-378/20, *Ryanair c. Commissione (Danimarca)*; T-379/20, *Ryanair c. Commissione (Svezia)*; e T-388/20, *Ryanair c. Commissione (Finlandia)*.

¹¹¹ Anche in queste sentenze il turbamento dell’ economia provocato dalla pandemia viene in considerazione sotto profili diversi e con esiti differenti, ma con la decisione, comune alle prime due e giustificata appunto da esigenze imperative connesse a detto turbamento, di sospendere comunque gli effetti dell’ annullamento delle decisioni impugnate a causa della carenza motivazionale delle stesse: cause T-465/20, *Tap*; T-643/20, *KLM*; e T-628/20, *Ryanair c. Commissione (Spagna)*. Nel primo caso, si tratta di un aiuto dichiarato compatibile alla luce dell’ art. 107, par. 3, lett. c), TFUE e degli Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà; nel secondo, invece, di aiuti concessi nell’ ambito del Quadro temporaneo; mentre, infine, nel terzo, è stato ritenuto compatibile il regime di aiuti destinato all’ istituzione di un fondo di sostegno alla solvibilità delle imprese strategiche spagnole in temporanea difficoltà a causa della pandemia di Covid-19, secondo criteri di ammissibilità volti ad individuare imprese che presentino sia un’ importanza sistemica o strategica con l’ economia del Paese sia un legame permanente e stabile con quest’ ultimo, alla luce dell’ art. 107, par. 3, lett. b), TFUE. Da ultimo, infine, nello stesso senso, sentenza del Tribunale del 14 luglio 2021, causa T-677/20, *Ryanair e Laudamotion c. Commissione (Austria)*.

¹¹² Causa T-665/20, *Ryanair c. Commissione (Germania)*, per considerazioni analoghe a quelle svolte nelle sentenze *Tap* e *KLM*. Anche in questo caso, infatti, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione che approvava l’ aiuto di Stato concesso dalla Germania alla compagnia aerea tedesca Condor Flugdienst GmbH, per insufficiente motivazione dell’ esistenza del nesso causale tra i danni che la misura di aiuto mira a compensare e gli eventi eccezionali legati alla pandemia, ma al contempo, in

sostenersi che sia in corso di formazione una giurisprudenza “Covid” attenta a salvaguardare gli interessi economici nazionali nella situazione emergenziale, lasciando un ampio margine discrezionale al singolo Stato membro nel plasmare l’intervento a sostegno dell’economia domestica secondo criteri di preferenza per determinati settori ed importi non necessariamente identici a quelli adottati in altri Paesi, ma soprattutto anche a favore di singole imprese nazionali¹¹³, sempre che sussista il nesso causale tra i danni subiti e l’evento pandemico di natura eccezionale.

Diretta conseguenza della scelta tardiva del legislatore di attribuire al termine impresa il significato di “impresa unica”, e non di “unità economica”, è il possibile verificarsi di situazioni in cui, di fronte anche alle diverse soluzioni prospettate dai commentatori, l’operatore abbia usufruito dell’agevolazione secondo i criteri dell’unità economica, non coincidenti con quelli dell’impresa unica. L’esempio, con riguardo alla misura relativa all’IRAP, è di un gruppo presente con strutture societarie autonome in più mercati e che pertanto si è avvalso del massimale consentito calcolandolo con riferimento a ciascun settore di attività. Sulla base di una lettura delle condizioni previste per l’impresa unica, questo modo di procedere non sarebbe corretto, facendo così sorgere un obbligo di adeguamento, entro i termini risultanti dalle proroghe succedutesi nel tempo, ai limiti e alle condizioni di esonero ora previsti. Nel caso in cui l’impresa interessata non procedesse in tal senso, si configurerebbe una violazione sanzionabile¹¹⁴. Alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia non può, infatti, configurarsi alcun legittimo affidamento in capo al beneficiario che, assumendosene il rischio, abbia interpretato l’ambito di applicazione della misura in discorso sulla base della nozione di unità economica, per lo meno per il periodo antecedente l’adozione del decreto Sostegni. Valgono al riguardo le considerazioni che si possono svolgere in merito alla fattispecie, ancor più gravosa per il beneficiario, in cui si verta in merito ad una modifica della misura di aiuto già dettagliatamente regolamentata. Anche in tal caso il legislatore nazionale, laddove la sovvenzione non sia già stata corrisposta, può intervenire per revocarla in tutto o in parte. Confermando il precedente orientamento, la Corte di giustizia, con la sentenza del 15 aprile 2021, nel caso *Anie e a.*¹¹⁵, ha infatti stabilito, con riferimento agli incentivi destinati ai gestori di impianti fotovoltaici, che il diritto a beneficiarne

ragione della criticità della situazione economica, ha sospeso, come nei casi precedenti, gli effetti della propria sentenza. Nel senso che questa decisione costituisca una sorta di richiamo alla Commissione ad una più rigorosa applicazione della normativa vigente, dal momento che “il carattere eccezionale non può arrivare a giustificare un’applicazione imprecisa e sommaria del diritto UE”, vedi G. LODIGIANI, *Il Tribunale dell’UE annulla una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza da COVID-19: verso un irrigidimento dell’applicazione del Quadro temporaneo?* (causa T-665/20), in *Eurojus*, 25 giugno 2021.

¹¹³ Per tutte, sentenza *Ryanair c. Commissione* (Danimarca), punto 55 ss., specie punti 65 e 74, con argomentazioni sostanzialmente ripetute nelle altre decisioni in stessa data; e sentenza *Ryanair c. Commissione* (Spagna), punto 45, dove si sottolinea la rilevanza che assume, ai fini della delimitazione del perimetro dei destinatari dell’aiuto, il “criterio di un legame stabile e durevole con l’economia” del Paese interessato.

¹¹⁴ Ove dovesse trovare applicazione la giurisprudenza formatasi in tema di superamento della soglia di aiuto *de minimis*, la conclusione sarebbe che il beneficio andrebbe negato nella sua interezza: Cassazione civile, sentenza dell’8 febbraio 2018, n. 3070. Sul punto vedi anche Consiglio di Stato, sentenza del 4 marzo 2021, n. 2792, in merito alla possibilità per l’impresa di evitare di superare i massimali previsti rinunciando o riducendo l’importo di aiuti già percepiti in precedenza prima di ricevere un nuovo aiuto *de minimis*.

¹¹⁵ Cause riunite C-798 e 799/18.

“non costituisce una posizione giuridica acquisita e non rientra nella tutela prevista all’articolo 17 della Carta”¹¹⁶, sicché non può configurarsi un legittimo affidamento sul fatto di poter continuare a goderne in modo invariato¹¹⁷. La conseguenza è che, con riguardo ai benefici di cui alle misure di attuazione del Quadro temporaneo, ogni Stato gode di un ampio potere discrezionale per gli importi o altre forme di sovvenzioni quando essi non siano stati ancora erogati, o non sia ancora decorso il termine ultimo perché il beneficio debba ritenersi definitivamente acquisito. Nel caso dell’esonero IRAP, può ritenersi che tale termine coincida con quello entro il quale la società interessata può porre rimedio, versando l’imposta dovuta, ad eventuali errori commessi in sede di applicazione delle relative disposizioni per aver ecceduto l’importo massimo previsto.

L’importante è che la risposta ai dubbi interpretativi posti dall’applicazione del Quadro temporaneo a livello nazionale, ancora numerosi e di rilevanza anche pratica, venga sempre fornita con strumenti adeguati sul piano delle fonti alla natura dei diritti e interessi in gioco¹¹⁸ e, auspicabilmente, non mediante confuse risposte ad interrogazioni parlamentari o, come purtroppo spesso accade in tempi di legislazione emergenziale, per vie brevi, o ricorrendo ad altre fantasiose forme di *soft law*.

Abstract

The Notion of Group in the Temporary Framework

The notion of a group of undertakings in European competition law is polymorphic, presenting itself with different and specific legal connotations depending on the regulatory framework in which it is taken into consideration. Common to all possible cases is that the individual companies belonging to the group constitute a single economic entity (“economic unit”). In the context of State aid, however, the concept of economic unit differs from that of a single undertaking, as referred to in the so-called “de minimis Regulation”. In the Communication from the European Commission known as the “Temporary Framework”, there is no clarification regarding the notion of undertaking which, therefore, in the case of groups, should be understood as an economic unit. Nevertheless, with regard to the aid measures permitted under the Temporary Framework, the Italian legislator has specified that reference must be made to the concept of a single undertaking, and not of an economic unit. This choice, apparently justified by practical needs in the application of the aid measures, is not entirely convincing, inasmuch as a clarification by the European Commission may result appropriate.

¹¹⁶ *Ivi*, punto 54.

¹¹⁷ *Ivi*, punto 64.

¹¹⁸ Sulla natura delle situazioni giuridiche dei beneficiari di sovvenzioni, vedi, in generale, R. CIPPITANI, *La sovvenzione come rapporto giuridico*, Roma, 2013.

Maria Rosaria Mauro*

Il Trattato sulla Carta dell'energia: conflittualità e sinergie tra la protezione degli investimenti e la lotta ai cambiamenti climatici

SOMMARIO: 1. Investimenti stranieri e ambiente: una relazione complessa. – 2. La delicata posizione dell'Unione europea: tra aspirazioni *green* ed esigenze di promozione e protezione degli investimenti. – 3. Il Trattato sulla Carta dell'energia: le origini e il regime materiale. – 4. *Segue*: il regime procedurale: aspetti critici relativi all'applicazione dell'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'energia. L'incidenza sull'adozione da parte degli Stati di misure per la tutela dell'ambiente. – 5. *Segue*: l'applicazione dell'art. 26 in caso di controversie intra-UE. – 6. Il processo di modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia. – 7. Soluzioni alternative in caso di fallimento del processo di modernizzazione. – 8. Il diritto internazionale degli investimenti al servizio della tutela dell'ambiente: prospettive future.

1. La lotta ai cambiamenti climatici è divenuta, ormai, un'esigenza prioritaria per il futuro della comunità internazionale, che ha imposto agli Stati di intervenire sul piano sia interno sia internazionale. La graduale consapevolezza dei rischi legati a tale sfida globale ha determinato l'adozione nel diritto internazionale, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, di numerosi strumenti – vincolanti e non – volti all'introduzione di specifiche misure per consentire una maggiore salvaguardia dell'ambiente e contrastare il fenomeno del progressivo riscaldamento globale, in particolare tramite la limitazione delle emissioni di gas serra nell'atmosfera. Questo processo, avviato nel 1992 con l'adozione della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (United Nations Framework Convention on Climate Change-UNFCCC)¹, ha portato, nel 2015, alla conclusione dell'Accordo di Parigi, strumento fondamentale nello sviluppo del regime giuridico internazionale in materia ². L'Accordo di Parigi impone alle Parti contraenti di limitare l'innalzamento della temperatura globale al di sotto dei 2 gradi Celsius rispetto ai livelli preindustriali e, preferibilmente, a 1,5 gradi³.

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi del Molise.

¹ La UNFCCC, è stata approvata nell'ambito della Conferenza sull'ambiente e sullo sviluppo delle Nazioni Unite a Rio de Janeiro e aperta alla firma il 4 giugno 1992.

² L'Accordo di Parigi è stato concluso tra gli Stati parti dell'UNFCCC il 12 dicembre 2015, al termine della XXI Conferenza delle Parti (COP21) dell'UNFCCC.

³ Cfr. l'art. 2 dell'Accordo di Parigi.

Qualche mese prima dell'adozione dell'Accordo di Parigi, inoltre, i Membri delle Nazioni Unite hanno adottato all'unanimità l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile⁴, un programma d'azione che individua 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) da realizzare entro il 2030, tra i quali anche l'accesso a sistemi di energia economici affidabili, sostenibili e moderni⁵, nonché la promozione di azioni, a tutti i livelli, per combattere i cambiamenti climatici⁶.

Le ambiziose finalità che emergono da tali strumenti richiedono ingenti investimenti sia pubblici sia privati, pure provenienti dall'estero⁷. Tale esigenza, chiaramente indicata nella stessa Agenda per lo sviluppo sostenibile⁸, è stata messa in evidenza dall'International Panel on Climate Change (IPCC), la principale autorità internazionale per gli aspetti scientifici ed economici dei cambiamenti climatici⁹. Peraltro, fermo restando il contributo fondamentale che gli investimenti stranieri possono apportare – in termini di capitali e tecnologia – all'attuazione degli Obiettivi per lo sviluppo sostenibile che la comunità internazionale si è data¹⁰, vi è una ampia rete di accordi internazionali volti alla promozione e protezione di tali investimenti (*International Investment Agreements*-IIAs) la cui applicazione potrebbe, invece, ostacolare il conseguimento dei suddetti obiettivi, avendo un impatto negativo sulla lotta ai cambiamenti climatici e, in generale, sulla salvaguardia dell'ambiente.

Sul piano giuridico, la questione del contrasto tra norme internazionali in materia di cambiamenti climatici e obblighi imposti dal diritto internazionale per la protezione degli investimenti stranieri¹¹ si collega al tema della c.d. “frammentazione”

⁴ Cfr. la risoluzione dell'Assemblea generale, Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, A/RES/70/1, 25 settembre 2015.

⁵ Cfr. l'obiettivo 7.

⁶ Cfr. l'obiettivo 13.

⁷ Cfr. al riguardo UNCTAD, *World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: An Action Plan*, New York, 2014, p. 140, che stimava, all'epoca, un divario negli investimenti necessari annui pari a circa 2,5 trilioni di dollari nei soli Paesi in via di sviluppo.

⁸ Cfr. l'obiettivo 10.b, secondo cui vi è la necessità di promuovere “financial flows, including foreign direct investment, to States where the need is greatest”, e l'obiettivo 17.5, secondo cui occorre “adopt and implement investment promotion regimes for least developed countries”.

⁹ Cfr. IPCC, *Climate Change 2007: Synthesis Report*, 2007, pp. 58 e 68, www.ipcc.ch. Un rapporto dell'UNFCCC del 2007 ha rilevato che, nel 2030, saranno necessari investimenti aggiuntivi e flussi finanziari, a livello globale, per un valore pari a 200–210 miliardi di dollari per ridurre le emissioni globali di gas serra del 25% rispetto ai livelli dell'epoca (cfr. UNFCCC, *Investment and Financial Flows to Address Climate Change*, 2007, unfccc.int, p. 92).

¹⁰ V. sull'argomento S.Z. VASANI, N. ALLEN, *No Green Without More Green: the Importance of Protecting FDI Through International Investment Law to Meet the Climate Change Challenge*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2020, pp. 3-39. Va detto, però, che non sempre gli investimenti stranieri hanno, automaticamente, effetti positivi sul piano economico e, anche qualora contribuiscano allo sviluppo economico dello Stato di destinazione, tuttavia, da un punto di vista ambientale e sociale possono avere implicazioni dannose per il Paese ospite e la sua comunità territoriale. Infatti, talvolta vi sono scelte legate all'esigenza di attrarre gli investimenti stranieri che annullano o limitano il contributo di tali investimenti ai fini della crescita locale, poiché determinano il c.d. “dumping sociale” o “ambientale”. Perciò, a volte sono necessari interventi correttivi da parte dello Stato ospite per potenziare i benefici dell'investimento straniero e/o limitarne gli aspetti negativi. In questo senso, le leggi e le politiche sia dei Paesi ospiti sia di quelli di origine possono contribuire allo sviluppo sostenibile od ostacolarlo. V. al riguardo OECD, *FDI Qualities Toolkit: Investment for Inclusive and Sustainable Growth: Progress Report III*, marzo 2019.

¹¹ Cfr. al riguardo L. JOHNSON, *International Investment Agreements and Climate Change: The Potential for Investor-State Conflicts and Possible Strategies for Minimizing It*, in *Environmental Law Reporter*, 2009, p. 11147 ss.; A. COSBEY, D. MURPHY, F. MARSHALL, *Climate Change and International*

del diritto internazionale¹². Il conflitto tra norme appartenenti a tali diversi settori del diritto internazionale potrebbe apparire inevitabile, a causa della specificità e autonomia dei due sottosistemi giuridici coinvolti, diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale degli investimenti, che potrebbero essere intesi quali "self-contained regimes" con finalità, regole e principi propri¹³. Tuttavia, appare più convincente un approccio olistico del diritto internazionale, che consente di ipotizzare nuove sinergie tra i due settori.

La maggior parte degli IIAs ha natura bilaterale, come i *Bilateral Investment Treaties* (BITs) e numerosi *Free Trade Agreements* (FTAs) di nuova generazione. Tali accordi contengono norme volte a tutelare, sul piano sia sostanziale sia procedurale, i nazionali di una parte contraente che investono nel territorio dell'altra o delle altre (se multilaterale) parti contraenti. Invece, nella maggior parte degli IIAs mancano disposizioni in materia di protezione dell'ambiente; inoltre, le norme di natura sostanziale e, ancor di più, quelle di natura procedurale ivi contenute possono, talvolta, rappresentare un ostacolo all'adozione da parte dello Stato ospite di misure per la salvaguardia dell'ambiente. Infatti, negli ultimi anni, diversi Stati hanno dovuto affrontare costosi arbitrati internazionali per avere introdotto regole e procedure per la tutela dell'ambiente che hanno avuto conseguenze negative sugli investimenti stranieri¹⁴. Il rischio di subire procedimenti arbitrari, pertanto, potrebbe divenire un deterrente per lo Stato ospite¹⁵, scoraggiando, di fatto, politiche nazionali ambientali efficaci.

Investment Agreements: Obstacles or Opportunities, marzo 2010, www.iisd.org; K. MILES, *Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes*, in *Climate Law*, 2010, pp. 86-91. Sul tema della relazione tra il diritto internazionale degli investimenti e, più in generale, il diritto internazionale dell'ambiente v. J. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law: an Ambiguous Relationship*, in *British Yearbook of International Law*, 2009, p. 244 ss.

¹² Cfr. al riguardo International Law Commission, *Report of the Study Group on the Fragmentation of International Law, Held at Geneva, Switzerland, from 29 April to 7 June and 22 July to 16 August 2002*, UN Doc. A/CN.4/L.682. Sul tema v. A. VAN AAKEN, *Fragmentation of International Law: the Case of International Investment Protection*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, pp. 91-130; C. TOMUSCHAT, *International Law as a Coherent System: Unity or Fragmentation?*, in M. ARSANJANI, J. KATZ COGAN, R.D. SLOANE, S. WIESSNER (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, 2010, pp. 323-354.

¹³ V. al riguardo, in particolare, B. SIMMA, *Self-contained Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, p. 111 ss.; C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Boston, 2008, pp. 195-202; S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, 2013.

¹⁴ Ciò è accaduto in numerose occasioni. Cfr. ad esempio *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, lodo del 17 febbraio 2000; *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, lodo del 30 agosto 2000; *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, lodo parziale del 13 novembre 2000; *Methanex Corporation v. United States of America*, lodo del 3 agosto 2005; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, decisione sull'annullamento del 21 marzo 2007; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, lodo del 24 luglio 2008; *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, lodo dell'8 giugno 2009; *Chemtura Corporation v. Government of Canada* (in precedenza *Crompton Corporation v. Government of Canada*), UNCITRAL, lodo del 2 agosto 2010; e, come esempio molto recente, *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, decisione sulla competenza, la responsabilità e le indicazioni sul *quantum* del 9 settembre 2021, tutti reperibili in www.italaw.com.

¹⁵ V. al riguardo J. WERKSMAN, K.A. BAUMERT, N.K. DUBASH, *Will International Investment Rules Obstruct Climate Protection Policies? An Examination of the Clean Development Mechanism*, in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2003, pp. 59-86; L. JOHNSON,

Perciò se, da una parte, contribuendo alla promozione dei flussi di investimento verso lo Stato contraente ospite¹⁶, gli IIAs possono avere ricadute positive sull'attuazione degli SDGs (per il trasferimento di capitali e tecnologia), dall'altra, la loro concreta applicazione potrebbe scoraggiare l'adozione da parte dello Stato ospite di misure volte a tutelare la salute pubblica e l'ambiente¹⁷, limitare le disuguaglianze sociali¹⁸ o promuovere la *good governance*¹⁹. Quindi, questi trattati potrebbero rendere più complessa l'attuazione da parte degli Stati degli SDGs e la promozione di uno sviluppo sostenibile²⁰.

Uno dei rari esempi di IIA di natura multilaterale volto a disciplinare tutti i principali aspetti del regime giuridico degli investimenti stranieri è il Trattato sulla Carta dell'energia (Energy Charter Treaty-ECT). A lungo, tale Accordo ha suscitato scarsa attenzione da parte sia degli Stati sia della dottrina; attualmente, al contrario, esso è al centro di un acceso dibattito. L'ECT, infatti, è considerato da alcuni come uno strumento a disposizione degli investitori stranieri per limitare la sovranità normativa dello Stato ospite nel definire le proprie politiche energetiche e ambientali²¹, mentre, altri lo vedono come un importante mezzo per consentire il rispetto delle regole nelle relazioni energetiche internazionali²².

Tale Trattato ha una rilevanza particolare in riferimento alla questione, qui considerata, del complesso rapporto tra diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale degli investimenti. Ciò per due ragioni. In primo luogo, a differenza della maggioranza degli IIAs, che si applicano alla generalità dei comparti, l'ECT copre esclusivamente gli investimenti nel settore energetico²³, che è responsabile per l'84% delle emissioni antropiche di CO₂ e per il 64% delle emissioni di gas

op. cit.; K. MILES, *op. cit.*; J. VIÑUALES, M.J. LANGER, *Managing Conflicts between Environmental and Investment Protection Norms in International Law*, in Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS (eds.), *The Transformation of International Environmental Law*, Oxford, 2011, p. 171 ss.

¹⁶ Cfr. al riguardo E. AISBETT, *Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation versus Causation*, CUDARE Working Papers, 2007, n. 1032, escholarship.org; K.P. SAUVANT, L.E. SACHS (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford, 2009; J. BONNITCHA, *Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the Evidence*, settembre 2017, www.iisd.org; L. JOHNSON, L. SACHS, B. GÜVEN, J. COLEMAN, *Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical Considerations for States*, marzo 2018, papers.ssrn.com.

¹⁷ K. TIENHAARA, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, p. 229 ss.

¹⁸ L. SACHS, L. JOHNSON, *Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities*, CCSI Working Paper 2019, aprile 2019, academiccommons.columbia.edu.

¹⁹ V. T. GINSBURG, *International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance*, in *International Review of Law and Economic*, 2005, p. 107 ss.; M. SATTOROVA, *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance*, Oxford, 2018.

²⁰ Cfr. al riguardo *Report of the UN Secretary-General, International Financial System and Development*, UN Doc. A/73/280, 31 luglio 2018, par. 62.

²¹ Cfr. ad esempio L. SACHS, L. JOHNSON, E. MERRILL, *Environmental Injustice: How Treaties Undermine Human Rights Related to the Environment*, in *La Revue de Juristes de Sciences Po*, 2020, n. 18, p. 90 ss.

²² V. ad esempio A.V. BELYI, *New Challenges to the Liberal World Order: Reassessing Controversies Surrounding the Energy Charter Treaty*, in *Diplomazia*, 2020, n. 200.

²³ Un altro Accordo internazionale dedicato esclusivamente al settore energetico è il Protocollo dell'energia dell'Economic Community of West African States (ECOWAS), firmato il 31 gennaio 2003.

serra²⁴. Inoltre, l'ECT è attualmente oggetto di un "processo di modernizzazione", il cui esito inciderà, indubbiamente, sul problema del riscaldamento globale²⁵, dal momento che tale processo potrebbe favorire o, invece, ostacolare la transizione dall'energia di origine fossile alle energie rinnovabili²⁶, con importanti conseguenze sul fenomeno dei cambiamenti climatici²⁷.

2. Negli ultimi anni, l'Unione europea (UE) ha assunto un ruolo di primo piano nella lotta ai cambiamenti climatici, stabilendo, nel 2018, l'obiettivo politico della "neutralità climatica" entro il 2050 (le cosiddette "emissioni zero")²⁸. Sulla base di tale scelta, nel dicembre 2019 la Commissione europea ha lanciato il c.d. "*Green Deal*"²⁹, una nuova strategia di crescita fondata su un piano d'azione che prevede la promozione di un uso efficiente delle risorse, con l'attuazione di un'economia pulita e circolare, il ripristino della biodiversità e la riduzione dell'inquinamento. Il *Green Deal*, quindi, rappresenta lo strumento principale attraverso cui l'UE si propone di conseguire il fondamentale traguardo stabilito dall'Accordo di Parigi riguardo all'innalzamento della temperatura, individuando a tal fine una serie di misure, tra

²⁴ Cfr. al riguardo A. COSBEY, D. MURPHY, F. MARSHALL, *op. cit.*, p. 22.

²⁵ E. SUSSMAN, *The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2007, p. 391 ss. V. anche K. MILES, *International Investment Law and Climate Change: Issues in the Transition to a Low Carbon World*, in *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference*, Geneva, July 15-17, 2008, ssrn.com.

²⁶ L'IPCC, incaricato dall'UNFCCC di delineare i percorsi attraverso i quali poter raggiungere l'ambizioso obiettivo dell'Accordo di Parigi di ridurre il riscaldamento globale a 1,5° C, ritiene necessario attuare, entro il 2050, una riduzione nell'uso del carbone del 73-97%, del petrolio dell'81-87% e del gas del 21-74%. Nello stesso periodo, inoltre, la quota di energie rinnovabili nella fornitura globale di energia elettrica dovrebbe aumentare del 63-77%. V. IPCC, *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the Impacts of Global Warming of 1.5°C above Pre-industrial Levels and Related Global Greenhouse Gas Emission Pathways, in the Context of Strengthening the Global Response to the Threat of Climate Change, Sustainable Development, and Efforts to Eradicate Poverty. Summary for Policy-makers*, 2018, www.ipcc.ch, p. 14.

²⁷ Gli investimenti energetici a basse emissioni di carbonio risultano essere, al momento, ancora insufficienti per consentire alla comunità internazionale di soddisfare gli obiettivi di mitigazione dei cambiamenti climatici stabiliti. Inoltre, vi è ancora un enorme divario, in termini di investimenti, tra il livello attuale e quello necessario per aumentare l'utilizzo delle energie rinnovabili in modo da avere un impatto positivo sulla mitigazione dei cambiamenti climatici. V. al riguardo Climate Policy Initiative e International Renewable Energy Agency, *Global Landscape of Renewable Energy Finance 2018*, Abu Dhabi, 2018, www.irena.org, p. 177 ss.

²⁸ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti, *Un pianeta pulito per tutti - Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, COM(2018)773 final, 28 novembre 2018. Per "neutralità climatica" o "neutralità carbonica" si intende il punto in cui le emissioni di gas a effetto serra non superano la capacità della terra di assorbire le stesse. Il suddetto obiettivo richiede il controllo e la progressiva riduzione di tali emissioni.

²⁹ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019)640 final, 11 dicembre 2019. V. al riguardo M. FALCONE, *Il Green Deal europeo per un continente a impatto climatico zero: la nuova strategia europea per la crescita tra sfide, responsabilità e opportunità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 379 ss.

cui il maggiore utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili e la riduzione delle fonti altamente inquinanti³⁰.

La centralità dell'ambiente nelle strategie dell'UE è stata confermata, altresì, con il piano *Next Generation EU*, presentato nel maggio 2020 dalla Commissione europea quale risposta all'emergenza sanitaria ed economica determinata dalla pandemia di COVID-19³¹, che colloca il *Green Deal* tra le priorità il cui rispetto è richiesto agli Stati membri nell'utilizzo dei fondi provenienti dall'Unione³².

Il 17 settembre 2020, inoltre, la Commissione europea ha presentato il *Climate Target Plan 2030*³³, che propone una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990, definisce le azioni necessarie per una serie di settori e individua le modifiche chiave da apportare alla legislazione esistente. Poi, al fine di trasformare in obblighi giuridici precisi l'obiettivo politico della neutralità climatica entro il 2050, nel giugno 2021 è stata adottata la c.d. "legge europea sul clima", che fissa anche l'obiettivo intermedio di una riduzione netta delle emissioni inquinanti del 55%, rispetto ai livelli del 1990, entro il 2030³⁴. Pochi giorni dopo, il 14 luglio 2021, la Commissione europea ha adottato un pacchetto di proposte per modificare le politiche dell'UE in materia di clima, energia, uso del suolo, trasporti e fiscalità in modo da consentire la riduzione delle emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55%, rispetto ai livelli del 1990, entro il 2030³⁵.

La strategia dell'Unione a tutela dell'ambiente ha coinvolto pure la Banca europea per gli investimenti (BEI), la principale istituzione finanziaria dell'UE, chiamata dalla Commissione ad assumere un nuovo ruolo quale "banca per il clima",

³⁰ Cfr. al riguardo la comunicazione COM(2019)640 final, par. 2.1.2., in cui si afferma: "Un'ulteriore decarbonizzazione del sistema energetico è fondamentale per conseguire gli obiettivi 2030 e 2050 in materia di clima. La produzione e l'uso dell'energia nei diversi settori economici rappresentano oltre il 75 % delle emissioni di gas a effetto serra dell'UE. La priorità deve essere data all'efficienza energetica. Occorre sviluppare un settore dell'energia basato in larga misura su fonti rinnovabili, con la contestuale rapida eliminazione del carbone e la decarbonizzazione del gas".

³¹ La Commissione europea ha presentato al Parlamento europeo una proposta globale molto ampia per contrastare le conseguenze della crisi, proponendo di coprire gli investimenti necessari a tal fine sia tramite l'ampliamento del bilancio dell'UE a lungo termine per il periodo 2021-2027 sia grazie a un articolato piano di finanziamenti noto come *Next Generation EU* (cfr. *Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea - #EUBudget#EUSolidarity#StrongerTogether*, 27 maggio 2020). Sulla proposta della Commissione europea v. M.R. MAURO, *L'Unione Europea alla prova del Covid-19: il Recovery Fund e il rilancio del processo di integrazione*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era del post COVID*, Napoli, 2020, p. 127 ss.

³² Il Piano prevede che i fondi messi a disposizione dall'UE vadano a sostenere sia la ripresa delle economie degli Stati membri più colpiti dalla pandemia sia una loro riconversione e debbano essere utilizzati in funzione delle priorità della neutralità ambientale (*European Green Deal*), della digitalizzazione tecnologica e dell'inclusione sociale.

³³ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa - Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini*, COM(2020)562 final, 17 settembre 2020.

³⁴ Cfr. il regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 (Normativa europea sul clima), 30 giugno 2021, art. 4, par. 1.

³⁵ Si tratta del pacchetto c.d. "Pronti per il 55%". Cfr. al riguardo la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *"Pronti per il 55%": realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica*, COM(2021)550 final, 14 luglio 2021.

soprattutto attraverso l'interruzione dei finanziamenti a favore di investimenti nel settore dei combustibili fossili³⁶.

Tale articolata strategia volta alla lotta ai cambiamenti climatici e, in generale, alla tutela dell'ambiente, che rispecchia gli impegni assunti dall'UE e dai suoi Membri a livello internazionale, potrebbe rivelarsi in conflitto con la salvaguardia accordata agli investitori, che operano nel settore energetico, dall'ECT, di cui l'UE è parte contraente insieme a 26 dei suoi Stati membri. La partecipazione a tale Accordo, promosso inizialmente proprio dall'UE, pone attualmente all'Unione e ai suoi Membri non solo un problema di opportunità politica ma anche importanti questioni di compatibilità giuridica³⁷. Gli obblighi derivanti dall'ECT potrebbero, infatti, ostacolare il rispetto degli impegni in materia ambientale assunti dall'UE e dai suoi Membri in altri trattati internazionali, in particolare quelli previsti dall'Accordo di Parigi³⁸, cui l'Unione sta dando seguito tramite i diversi atti adottati a livello interno.

In tale contesto, la prima questione che emerge riguarda l'impatto dell'ECT sull'obiettivo della c.d. "neutralità climatica"; infatti, tale Accordo tutela gli investimenti nel settore energetico indipendentemente dalla fonte, quindi anche quelli legati ai combustibili fossili, il cui utilizzo rappresenta una delle principali cause dei cambiamenti climatici³⁹.

Inoltre, l'ECT non sembra rispecchiare neanche, ormai, la politica dell'UE in materia di investimenti. Infatti, a livello di regime sostanziale, l'Unione sta negoziando IIAs che includono disposizioni sempre più definite in termini di garanzie per l'investitore straniero, in modo da lasciare meno spazio alla discrezionalità

³⁶ Il 22 settembre 2015 la BEI ha adottato la sua Strategia per il clima (cfr. *EIB Climate Strategy Mobilising Finance for the Transition to a Low-carbon and Climate-resilient Economy*), in virtù della quale la tutela dell'ambiente è divenuta la condizione necessaria per tutte le operazioni della Banca, in particolare per la concessione di prestiti. Il 4 novembre 2019, inoltre, il Consiglio di amministrazione della BEI ha adottato la nuova politica di prestito per l'energia (*Energy Lending Policy-ELP*), che prevede l'interruzione graduale, dal 2021, del finanziamento da parte della Banca di progetti energetici legati all'utilizzo di combustibili fossili (incluso il gas naturale), in conformità a quanto stabilito nell'Accordo di Parigi, il cui art. 2, par. 1, lett. c), prevede di "making finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse gas emissions and climate-resilient development". In passato, la BEI ha finanziato numerosi progetti legati all'energia fossile.

³⁷ V. in argomento O. QUIRICO, *Investment Governance between the Energy Charter Treaty and the European Union: Resolving Regulatory Conflicts*, Leiden, 2021.

³⁸ Il tema della compatibilità tra gli IIAs e il diritto internazionale dell'ambiente è un argomento ampiamente considerato dalla dottrina. Cfr. al riguardo, ad esempio, K. TIENHAARA, *The Expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy*, Cambridge, 2009; J. VIÑUALES, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge, 2012; T. SLATER, *Investor-State Arbitration and Domestic Environmental Protection*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2015, p. 131 ss.; K. MILES (ed.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham, 2019.

³⁹ K. TIENHAARA, C. DOWNIE, *Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes*, in *Global Governance*, 2018, p. 451 ss. Tale circostanza ha indotto il Parlamento europeo a proporre un emendamento (emendamento 143 riguardante l'articolo 8 bis (nuovo)) nel contesto della Legge europea sul clima, secondo cui "l'Unione pone fine alla protezione degli investimenti nei combustibili fossili nel contesto della modernizzazione del Trattato sulla Carta dell'energia". Cfr. gli emendamenti del Parlamento europeo, approvati l'8 ottobre 2020, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima) (COM(2020)0080 – COM(2020)0563 – C9-0077/2020 – 2020/0036(COD)).

interpretativa degli arbitri, e che sono conformi, altresì, agli impegni assunti dall'Organizzazione in materia ambientale⁴⁰. Sul piano procedurale, poi, l'UE sta promuovendo, per la soluzione delle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero, meccanismi alternativi al tradizionale *investment arbitration*, oggetto attualmente di numerose critiche. Infatti, i più recenti FTAs dell'Unione prevedono il ricorso a "tribunali per gli investimenti" (*Investment Court Systems-ICS*)⁴¹. Va aggiunto che, nel 2017, la Commissione ha proposto l'istituzione di una corte multilaterale permanente (*Multilateral Investment Court-MIC*)⁴² e negoziati a tal fine sono attualmente in corso nell'ambito del *Working Group III* della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL)⁴³.

In riferimento all'argomento considerato nel presente contributo, il tema della soluzione delle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero è centrale. Ciò sia in considerazione del sensibile aumento, negli ultimi anni, dei procedimenti arbitrali avviati sulla base dell'ECT, in cui gli investitori stranieri hanno sfidato, con successo, l'approvazione da parte degli Stati ospiti di leggi volte a garantire una maggiore tutela dell'ambiente, sia in quanto l'ECT è stato, spesso, invocato in presenza di dispute intra-UE, ponendo la complessa questione della relazione tra i tribunali arbitrali incaricati di risolvere tali controversie e la Corte di giustizia dell'UE.

3. Dopo la dissoluzione dell'Unione Sovietica e il crollo del blocco comunista, si è avvertita l'esigenza di una maggiore cooperazione internazionale per facilitare l'utilizzo delle risorse energetiche e garantire la sicurezza energetica nei Paesi dell'Europa orientale. Ciò ha portato all'adozione della Carta europea dell'energia, uno strumento non vincolante firmato, il 17 dicembre 1991, da 50 firmatari (tra cui diversi Paesi OCSE, Stati dell'Europa orientale, Paesi *ex* sovietici e anche le Comunità europee) che si impegnavano a cooperare nel commercio, nell'efficienza, nella protezione dell'ambiente e in altri settori legati all'energia⁴⁴. Nella Carta, inoltre, i firmatari esprimevano la propria intenzione di negoziare in buona fede un

⁴⁰ V., ad esempio, il recente controverso Accordo globale sugli investimenti (Comprehensive Agreement on Investment-CAI) tra l'UE e la Cina, i cui negoziati per un testo "*in principle*" sono terminati il 30 dicembre 2020. L'art. 1, par. 2, della sez. I, dell'Accordo riconosce il diritto delle parti di regolare in materia di ambiente e lotta ai cambiamenti climatici. Inoltre, all'interno della sez. IV, intitolata "Investimenti e sviluppo sostenibile", vi è una sottosezione apposita dedicata all'ambiente (sottosezione 2) con diversi articoli in materia ed è previsto anche un procedimento specifico per la soluzione delle controversie tra le parti contraenti sulle disposizioni inserite nella sez. IV (sottosezione 4).

⁴¹ Cfr., ad esempio, il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) con il Canada, firmato il 30 ottobre 2016 (art. 8.18, capitolo 8); l'*Investment Protection Agreement* (IPA) con Singapore, firmato il 19 ottobre 2018 (art. 3.6, capitolo 3); l'IPA con il Vietnam, firmato il 30 giugno 2019 (art. 3.27, capitolo 3).

⁴² Cfr. Commissione europea, *Raccomandazione di Decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati per una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, COM(2017)493 final, 13 settembre 2017.

⁴³ Il 20 marzo 2018 il Consiglio dell'UE ha autorizzato la Commissione a negoziare, per conto dell'UE, una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (cfr. Consiglio dell'UE, *Direttive di negoziato relative a una convenzione che istituisce un tribunale multilaterale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti*, 12981/17, 1° marzo 2018).

⁴⁴ Cfr. il titolo 1 della Carta europea dell'energia.

accordo vincolante per attuare gli obiettivi condivisi⁴⁵. A seguito di tale impegno, il 17 dicembre 1994 è stato concluso l'ECT, allo scopo di facilitare le relazioni energetiche in tutto il continente eurasiatico, attraverso la creazione di un quadro stabile volto a stimolare la crescita economica e a liberalizzare gli investimenti internazionali e il commercio nel settore energetico⁴⁶.

All'epoca, gli Stati dell'Europa occidentale erano fortemente dipendenti dalle risorse energetiche dell'ex Unione Sovietica e, in particolare, dai suoi combustibili fossili. Pertanto, il Trattato aveva tre obiettivi principali: garantire all'Europa occidentale un accesso permanente ai combustibili fossili dell'Europa orientale; costruire un mercato energetico europeo; proteggere gli investimenti delle società energetiche che operavano in luoghi privi di un quadro giuridico e di un sistema giudiziario adeguati.

Il Trattato è entrato in vigore il 16 aprile 1998 e ha, attualmente, una cinquantina di Parti contraenti⁴⁷, tra le quali anche tutti i Membri dell'UE (a eccezione dell'Italia, che lo ha denunciato nel 2016), i Paesi dell'ex blocco sovietico (a eccezione della Russia, che ha notificato la cessazione dell'applicazione provvisoria dell'ECT nel 2009) e il Giappone.

L'Accordo, composto da otto parti e numerosi allegati, include norme concernenti cinque principali temi: il libero scambio di materiali, prodotti e apparecchiature energetiche, il cui regime si ispira alle regole dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) (Parti II e VI); la protezione e la promozione degli investimenti stranieri nel settore energetico (Parte III); la libertà di transito dell'energia attraverso condotte e reti (in particolare, l'art. 7 ECT); la riduzione dell'impatto ambientale negativo del ciclo energetico attraverso il miglioramento dell'efficienza energetica (in particolare, l'art. 19 ECT); e i meccanismi per la risoluzione delle controversie Stato-Stato e Stato-investitore straniero (Parte V).

La Parte III, dedicata alla protezione e promozione degli investimenti stranieri, riprende il contenuto della maggior parte degli IIAs, offrendo agli investitori numerose tutele. L'ECT, pertanto, ha rappresentato per gli Stati capitalisti lo strumento per garantire alle proprie imprese l'accesso al mercato energetico nell'ex Unione Sovietica e, in generale, nei Paesi dell'Europa orientale, tramite la creazione di un ambiente favorevole per gli investitori in un periodo di grande incertezza a causa della transizione dal socialismo di Stato a un'economia di mercato. Le disposizioni contenute nella Parte III dell'ECT, infatti, erano finalizzate a consentire una parità di condizioni tra gli investitori nazionali e quelli stranieri nel settore energetico, allo scopo di ridurre i rischi non commerciali associati a tali operazioni. Ciò ha comportato la previsione, nell'ambito dell'Accordo, non solo di regole materiali volte ad assicurare la protezione degli investimenti stranieri nel mercato dell'energia, ma anche di un articolato sistema di soluzione delle controversie atto a offrire agli investitori stranieri la possibilità di agire, a livello internazionale, in caso di misure potenzialmente illecite adottate dagli Stati ospiti⁴⁸, in presenza di sistemi giudiziari in tali Stati giudicati inadeguati.

⁴⁵ Cfr. il titolo 3 della Carta europea dell'energia.

⁴⁶ Cfr. il preambolo e l'art. 2 ECT.

⁴⁷ Cfr. www.energycharter.org. Australia, Bielorussia, Norvegia e Russia hanno firmato il Trattato, ma non lo hanno ratificato.

⁴⁸ Cfr. in particolare l'art. 26 ECT. Al riguardo, si vedano: T.W. WÄLDE, *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation*, in *Arbitration Interna-*

Perciò, sul piano sostanziale, l'ECT include importanti tutele per gli investitori stranieri, prevedendo il principio di non discriminazione e obbligando le Parti contraenti ad accordare il trattamento nazionale o il trattamento della nazione più favorita, a seconda di quale si presenti come più favorevole nel caso concreto, ai nazionali di altre Parti contraenti che hanno investito in un determinato settore energetico⁴⁹. Sono contemplati, inoltre, altri standard di protezione che si applicano indipendentemente dal trattamento accordato da una Parte contraente ai propri nazionali o a quelli di altri Stati, come il trattamento giusto ed equo (TGE) e la piena e intera protezione e sicurezza⁵⁰, nonché il divieto di misure ingiustificate e discriminatorie⁵¹ e quello di espropriazioni (salvo nel rispetto di determinate condizioni)⁵². Nel Trattato è stata inserita anche la c.d. “*umbrella clause*”, in virtù della quale gli Stati sono tenuti a rispettare gli obblighi contratti con l'investitore di altre Parti contraenti⁵³.

Gli obblighi derivanti dalla partecipazione all'ECT potrebbero incidere sulla capacità dello Stato ospite di adottare misure contro i cambiamenti climatici e, in generale, per la tutela dell'ambiente. Infatti, qualora tali misure dovessero avere un impatto negativo sugli investimenti protetti dal Trattato, l'investitore straniero potrebbe invocare l'ECT davanti a tribunali arbitrali internazionali, sostenendo, ad esempio, il mancato rispetto dello standard del trattamento nazionale in relazione a investitori nazionali⁵⁴ o della clausola sul trattamento della nazione più favorita in riferimento agli investitori di Stati terzi⁵⁵. Peraltro, nella maggior parte dei casi, gli investitori stranieri hanno contestato le misure a tutela dell'ambiente adottate dallo Stato ospite in quanto contrarie all'obbligo del TGE e/o al divieto di espropriazione. Al riguardo, occorre ricordare che, nonostante le numerose decisioni arbitrali in materia, il TGE continua a essere uno standard internazionale dal contenuto molto

tional, 1996, p. 429 ss.; e A.E.L. TUCKER, *The Energy Charter Treaty and 'Compulsory' International State/Investor Arbitration*, in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 513 ss.

⁴⁹ Cfr. l'art. 10, par. 7, ECT.

⁵⁰ Cfr. l'art. 10, par. 1, ECT.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. l'art. 13 ECT. Secondo il par. 1 dell'articolo: “Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation”.

⁵³ Cfr. l'art. 10, par. 1, ECT.

⁵⁴ Peraltro, il tribunale arbitrale potrebbe giungere a conclusioni diverse a seconda dell'interpretazione dello standard del trattamento nazionale. Infatti, utilizzando l'approccio frequentemente seguito in seno all'OMC, esso potrebbe concludere nel senso di una violazione dell'ECT nel caso in cui vi sia un trattamento più favorevole del *competitor* nazionale rispetto all'investitore straniero, senza valutare altri aspetti. Tuttavia, il risultato potrebbe essere diverso qualora il collegio, al fine di stabilire eventuali violazioni del trattamento nazionale, prendesse in considerazione anche elementi di politica pubblica ambientale per accertare se gli investitori in questione effettivamente si trovino in circostanze simili. Ad esempio, l'utilizzo di energie pulite solo da parte dell'investitore nazionale potrebbe incidere sulla valutazione del tribunale.

⁵⁵ La clausola sulla nazione più favorita potrebbe essere invocata dall'investitore straniero per aggirare regole contenute nell'ECT e ostacolare l'adozione da parte dello Stato ospite di misure contro i cambiamenti climatici, consentendo la suddetta clausola, in via di principio, l'applicazione di altri IIAs con un regime più favorevole per tale investitore.

controverso⁵⁶, anche perché alcuni dei suoi possibili elementi costitutivi, quali il rispetto delle legittime aspettative dell'investitore, la trasparenza e la stabilità del quadro giuridico, si rivelano talvolta difficili da valutare. Problemi possono emergere pure in relazione al divieto di espropriazione, che include di norma qualsiasi forma di *taking* dell'investimento straniero, quindi, non solo nazionalizzazioni ed espropriazioni. Infatti, eventuali misure di mitigazione o di adattamento ai cambiamenti climatici, decise dallo Stato ospite, potrebbero essere considerate da un tribunale arbitrale espropriazioni indirette o *de facto*, interferendo con l'uso dell'investimento o con il godimento dei benefici da esso derivanti, pur senza intaccare il titolo di proprietà⁵⁷.

Analogamente a quanto accade nella maggioranza degli IIAs, soprattutto in quelli meno recenti, anche nell'ECT non vi sono norme specifiche relative alla protezione dell'ambiente, a eccezione dell'art. 19 (intitolato "Aspetti ambientali"), che però si limita ad affermare genericamente, al par. 1, "each Contracting Party shall strive to minimise in an economically efficient manner harmful Environmental Impacts". Tuttavia, nel dicembre 1994, insieme all'ECT è stato firmato anche il Protocollo della Carta dell'energia sull'efficienza energetica e gli aspetti ambientali correlati (Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects-PEEREA), che ha comunque un'incidenza limitata, richiedendo semplicemente agli Stati partecipanti di formulare obiettivi politici chiari per migliorare l'efficienza energetica e ridurre l'impatto ambientale negativo del ciclo energetico⁵⁸. Peraltro, al termine della riunione della Conferenza della Carta dell'energia⁵⁹ di Bucarest del 2018, le Parti contraenti hanno riconosciuto, espressamente, l'importanza di un futuro energetico sostenibile in linea con l'Accordo di Parigi e gli SDGs dell'ONU⁶⁰.

4. Accanto alle diverse garanzie di natura sostanziale menzionate nel precedente paragrafo, vi sono nell'ECT importanti tutele sul piano procedurale, contenendo tale Trattato apposite regole per la soluzione delle controversie sia tra le Parti contraenti⁶¹ sia tra lo Stato ospite dell'investimento e l'investitore straniero. Tale seconda

⁵⁶ Per un'analisi approfondita di tale standard v. F.M. PALOMBINO, *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*, The Hague, 2018; Y. LEVASHOVA, *The Right of States to Regulate in International Investment Law: The Search for Balance between Public Interest and Fair and Equitable Treatment*, Alphen aan den Rijn, 2019.

⁵⁷ Ad esempio, il divieto introdotto da uno Stato di utilizzare il carbone per la produzione di elettricità, per contrastare i cambiamenti climatici, potrebbe privare l'investitore straniero del godimento del suo investimento in una centrale elettrica a carbone e, quindi, essere considerato un'espropriazione indiretta, ciò a prescindere dalla circostanza che il divieto sia stato deciso per il benessere pubblico. Sul tema delle espropriazioni indirette cfr. M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 375 ss.

⁵⁸ Originariamente, il Protocollo avrebbe dovuto consentire alle economie in transizione e agli Stati dell'Europa occidentale di condividere esperienze e pareri su questioni di efficienza energetica. Attualmente, il PEEREA è finalizzato, essenzialmente, al miglioramento delle strategie nazionali di efficienza energetica.

⁵⁹ La Conferenza della Carta dell'energia è l'organizzazione internazionale composta da tutti gli Stati e organizzazioni internazionali che hanno firmato il Trattato o vi hanno aderito. Essa costituisce, contestualmente, l'organo decisionale principale in tale contesto, previsto dall'art. 34 ECT.

⁶⁰ Nella dichiarazione finale del 27 novembre 2018 le Parti contraenti hanno riconosciuto "the need for sustained, continued and significant progress towards a sustainable energy future in line with the Paris Agreement adopted at the Paris Climate Conference in December 2015".

⁶¹ Cfr. gli articoli 27 e 28 ECT.

categoria di dispute è disciplinata dall'art. 26 ECT, secondo cui ogni controversia tra lo Stato ospite e l'investitore straniero dovrà essere risolta, ove possibile, amichevolmente. Se la soluzione amichevole non è raggiunta entro tre mesi dalla presentazione della richiesta, l'investitore potrà scegliere di sottoporre la controversia alle corti o ai tribunali amministrativi della Parte contraente parte della controversia; alle procedure di risoluzione precedentemente convenute; o alle procedure stabilite nello stesso art. 26. I meccanismi indicati da tale articolo, in particolare, sono: il Centro di Washington per la soluzione delle controversie in materia di investimenti (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) o le *Additional Facility Rules* dello stesso ICSID⁶²; l'arbitrato secondo il Regolamento arbitrale dell'UNCITRAL; l'arbitrato previsto dall'Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

In riferimento al tema considerato nel presente lavoro, vi sono due questioni principali, collegate all'applicazione dell'articolo in questione, che vanno approfondite: in primo luogo, la possibile incidenza di tale articolo sull'eventuale adozione da parte dello Stato ospite di misure per la tutela dell'ambiente; inoltre, dal momento che l'UE e quasi tutti i suoi Membri sono anche parti dell'ECT, il rapporto tra tale Trattato e il diritto dell'UE in caso di controversie intra-UE.

Grazie all'art. 26, l'ECT è stato invocato sempre più spesso come base di arbitrati internazionali nel settore energetico. Peraltro, negli anni, si è assistito a un cambiamento nelle parti coinvolte nei procedimenti arbitrali e anche nelle materie trattate. Infatti, mentre originariamente erano essenzialmente gli Stati dell'Europa centrale e orientale a essere convenuti da investitori di Stati occidentali, negli ultimi tempi vi sono stati diversi procedimenti contro Stati membri dell'UE⁶³, come l'Italia e la Spagna⁶⁴. Inoltre, molti degli ultimi casi hanno interessato controversie aventi a oggetto presunte violazioni derivanti dall'adozione di leggi da parte dello Stato ospite volte a limitare l'uso di combustibili fossili o a favorire lo sviluppo delle energie rinnovabili e la tutela dell'ambiente, poiché il Trattato protegge indistintamente tutti gli investimenti stranieri nel settore, indipendentemente dalla fonte energetica

⁶² L'ICSID è stato istituito dalla Convenzione di Washington del 18 marzo 1965, mentre, le *Additional Facility Rules*, che consentono il ricorso a tale sistema anche qualora non vi siano tutte le condizioni previste per la giurisdizione dell'ICSID, sono state adottate dal Consiglio di amministrazione del Centro il 27 settembre 1978.

⁶³ V. al riguardo G. COOP, *Energy Charter Treaty 20 Year Anniversary: 20 Years of the Energy Charter Treaty*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2014, p. 516 ss. Molti di tali casi, invero, hanno avuto origine dalla decisione dello Stato ospite di ridurre o eliminare gli incentivi precedentemente accordati alle società produttrici di energia rinnovabile. Verso la metà degli anni 2000, diversi Stati dell'UE hanno cercato di promuovere gli investimenti stranieri nel settore delle energie rinnovabili, in particolare l'energia solare, offrendo incentivi di varia natura, quali tariffe agevolate specifiche per lunghi periodi e la mancanza di limiti alla produzione e distribuzione di energia. Tuttavia, la crisi economica globale ha poi reso tali agevolazioni eccessivamente gravose per gli Stati, che hanno di conseguenza modificato o abrogato le norme interne in materia. Tali modifiche legislative hanno inciso sulla redditività degli investimenti effettuati alla luce del quadro normativo inizialmente in vigore. Pertanto, molti investitori hanno agito a livello internazionale sulla base dell'ECT, invocando in particolare le norme dell'Accordo in materia di espropriazioni e TGE.

⁶⁴ Al 3 agosto 2021, l'Italia è stata convenuta in 13 procedimenti arbitrali e la Spagna in 49 procedimenti arbitrali (cfr. al riguardo il documento *Statistics of ECT Cases (as of 3/8/2021)*, www.energychartertreaty.org). V. in argomento C.A. PATRIZIA, J.R. PROFAIZER, S.W. COOPER, I.V. TIMOFEYEV, *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry Under the Energy Charter Treaty*, in *Global Arbitration Review*, 8 gennaio 2019, globalarbitrationreview.com.

interessata, ed è stato, pertanto, invocato dagli investitori stranieri sempre più di frequente in caso di controversie relative a tali leggi.

Invero, l'ECT continua a essere ampiamente adoperato dalle società del settore energetico quale strumento di difesa nei confronti dello Stato ospite⁶⁵, quando esse ritengono che una legge di tale Stato abbia modificato le condizioni originarie in cui il loro investimento è stato effettuato e tale modifica abbia avuto un impatto negativo sull'operazione economica⁶⁶.

Come è noto, attualmente è in corso un dibattito molto acceso riguardante la c.d. "crisi di legittimità" dell'*investment arbitration*. Tale strumento di soluzione delle controversie, che è divenuto negli anni il mezzo privilegiato dagli investitori stranieri, è oggi molto criticato, in quanto ritenuto eccessivamente *pro-investor*, poco trasparente e, soprattutto, limitativo del potere decisionale dello Stato. Invero, l'arbitrato sugli investimenti può avere importanti ricadute in termini economici, poiché lo Stato ospite è, spesso, condannato a pagare indennizzi estremamente elevati, che incidono sensibilmente sulle risorse pubbliche⁶⁷; inoltre, indipendentemente dal risultato del procedimento, tale Stato deve comunque sostenere le ingenti spese legali legate all'arbitrato. Dal punto di vista giuridico (e anche politico), poi, colpisce la possibile incidenza dell'*investment arbitration* sulla sovranità normativa e sul potere decisionale dello Stato ospite, in quanto sempre più arbitrati riguardano il c.d. "*power to regulate*" ovvero il potere dello Stato di regolare determinate materie allo scopo di garantire il rispetto di interessi pubblici collettivi quali la salute⁶⁸ o, appunto, l'ambiente⁶⁹. Di conseguenza, tali arbitrati possono avere un impatto sul benessere socio-economico della comunità territoriale dello Stato ospite.

Va aggiunto, altresì, che anche solo la minaccia di essere convenuto davanti a un tribunale arbitrale internazionale e il rischio di eventuali spese inducono lo

⁶⁵ Nel 2020 sono stati avviati almeno 68 nuovi arbitrati internazionali (ovvero quelli pubblicamente noti) sulla base di IIAs. L'ECT è stato l'IIA più frequentemente invocato in tale anno, rappresentando la base del procedimento in 7 casi. Tale dato conferma il *trend* generale in atto da tempo, dal momento che circa il 20% dei 370 procedimenti di arbitrato avviati negli ultimi cinque anni (2016-2020) sono stati fondati sull'ECT (41 casi). Cfr. al riguardo UNCTAD, *World Investment Report 2021. Investing in Sustainable Recovery*, Geneva, 2021, p. 129 ss. Secondo i dati del Segretariato dell'ECT, inoltre, al 3 agosto 2021, sono i 142 procedimenti arbitrali istituiti sulla base di tale Trattato (cfr. il documento *Statistics of ECT Cases (as of 3/8/2021)*).

⁶⁶ Cfr. al riguardo L. SACHS, L. JOHNSON, E. MERRILL, *op. cit.*, p. 91 ss.

⁶⁷ Cfr. ad esempio, al riguardo, il caso *Yukos*, basato proprio sull'ECT. La controversia tra gli ex proprietari della compagnia petrolifera Yukos e la Federazione Russa è tra le più complesse e lunghe nella storia dell'arbitrato in materia di investimenti. Nel febbraio 2005, i tre azionisti di controllo di OAO Yukos Oil Company, ovvero Hulley Enterprises Limited, Yukos Universal Limited e Veteran Petroleum Limited, hanno avviato un procedimento arbitrale contro la Russia, ricorrendo alla Corte permanente di arbitrato. Nel 2014, il Tribunale arbitrale ha imposto allo Stato di pagare un indennizzo di circa 50 miliardi di dollari agli ex azionisti della Yukos Oil Company (cfr. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, lodo del 18 luglio 2014, www.italaw.com).

⁶⁸ Cfr. ad esempio il caso *Methanex Corporation v. United States of America*, lodo del 3 agosto 2005, nel contesto del North American Free Trade Agreement (NAFTA), in cui l'investitore straniero ha messo in discussione il divieto imposto dal Canada di utilizzare l'additivo per carburante bifenilico policlorurato.

⁶⁹ V. ad esempio il caso *Clayton & Bilcon of Delaware Inc v. Canada*, PCA Case No. 2009-04, lodo sulla competenza e la responsabilità del 17 marzo 2015, www.italaw.com, sempre in ambito NAFTA, in cui l'investitore straniero ha contestato le valutazioni di impatto ambientale richieste in relazione a una cava mineraria di basalto.

Stato, talvolta, a cedere alla pressione esercitata dalle potenti società energetiche per impedire l'adozione di leggi a tutela dell'ambiente che potrebbero nuocere al loro investimento. In realtà, il Trattato è stato usato dagli investitori stranieri come uno strumento di pressione nei confronti degli Stati ospiti in diverse occasioni. Ciò è accaduto, ad esempio, nell'estate 2017, quando l'allora Ministro francese per l'ambiente, Nicolas Hulot, presentò una proposta di legge volta a porre fine, entro il 2040, alle attività di esplorazione ed estrazione di combustibili fossili in Francia, in virtù della quale sarebbe stato vietato il rinnovo dei permessi di sfruttamento. A seguito di tale proposta, la compagnia canadese di petrolio e gas Vermilion, titolare di 26 siti di estrazione di idrocarburi nel territorio francese, ha minacciato la Francia di ricorrere all'arbitrato internazionale qualora il contenuto della legge sugli idrocarburi, ritenuta dall'investitore contraria all'ECT, non fosse stato modificato. A causa di queste pressioni, nel settembre 2017 il testo della legge è stato cambiato e il rinnovo delle licenze petrolifere è stato consentito fino al 2040. La versione finale della legge⁷⁰ permette, nel rispetto di certe condizioni, anche il rinnovo dei permessi di sfruttamento oltre la scadenza del 2040.

Una vicenda analoga ha interessato i Paesi Bassi che, nel dicembre 2019, hanno approvato una legge volta a vietare, entro il 2030, la produzione di elettricità derivante dal carbone imponendo la chiusura delle centrali elettriche a carbone⁷¹. La società tedesca RWE, operante nel settore delle energie fossili, ritendendo la decisione del Governo olandese un'espropriazione, dopo avere rifiutato l'indennizzo offerto dallo Stato, il 2 febbraio 2021 ha presentato una richiesta di arbitrato all'ICSID⁷². Anche la società tedesca Uniper ha minacciato il Governo olandese di ricorrere all'arbitrato internazionale sulla base dell'ECT e, in assenza di una soluzione amichevole tra le parti, il 30 aprile 2021 ha avviato un procedimento in ambito ICSID⁷³.

Ancora, Ascent Resources, compagnia petrolifera e del gas britannica, ha chiesto alla Slovenia un risarcimento per avere ritardato eccessivamente la concessione di un permesso di sfruttamento e avere imposto una valutazione dell'impatto ambientale prima che la società procedesse con la fratturazione idraulica. Nella notifica della controversia inviata al Governo sloveno il 23 luglio 2020, la compagnia ha accusato lo Stato di avere violato l'ECT, minacciando un arbitrato internazionale in assenza di una soluzione amichevole tra le parti⁷⁴. Dopo mesi di trattative, iniziate nell'ottobre 2020, il 23 marzo 2021 la società ha reso noto che intende avviare un procedimento arbitrale contro la Slovenia.

Mentre, nel caso *Vattenfall v. Germany*, la società svedese Vattenfall ha avviato un procedimento arbitrale contro il Governo tedesco per il ritardo nella concessione

⁷⁰ Cfr. la Loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 mettant fin à la recherche ainsi qu'à l'exploitation des hydrocarbures et portant diverses dispositions relatives à l'énergie et à l'environnement.

⁷¹ Cfr. wetten.overheid.nl.

⁷² Cfr. *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4.

⁷³ Cfr. *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/22. V. al riguardo P. NIEMELÄ, H. VAN ASSELT, K. KULOVESI, M. RAJAVUORI, *Risky Business: Uniper's Potential Investor-State Dispute Against the Dutch Coal Ban*, in *European Journal of International Law: Talk*, 18 marzo 2020, www.ejiltalk.org.

⁷⁴ Cfr. *Ascent Resources Plc and Ascent Slovenia Ltd v. Republic of Slovenia*, notice of intent del 23 luglio 2020, www.italaw.com, in particolare, i paragrafi 6.2. e 6.3.

di un permesso di costruzione di una centrale elettrica sul fiume Elba. Tale ritardo, peraltro, era stato determinato dall'imposizione da parte del Ministero dell'ambiente tedesco di specifici requisiti decisi a seguito della pubblicazione dello studio di un gruppo intergovernativo di esperti sui cambiamenti climatici, che metteva in evidenza i gravi rischi per il clima e la natura derivanti da molte grandi attività industriali, in particolare, per le possibili emissioni di carbonio e la contaminazione delle acque del fiume Elba. Secondo la società, gli standard di protezione ambientale imposti dalla Germania, in applicazione della direttiva quadro comunitaria sull'acqua del 2000⁷⁵, avrebbero reso l'investimento non redditizio. Nel 2009, pertanto, la società ha fatto ricorso all'ICSID contro la Germania, chiedendo un risarcimento per le restrizioni ambientali imposte alle centrali elettriche a carbone. Secondo Vattenfall, le norme tedesche a protezione dell'ambiente costituivano un'espropriazione e violavano l'obbligo della Germania di garantire agli investitori stranieri un TGE, in contrasto con quanto previsto dall'ECT. La controversia è stata risolta nel 2011 attraverso una composizione amichevole⁷⁶, dopo che il governo locale di Amburgo ha accettato di rendere meno stringenti le restrizioni ambientali. In un secondo momento, è emerso che il timore di un eventuale esito negativo dell'arbitrato e la valutazione dei possibili costi avevano indotto le autorità locali tedesche ad accettare un accordo con la società. Inoltre, un anno prima di avanzare la richiesta di arbitrato all'ICSID, Vattenfall aveva avviato un procedimento parallelo davanti all'Alta Corte amministrativa di Amburgo per "indebito ritardo" nella concessione dei permessi necessari⁷⁷. Anche in tale occasione era stato raggiunto un accordo, che sostanzialmente consisteva in un'attenuazione dei requisiti in materia ambientale da parte delle autorità locali. A seguito di tali intese, nel febbraio 2014 l'impianto di Vattenfall è divenuto operativo. Peraltro, nel 2017, la Corte di giustizia dell'UE ha ritenuto la Germania in violazione di norme ambientali del diritto dell'Unione per avere autorizzato l'impianto di Vattenfall⁷⁸. Dopo tale primo caso, nel 2012 la società svedese ha agito nuovamente contro la Germania sulla base dell'ECT. In questa seconda occasione, Vattenfall ha chiesto un indennizzo per i mancati profitti derivanti dall'interruzione delle attività di due delle sue centrali nucleari⁷⁹, a seguito

⁷⁵ Cfr. la direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

⁷⁶ Cfr. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany* (in precedenza *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. The Federal Republic of Germany*), ICSID Case No. ARB/09/6, lodo dell'11 marzo 2011, www.italaw.com.

⁷⁷ Cfr. al riguardo il rapporto pubblicato da Corporate Europe Observatory (CEO) e Transnational Institute (TNI), *One Treaty to Rule Them All - The Ever-Expanding Energy Charter Treaty and the Power It Gives Corporations to Halt the Energy Transition*, giugno 2018, corporateeurope.org, p. 22.

⁷⁸ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2017, causa C-142/16, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*. V. al riguardo L. ANKERSMIT, *Case C-142/16 Commission v Germany: The Habits Directive Meets ISDS?*, in *European Law Blog*, 6 settembre 2017.

⁷⁹ Cfr. *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, richiesta di arbitrato del 31 maggio 2012 (non pubblicata). A seguito di un accordo diretto tra le parti, l'11 marzo 2021 è stato sospeso il procedimento arbitrale ICSID. Intanto, nel 2016, la Corte costituzionale federale tedesca ha riconosciuto il diritto di Vattenfall e di altre società energetiche a ricevere un risarcimento per la sospensione della loro attività nucleare (cfr. la sentenza del 6 dicembre 2016, www.italaw.com). Nella sentenza citata, la Corte costituzionale riconosce allo Stato ampi *regulatory powers* quando vi è l'esigenza di tutelare beni pubblici come l'ambiente o la salute, ribadendo anche il diritto di quest'ultimo di adottare misure per impedire i rischi legati all'attività delle centrali nucleari. Tuttavia,

dell'accelerazione del processo di eliminazione dell'energia nucleare in Germania, decisa dal Parlamento tedesco successivamente all'incidente alla centrale nucleare di Fukushima Dai-ichi in Giappone l'11 marzo 2011⁸⁰.

Nel maggio 2017, invece, la società petrolifera e del gas britannica Rockhopper ha fatto ricorso all'arbitrato internazionale contro il Governo italiano⁸¹ che, nel febbraio 2016, si era rifiutato di accordare ai ricorrenti una concessione per la perforazione petrolifera nel giacimento Ombrina Mare, situato a circa 4 miglia dalla costa italiana, a seguito della reintroduzione da parte del Governo di un divieto generale delle attività di esplorazione ed estrazione di petrolio e di gas entro le 12 miglia dalla costa⁸².

Quanto osservato prova che anche solo il timore di dovere corrispondere un indennizzo elevato può indurre i governi a optare per legislazioni a tutela dell'ambiente meno incisive. In tal modo, l'ECT è divenuto uno strumento a disposizione degli investitori stranieri per ostacolare importanti modifiche nelle legislazioni nazionali in materia di energia e ambiente, poiché tali cambiamenti sono ritenuti una potenziale causa di minori profitti. Questo fenomeno ha determinato il c.d. “*regulatory chill*” ovvero il rischio della mancata introduzione di modifiche normative da parte degli Stati per il loro timore di essere convenuti in costosi arbitrati internazionali, venendo in tal modo limitata la loro capacità decisionale⁸³.

Va osservato, altresì, che la mancanza di uniformità nella giurisprudenza dei tribunali arbitrali, che si sono pronunciati su presunte violazioni dell'ECT da parte degli Stati ospiti, rende più incerta la possibilità per gli Stati di agire nel rispetto dei limiti posti dal Trattato e per gli investitori stranieri di conoscere l'esatta portata

secondo la Corte, lo Stato è tenuto ad agire sempre nel rispetto delle legittime aspettative dell'investitore, perciò, in assenza di un indennizzo alla società, il cambiamento della politica dello Stato in materia di energia nucleare rappresentava un'espropriazione dei diritti di proprietà di Vattenfall. La Corte costituzionale tedesca ha reso una seconda sentenza il 29 settembre 2020 (www.bundesverfassungsgericht.de), in cui nuovamente ha ribadito la violazione dei diritti della società Vattenfall da parte dello Stato tedesco e l'obbligo di indennizzo. Cfr. al riguardo, D. PÁEZ-SALGADO, *A Battle on Two Fronts: Vattenfall v. Federal Republic of Germany*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 18 febbraio 2021.

⁸⁰ Poco dopo l'incidente alla centrale nucleare di Fukushima Dai-ichi, il 14 marzo 2011, la Germania ha deliberato la c.d. “moratoria nucleare”, imponendo un'interruzione di tre mesi dell'attività alle centrali costruite prima del 1980, per effettuare la verifica degli impianti.

⁸¹ Cfr. *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, richiesta di arbitrato del 14 aprile 2017. Il caso è ancora pendente. Nel giugno 2019, il Tribunale ICSID ha respinto la richiesta dello Stato italiano di sospensione dell'arbitrato e le eccezioni giurisdizionali relative a casi intra-UE (cfr. la decisione sulle obiezioni giurisdizionali intra-UE del 29 giugno 2019, www.italaw.com). V. sul caso D.R. DI BELLA, J. GÁLVEZ, *Oil & Gas: Is Italy Doing It Wrong All Over Again?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 13 marzo 2019. Nel contesto considerato, un importante caso non intra-UE riguarda la multinazionale australiana Aura, che ha agito di recente contro la Svezia (cfr. *Aura Energy Limited v. Sweden, notice of dispute* del 4 novembre 2019, www.italaw.com). La società ha chiesto un risarcimento per la decisione del Parlamento svedese, nell'estate 2018, di eliminare gradualmente o proibire la prospezione e l'esplorazione di uranio nel territorio nazionale, vietando la concessione di permessi a tal fine. La società, invocando l'ECT, ha accusato lo Stato di espropriazione indiretta e violazione dello standard del TGE.

⁸² Cfr. la legge 28 dicembre 2015, n. 208, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (legge di stabilità 2016), 15G00222.

⁸³ Cfr. al riguardo A.M. ALENEZI, *Preventing the Regulatory Chill of International Investment Law and Arbitration*, in *International Law Research*, 2020, p. 85 ss.

dei propri diritti o l'estensione del potere regolamentare dello Stato ospite⁸⁴. Tale assenza di uniformità riguarda anche le decisioni che hanno preso in considerazione una clausola fondamentale del Trattato quale l'art. 10, par. 1, TCE, in virtù del quale ciascuna Parte contraente incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti. Infatti, tale impegno è stato interpretato sia come un obbligo autonomo⁸⁵ sia meramente in funzione del restante contenuto dell'art. 10, par. 1, TCE⁸⁶, in cui sono previsti diversi standard di trattamento e protezione degli investimenti, compreso il TGE. Numerose incertezze, inoltre, sono emerse in relazione all'interpretazione proprio del TGE e, in modo particolare, del concetto di "legittime aspettative"⁸⁷, uno degli elementi costitutivi di tale standard di trattamento, restando controverso il grado di stabilità legislativa che lo Stato ospite deve assicurare agli investitori stranieri. Ad esempio, talvolta, si è ritenuto che la presenza di una clausola di stabilizzazione dovesse garantire il "congelamento" del regime giuridico originario per tutta la durata dell'investimento⁸⁸. Altre volte, invece, si è riconosciuto il diritto dell'investitore a operare in un quadro giuridico stabile, ma contestualmente anche il potere dello Stato ospite di modificare le proprie leggi in modo non radicale⁸⁹. In alcuni casi, infine, il tribunale ha concluso che l'unica legittima aspettativa per l'investitore straniero è quella di ottenere un tasso di rendimento ragionevole; perciò, ogni investitore dovrebbe aspettarsi cambiamenti nel quadro giuridico dello Stato ospite, purché le modifiche introdotte siano ragionevoli e proporzionate⁹⁰.

5. L'applicazione dell'art. 26 ECT si sta rivelando particolarmente complessa in riferimento a controversie in cui sono coinvolti i Membri dell'UE, soprattutto nel caso in cui si tratti di una controversia intra-UE. Peraltro, la maggior parte delle controversie relative all'ECT interessa, ormai, proprio un investitore di uno Stato membro dell'UE e un altro Stato membro di tale Organizzazione. Questa circostanza assume ancor più rilevanza se la si inquadra nel contesto dell'acceso dibatt-

⁸⁴ Cfr. su tale aspetto C. VERBURG, *Modernising the Energy Charter Treaty: an Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2019, p. 425 ss.

⁸⁵ Cfr. ad esempio, quanto affermato nel caso *Energoaliants TOB v. Republic of Moldova*, UNCTRAL, lodo del 23 ottobre 2013, www.italaw.com, par. 356.

⁸⁶ Cfr., ad esempio quanto affermato nel caso *AES Corporation and Tau Power BV v. the Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/10/16, lodo del 1° novembre 2013, www.italaw.com, par. 380.

⁸⁷ V. al riguardo S. THURMAN-BALDWIN, *Modernizing the Fair and Equitable Treatment Standards in the Energy Charter Treaty*, in *University of Miami Business Law Review*, 2020, pp. 296-310; D. ZANNONI, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability Under the Energy Charter Treaty*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, pp. 451-466.

⁸⁸ Cfr. ad esempio quanto affermato nel caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, lodo del 16 maggio 2018, www.italaw.com, paragrafi 482-522.

⁸⁹ Cfr. ad esempio quanto affermato nei casi *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, lodo del 4 maggio 2017, paragrafi 362-418; e *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, lodo del 15 giugno 2018, paragrafi 508-573. Entrambi sono reperibili in www.italaw.com.

⁹⁰ Cfr. ad esempio quanto affermato nei casi *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case V2013/153, lodo del 17 luglio 2016, paragrafi 761-815; e *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa.r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, lodo del 25 gennaio 2021, paragrafi 456-534. Entrambi sono reperibili in www.italaw.com.

tito, attualmente in corso, sulla relazione tra *investment arbitration* e meccanismi di soluzione delle controversie previsti dal diritto dell'UE.

Come è noto, tale questione è stata affrontata nel celebre caso *Achmea*, in cui la Corte di giustizia ha analizzato la compatibilità tra gli strumenti di soluzione delle controversie Stato-investitore straniero previsti nei BITs (quindi, principalmente l'*investment arbitration*) e il sistema giurisdizionale dell'Unione, concludendo che le clausole concernenti l'arbitrato Stato-investitore straniero contenute nei BITs intra-UE sono incompatibili con il diritto dell'UE, in quanto sottraggono al meccanismo di controllo giurisdizionale del diritto dell'UE controversie che possono riguardare l'applicazione o l'interpretazione di tale diritto⁹¹. Mentre, i tribunali arbitrali sono giunti a una diversa conclusione. Ad esempio, nel caso *UP and C.D Holding Internationale v. Hungary*, il Tribunale ICSID ha ritenuto che l'Ungheria non potesse invocare il diritto dell'UE e la sentenza *Achmea* per giustificare il mancato rispetto degli obblighi di diritto internazionale derivanti dalla Convenzione ICSID⁹².

Inoltre, secondo diversi tribunali arbitrali, quanto affermato nel caso *Achmea* si applicherebbe solo in riferimento ai BITs e non anche all'ECT, dal momento che la Corte di giustizia non si è pronunciata, in quell'occasione, riguardo ai trattati multilaterali conclusi dagli Stati membri. Ad esempio, nel caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Spain*, nell'ambito del quale per la prima volta il problema della relazione tra ECT e diritto dell'UE è stato affrontato, il Tribunale ha chiaramente sostenuto l'irrelevanza della sentenza *Achmea* nei casi fondati sull'ECT, essendo tale decisione silente al riguardo⁹³. Altri collegi arbitrali sono giunti a conclusioni

⁹¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, in particolare punti 31-60. La società Achmea, appartenente a un gruppo assicurativo olandese, aveva stabilito in Slovacchia una filiale dopo che, nel 2004, tale Stato aveva aperto agli investitori privati il proprio mercato dell'assicurazione malattia. Nel 2006, la Slovacchia ha parzialmente limitato la liberalizzazione del mercato dell'assicurazione malattia, vietando la distribuzione degli utili generati dalle attività di assicurazione malattia. A seguito di tali restrizioni, nel 2008, Achmea ha avviato nei confronti della Slovacchia un procedimento arbitrale sulla base del BIT tra i Paesi Bassi e la Slovacchia del 29 aprile 1991, sostenendo che il divieto in questione era contrario a tale Accordo e che le misure adottate le avevano arrecato un danno pecuniario. Nel 2012, il Tribunale arbitrale ha concluso che la Slovacchia aveva violato il BIT e che, pertanto, doveva versare alla società Achmea un importo pari a circa 22,1 milioni di euro a titolo di risarcimento (cfr. *Achmea B.V. v. The Slovak Republic* (in precedenza *Eureka B.V. v. The Slovak Republic*), UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, lodo del 7 dicembre 2012, www.italaw.com). La Slovacchia ha, quindi, chiesto l'annullamento del lodo arbitrale ai tribunali tedeschi, sostenendo che la clausola compromissoria contenuta nel BIT fosse contraria a diverse disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE), in particolare agli articoli 18, 267 e 344 TFUE. Investito del caso, il *Bundesgerichtshof* (la Corte federale di giustizia tedesca) ha chiesto alla Corte di giustizia se la clausola compromissoria contestata dalla Slovacchia fosse compatibile con il TFUE, richiesta cui poi ha fatto seguito la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018. Va aggiunto che, dopo il rifiuto di appello da parte della *Higher Land Court* a Francoforte, la Slovacchia si è rivolta alla Corte suprema federale tedesca, la quale ha capovolto il lodo originale del Tribunale arbitrale, affermando che la clausola arbitrale inserita nel BIT tra i Paesi Bassi e la Slovacchia non era valida e che, di conseguenza, il tribunale arbitrale non aveva alcuna giurisdizione. Lo Stato, perciò, non è stato costretto a pagare il previsto indennizzo di circa 22 milioni di euro ad Achmea (cfr. la sentenza del 31 ottobre 2018, I ZB 2/15, dejure.org).

⁹² Cfr. *UP* (in precedenza *Le Chèque Déjeuner*) and *C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, lodo del 9 ottobre 2018, www.italaw.com, paragrafi 252-267.

⁹³ Cfr. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, lodo del 16 maggio 2018, paragrafi 678-683. V. anche *ESPF Beteiligungs GmbH, ESPF Nr. 2 Austria Beteiligungs GmbH, and Infra-*

analoghe, negando la possibilità di sottrarre le controversie intra-UE al regime previsto dall'ECT, in quanto l'UE è Parte contraente di tale Trattato⁹⁴.

Particolarmente rilevante appare, poi, la decisione sulla questione *Achmea* del 2018, resa nel caso *Vattenfall AB and Others v. Germany*, in cui il Tribunale ICSID si è ampiamente soffermato sulla possibile incidenza del diritto dell'UE, alla luce del diritto internazionale, sul significato dell'art. 26 ECT, ritenendo la decisione *Achmea* non pertinente nei casi fondati sul tale articolo⁹⁵. In quell'occasione, il Tribunale ha sostenuto di dovere accertare la propria competenza nel caso meramente sulla base dell'art. 26 TCE in combinato disposto con l'art. 25 della Convenzione ICSID, che andavano interpretati secondo i principi generali di diritto internazionale, così come previsto dalla art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (Vienna Convention on the Law of Treaties-VCLT) del 23 maggio 1969. In particolare, pur riconoscendo che i Trattati UE e le sentenze della Corte di giustizia che li interpretano sono parte del diritto internazionale, secondo il Tribunale, in virtù dell'art. 31 VCLT, il diritto dell'UE e la sentenza della Corte di giustizia non potevano essere tenuti in considerazione per attribuire all'art. 26 ECT un significato che si discostava da quello ordinario dei termini ivi inclusi ovvero nel senso di escludere gli arbitrati Stato-investitore intra-UE dall'ambito di applicazione di tale articolo⁹⁶. Il Tribunale ha osservato, altresì, che non vi era alcun conflitto tra il diritto dell'UE, soprattutto in riferimento agli articoli 267 e 344 TFUE⁹⁷, e l'art.

Class Energie 5 GmbH & Co. KG v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/16/5, lodo del 14 settembre 2020, www.italaw.com, paragrafi 331-339.

⁹⁴ Cfr. ad esempio *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, lodo del 15 giugno 2018; *Foresight Luxembourg Solar I S. Á.R.L., et al. v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/150, lodo del 14 novembre 2018; e *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA Claimants v. The Italian Republic*, SCC Arbitration V (2015/095), lodo del 23 dicembre 2018. Tutti reperibili in www.italaw.com.

⁹⁵ Cfr. *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, decisione sulla questione *Achmea* del 31 agosto 2018, www.italaw.com, par. 108 ss. In particolare, secondo il Tribunale il diritto dell'UE non costituisce “principles of international law which may be used to derive meaning from Article 26 ECT, since [EU law] is not general law applicable as such to the interpretation and application of the arbitration clause in another treaty such as the ECT” (par. 133). A seguito della sentenza *Achmea* della Corte di giustizia, anche alcuni tribunali nazionali hanno dovuto affrontare la questione della compatibilità dell'ECT con il diritto dell'UE. Cfr. ad esempio la decisione della Corte di appello di Svea (Svezia) del 16 maggio 2018 di sospensione dell'esecuzione del lodo del 15 febbraio 2018, *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063; e la decisione, sempre della Corte di appello di Svea, del 22 febbraio 2019 di annullamento del lodo del 28 agosto 2017, *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163. Tutti reperibili in www.italaw.com.

⁹⁶ Cfr. *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, decisione sulla questione *Achmea* del 31 agosto 2018, in particolare, paragrafi 108-167.

⁹⁷ Secondo la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, punto 60, “gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del TBI [Accordo per la promozione e la tutela reciproche degli investimenti tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca], in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare”.

26 ECT⁹⁸. Peraltro, anche in caso di conflitto, il diritto dell'UE non avrebbe potuto prevalere, né sulla base del criterio della *lex posterior*⁹⁹, né in virtù del criterio della *lex specialis*, dovendo essere eventualmente riconosciuto come *lex specialis* l'art. 16 ECT e non l'art. 351 TFUE¹⁰⁰.

Secondo la Commissione europea, invece, la clausola arbitrale contenuta nell'art. 26 ECT, “se interpretata correttamente”, non dovrebbe mai applicarsi alle controversie intra-UE¹⁰¹. Tale Istituzione è intervenuta anche in alcuni procedimenti arbitrali in qualità di *amicus curiae*, sostenendo l'incompatibilità dell'ECT con il diritto dell'UE¹⁰².

La maggioranza degli Stati membri condividono la posizione della Commissione europea. Infatti, nella Dichiarazione del 15 gennaio 2019 sulle conseguenze giuridiche della sentenza *Achmea* e sulla protezione degli investimenti nell'Unione, 22 Stati membri hanno dichiarato che “gli accordi internazionali conclusi dall'Unione sono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE e devono pertanto essere compatibili con i Trattati”. Nella suddetta Dichiarazione si afferma che la clausola compromissoria inclusa nell'ECT è incompatibile con i Trattati e, quindi, è da disapplicare nelle controversie intra-UE. Tuttavia, non solo tale Dichiarazione non è stata sottoscritta da tutti i Membri ma anche è stata adottata, il giorno dopo, un'altra Dichiarazione da altri 5 Membri (Finlandia, Lussemburgo, Malta, Slovenia e Svezia)¹⁰³ in cui, pur senza prendere una posizione sulla clausola compromissoria contenuta nell'ECT, nel ribadire che la sentenza *Achmea* non si esprime riguardo a tale Trattato, si osserva che diversi tribunali arbitrali hanno interpretato la suddetta clausola come applicabile nelle controversie intra-UE. In questa seconda Dichiarazione, inoltre, si sostiene che, in assenza di una sentenza specifica in materia, sarebbe inappropriato valutare la compatibilità dell'applicazione dell'ECT con il diritto dell'UE. Infine, l'Ungheria ha assunto una posizione ancora più netta, dichiarando che la sentenza *Achmea* è silente in relazione alla clausola compromissoria contenuta nell'ECT e non riguarda eventuali procedimenti arbitrali pendenti o futuri

⁹⁸ Cfr. *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, decisione sulla questione *Achmea* del 31 agosto 2018, paragrafi 212-214.

⁹⁹ *Ivi*, paragrafi 216-218.

¹⁰⁰ *Ivi*, paragrafi 222-229. L'art. 16 ECT si riferisce alla relazione tra il Trattato e altri accordi internazionali riguardanti lo stesso oggetto delle parti III o V dell'ECT.

¹⁰¹ Cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Tutela degli investimenti intra-UE*, COM(2018)547 final, 19 luglio 2018, p. 4. Nella comunicazione, adottata per chiarire l'impatto della sentenza *Achmea* sugli investimenti intra-UE, la Commissione europea, richiamando quanto affermato dalla Corte nel caso *Achmea*, conferma l'incompatibilità dell'arbitrato Stato-investitore straniero con il diritto dell'UE nei casi di investimenti intra-UE, in riferimento sia all'ECT sia ai BITs fra Stati membri (p. 2). V. su tale argomento C. BALTAG, A. STANIC, *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU: Intra-EU BITs, the Energy Charter Treaty, and the Multilateral Investment*, Alphen aan den Rijn, 2020.

¹⁰² Cfr. ad esempio *Proposed Brief of the European Commission on Behalf of the European Union as Amicus Curiae in Support of the Kingdom of Spain*, relativa al caso *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, 13 marzo 2019, www.italaw.com.

¹⁰³ Cfr. la Dichiarazione dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri sull'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Achmea* e sulla protezione degli investimenti nell'UE, 16 gennaio 2019, www.regering.se.

fondati su questo Trattato¹⁰⁴. Peraltro, non solo tali dichiarazioni hanno un contenuto divergente, ma anche si tratta, pur sempre, di atti politici di natura unilaterale.

È bene, comunque, sottolineare che la clausola compromissoria contenuta nell'ECT va intesa, senza dubbio, come una manifestazione del consenso delle Parti contraenti, inclusa l'UE e i suoi Stati membri, all'*investment arbitration*, quindi, anche in caso di controversia intra-UE. Tale categoria di controversie sarebbe potuta essere, eventualmente, esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 26, come accade per altre dispute, ma l'UE, che pure aveva originariamente proposto una tale eccezione, ha rinunciato a includere nel testo del Trattato una clausola in tal senso prima che l'ECT fosse firmato e ratificato.

Perciò, alla luce del diritto internazionale, non sembra potersi concludere che l'ECT debba essere interpretato in modo da dare la priorità ai Trattati istitutivi dell'UE o a una sentenza della Corte di giustizia che interpreta tali trattati. Anzi, secondo alcuni autori, in assenza di un'esplicita clausola che lo preveda nell'ECT, l'esigenza di un'interpretazione di tale Trattato conforme al diritto dell'UE, espressa nella Dichiarazione del 15 gennaio 2019, potrebbe contrastare con quanto stabilito dall'art. 27 VCLT¹⁰⁵, in virtù del quale non può essere invocato il diritto interno per non applicare obblighi internazionali convenzionali.

Diversa è, chiaramente, la prospettiva del diritto dell'UE, in virtù della quale i Trattati istitutivi prevalgono, in caso di incompatibilità, su altri accordi conclusi dall'UE o dai suoi Membri¹⁰⁶.

Dunque, mentre la questione del rapporto tra i BITs e il diritto dell'UE sembra essere ormai risolta, sebbene non vi sia ancora una posizione unanime al riguardo da parte degli Stati membri, il problema resta tutt'ora senza soluzione per quanto concerne la relazione tra il diritto dell'UE e l'ECT. Infatti, l'Accordo per l'estinzione dei trattati bilaterali intra-UE, firmato nel 2020¹⁰⁷ dalla maggior parte degli Stati membri, lascia aperta tale questione, escludendo espressamente dal suo ambito di applicazione i procedimenti intra-UE fondati sull'ECT¹⁰⁸.

Vi è ancora, quindi, una grande incertezza a livello giuridico circa la relazione tra il diritto dell'UE e l'ECT. Per tale ragione, il 3 dicembre 2020, il Belgio ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità con i Trattati dell'UE delle disposizioni sulla soluzione delle controversie che saranno presenti nel testo "modernizzato" dell'ECT¹⁰⁹. Infatti, tali clausole potrebbero essere interpretate

¹⁰⁴ Cfr. la Dichiarazione del rappresentante del Governo dell'Ungheria sulle conseguenze giuridiche della sentenza della CGUE nel caso *Achmea* e sulla protezione degli investimenti nell'UE, 16 gennaio 2019.

¹⁰⁵ Cfr. al riguardo A. FLOURO, *ECT Modernisation Perspectives: The Energy Charter Treaty and EU Law – A Cherry-Picking Relationship?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 26 luglio 2020.

¹⁰⁶ Tale prevalenza risulta chiaramente dall'art. 218, par. 11, TFUE. V. al riguardo U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2020, VI ed., p. 261 ss.

¹⁰⁷ Al fine di attuare la sentenza *Achmea*, il 5 maggio 2020, 23 Stati membri hanno firmato l'Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'UE (cfr. www.consilium.europa.eu). L'Accordo riguarda anche i procedimenti arbitrali intra-UE, pendenti o conclusi.

¹⁰⁸ Cfr. il preambolo dell'Accordo sull'estinzione.

¹⁰⁹ Cfr. la richiesta di parere presentata dal Regno del Belgio ai sensi dell'articolo 218, par. 11, TFUE (parere C-1/20). V. al riguardo G. CROISANT, H. INGWERSEN, *Belgium Seeks CJEU's Opinion on the Future Interaction between a Modernised ECT and EU Law*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 10 dicembre 2020.

come applicabili all'interno dell'UE, vale a dire anche nelle controversie tra un investitore nazionale di uno Stato membro dell'Unione e un altro Stato membro.

Peraltro, alcuni segnali sembrano indicare la volontà di applicare la sentenza *Achmea*, in presenza di controversie intra-UE, anche in riferimento all'ECT. In primo luogo, nell'ottobre 2020, formulando le sue conclusioni in relazione a due casi contro l'Italia, l'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe ha sostenuto che la decisione della Corte nel caso *Achmea* si applica pure all'ECT e che tale Trattato potrebbe essere “interamente inapplicabile” alle controversie in materia di investimenti intra-UE, per la salvaguardia del carattere proprio del diritto istituito dai Trattati e il principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri¹¹⁰.

La questione dell'applicabilità della sentenza *Achmea* in casi fondati sull'ECT è emersa di recente, altresì, in occasione della domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa 741/19, sebbene tale domanda sia stata proposta dai giudici francesi nell'ambito di un procedimento per annullare un lodo in un arbitrato ECT relativo a una controversia extra-UE, non riguardante, pertanto, Stati membri e l'applicazione del diritto dell'UE¹¹¹. Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Szpunar ha osservato che quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Achmea* deve valere anche in riferimento all'ECT. Secondo Szpunar, infatti, il meccanismo di risoluzione delle controversie contemplato dall'art. 26 ECT consente di sottoporre a un tribunale arbitrale dispute che potrebbero riguardare l'interpretazione del diritto dell'UE, in quanto il par. 6 di tale articolo prevede che il tribunale arbitrale decida sulle questioni oggetto della controversia in conformità dell'ECT e delle “norme e [dei] principi applicabili del diritto internazionale”. Tenendo conto della natura e delle caratteristiche del diritto dell'UE, tale diritto deve essere considerato come facente parte del diritto in vigore in ogni Stato membro e come derivante da un accordo internazionale tra gli Stati membri. Di conseguenza, il tribunale arbitrale istituito sulla base dell'art. 26 TCE si potrebbe trovare a interpretare o applicare il diritto dell'Unione. Inoltre, il tribunale arbitrale non potrebbe adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale e le sue decisioni non sarebbero, quindi, soggette a procedure in grado di garantire la piena efficacia del diritto dell'UE. Infatti, il tribunale arbitrale istituito si collocherebbe al di fuori del sistema giurisdizionale dell'Unione, anche in caso di controversia tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro, non essendo tale tribunale parte del sistema giurisdizionale degli Stati membri, né un organo giurisdizionale comune a più Stati membri. In definitiva, l'art. 26 comprometterebbe l'autonomia del diritto dell'UE, essendo, di conseguenza, incompatibile con tale diritto¹¹².

¹¹⁰ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, 29 ottobre 2020, cause riunite C-798 e 799/18, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a. c. Athesia Energy Srl e a. c. Ministero dello Sviluppo Economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) SpA, nei confronti di Elettricità Futura – Unione delle Imprese Elettriche italiane, Confederazione Generale dell'Agricoltura Italiana – Confagricoltura*, nota 55. Nel caso specifico, peraltro, non erano coinvolti investitori stranieri e, quindi, l'ECT non avrebbe potuto trovare comunque applicazione.

¹¹¹ Cfr. la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Cour d'appel de Paris* (Francia) l'8 ottobre 2019 – *Repubblica di Moldova/Società Komstroy*, subentrata nei diritti della società Energoalians, causa C-741/19.

¹¹² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 3 marzo 2021, *Repubblica di Moldova c. Società Komstroy*, subentrata nei diritti della società Energoalians, causa C-741/19, paragrafi 48 e 70-80. Per un commento in senso critico delle tesi espresse da Szpunar, si veda N. LAVRANOS, *Is the Court of Justice of the EU the Ultimate Judge of the ECT?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 9 aprile 2021.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Szpunar ha, altresì, invitato la Corte a cogliere il caso in questione come un'opportunità per esaminare, per la prima volta, le implicazioni della sentenza *Achmea* sull'applicabilità dell'art. 26 ECT¹¹³. La Corte ha seguito tale suggerimento e, nel settembre 2021, ha chiaramente affermato che l'art. 26 ECT non è applicabile negli arbitrati intra-UE, poiché, nonostante il carattere multilaterale dell'ECT, l'articolo citato è volto a disciplinare relazioni bilaterali tra due parti contraenti, così come le analoghe disposizioni contenute nei BITs. Di conseguenza, la preservazione dell'autonomia e del carattere peculiare del diritto dell'UE impedisce all'ECT di imporre agli Stati membri il rispetto dei meccanismi di arbitrato *inter se*¹¹⁴. Peraltro, mentre tale recente sentenza cristallizza il principio secondo cui l'ECT non è applicabile nelle controversie intra-UE, tuttavia, resta ancora incerto se, nelle controversie tra l'UE o i suoi Membri e investitori extra-UE, l'applicazione di tale Trattato sia o meno compatibile con il diritto dell'UE.

Dunque, poiché vi è ancora molta incertezza sul tema, sarebbe auspicabile che la questione del rapporto tra il diritto dell'UE e l'ECT venisse affrontata con le altre Parti contraenti di tale Trattato in occasione del suo processo di modernizzazione, sebbene al momento questo aspetto non compaia tra i temi di discussione.

6. Anche per i diversi procedimenti arbitrali cui ha dato origine, l'ECT ha suscitato, di recente, numerose critiche, venendo considerato, per alcuni aspetti, un trattato obsoleto non rispondente più alle esigenze della comunità internazionale. Perciò, per fare fronte alle richieste di cambiamento del regime giuridico stabilito, provenienti soprattutto dall'UE, il 6 novembre 2019 la Conferenza della Carta dell'energia ha istituito il Gruppo per la modernizzazione, incaricato di avviare i negoziati sulla revisione del Trattato¹¹⁵ sulla base di 25 argomenti di discussione concordati dalle Parti contraenti nel 2018¹¹⁶. Gli argomenti proposti per la modernizzazione dell'ECT includono vari aspetti relativi alla protezione degli investimenti, come il *right to regulate*, le definizioni dei tradizionali standard di trattamento degli investimenti e la valutazione dei danni, ma anche argomenti quali lo sviluppo sostenibile e la responsabilità sociale d'impresa. Mentre, né la risoluzione delle controversie Stato-investitore straniero, né il cambiamento climatico, l'Accordo di Parigi e altre questioni correlate, come l'eliminazione graduale dei combustibili fossili e la transizione a fonti energetiche pulite, sono esplicitamente menzionati nell'agenda negoziale.

Il processo di modernizzazione dell'ECT si inserisce in un più ampio disegno di riforma del diritto internazionale degli investimenti che, come è noto, è da qualche anno oggetto di critiche e richieste di radicali cambiamenti. Peraltro, l'esigenza di modernizzare il Trattato era emersa già nel 2009, in concomitanza con la decisione della Federazione Russa di ritirare la propria partecipazione provvisoria. Infatti, la

¹¹³ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, 3 marzo 2021, *Repubblica di Moldova c. Società Komstroy*, subentrata nei diritti della società Energoalians, par. 48.

¹¹⁴ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 2 settembre 2021, causa C741/19, *Repubblica di Moldova c. Società Komstroy*, succeduta alla Energoalians, punti 64-66.

¹¹⁵ Cfr. la decisione della Conferenza della Carta dell'energia, CCDEC 2019 10, 6 ottobre 2019.

¹¹⁶ I temi rientranti nel processo di modernizzazione sono stati concordati dalle Parti contraenti in occasione della riunione della Conferenza della Carta dell'energia del 27-28 novembre 2018 (cfr. la decisione della Conferenza della Carta dell'energia, CCDEC 2018 18 STR, 27 novembre 2018).

necessità di modificare l'ECT è stata manifestata, per la prima volta, nella dichiarazione adottata a Roma in quell'anno dalla Conferenza della Carta dell'energia¹¹⁷. Il primo risultato concreto del processo di modernizzazione, invece, è rappresentato dalla Carta internazionale dell'energia, uno strumento non vincolante firmato all'Aja da numerosi Stati e organizzazioni il 20 maggio 2015.

Nel luglio 2019, il Consiglio dell'UE ha conferito il mandato negoziale alla Commissione, con le corrispondenti direttive di negoziato¹¹⁸. Il Consiglio auspica negoziati che modifichino il trattato tenendo conto sia dell'esigenza di consentire uno sviluppo sostenibile e del rispetto degli obiettivi climatici sia degli standard di protezione degli investimenti e dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero. Perciò, lo scopo delle future modifiche dovrebbe essere proprio la promozione di investimenti sostenibili nel settore energetico, garantendo contestualmente la certezza giuridica e un livello elevato di protezione degli investitori stranieri. In tale ottica, il Consiglio mira all'inclusione nell'ECT degli obiettivi della lotta ai cambiamenti climatici e della transizione verso energie pulite, nonché all'esclusione dall'ambito di applicazione del trattato degli investimenti nel settore dei combustibili fossili, dal momento che la loro protezione appare incompatibile con l'obiettivo di limitare il riscaldamento globale a due gradi Celsius al massimo¹¹⁹ e può ostacolare le azioni decise dagli Stati per contrastare il fenomeno dei cambiamenti climatici¹²⁰. La proposta di modernizzazione presentata dalla Commissione europea, pertanto, suggerisce l'introduzione di un nuovo articolo nella Parte IV del Trattato, secondo cui ogni Parte contraente dovrà "effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement adopted thereunder"¹²¹.

Peraltro, la richiesta dell'UE di limitare l'ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato, escludendo da esso i combustibili fossili, è fortemente contrastata da altre Parti contraenti. Infatti, per alcune tra queste, ad esempio Azerbaïjan, Turkmenistan, Kazakistan, Mongolia, Uzbekistan e, in misura minore, Yemen e Albania, i combustibili fossili rappresentano una quota significativa del PIL. Va, altresì, aggiunto che il Giappone è il secondo maggiore investitore nel settore carbonifero a livello globale dopo la Cina, con la *leadership* negli investimenti nei Paesi in via di sviluppo, rimanendo l'unico Paese del G7 che continua a costruire centrali elettriche a carbone, sia nel territorio nazionale che all'estero. Perciò, difficilmente

¹¹⁷ Cfr. la dichiarazione congiunta della Conferenza della Carta dell'energia, 9 dicembre 2009.

¹¹⁸ Cfr. Consiglio dell'UE, *Direttive di negoziato per la modernizzazione del trattato sulla Carta dell'energia*, 10745/19 ADD 1, 2 luglio 2019.

¹¹⁹ Gli investimenti nel settore dei combustibili fossili rappresentano un rischio, di conseguenza, anche per la concreta realizzazione di quanto proposto dall'UE nel *Green Deal*: ovvero la neutralità delle emissioni inquinanti entro il 2050, attraverso, in particolare, la decarbonizzazione del settore energetico, che costituisce il 75% delle emissioni inquinanti.

¹²⁰ V. al riguardo la dichiarazione sulla modernizzazione dell'ECT sottoscritta da una coalizione trasversale di parlamentari europei l'8 settembre 2020, www.euractiv.com, in cui si afferma: "The Energy Charter Treaty is neither consistent with the European Green Deal, nor with the proposed EU climate law and national carbon neutrality targets, nor with the EIB energy lending policy and the EU taxonomy for sustainable investment. Phasing-out fossil fuels from the ECT investment protection mechanism is for us a prerequisite for the negotiations on the modernisation of the ECT. We, members of the European and National Parliaments, require EU negotiators to ensure that the provisions in the ECT that protect foreign investment in fossil fuels are deleted and thus removed from the ECT".

¹²¹ La Commissione europea ha reso pubblica la proposta dell'Unione per la modernizzazione dell'ECT il 27 maggio 2020 (cfr. *EU Text Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT)*, trade.ec.europa.eu).

questi Stati accetteranno l'esclusione dei combustibili fossili dall'ambito di applicazione dell'ECT.

Un altro tema fondamentale indicato dal Consiglio nel mandato alla Commissione europea è la modifica delle disposizioni dell'ECT che limitano il “*power to regulate*” dello Stato. Secondo il Consiglio occorre affermare in modo esplicito nell'Accordo il c.d. “diritto di regolamentare” dello Stato ospite¹²², ossia il diritto delle Parti contraenti di adottare misure per la salvaguardia di interessi generali pubblici, come la salute, la sicurezza, l'ambiente e altri obiettivi di ordine pubblico. Appare necessario, inoltre, specificare che le disposizioni in materia di protezione degli investimenti non possano essere interpretate come un impegno delle Parti contraenti a non modificare in futuro le proprie leggi¹²³. Tuttavia, anche in riferimento a tale proposta il processo è ostacolato dal Giappone, che vuole una modernizzazione minima del Trattato ed è contrario al chiaro riconoscimento del “diritto di regolamentare” dello Stato ospite in materia ambientale, sociale e per quanto riguarda la tutela del diritto alla salute.

Un terzo aspetto basilare, che è contenuto nella proposta per la modernizzazione dell'ECT presentata dalla Commissione¹²⁴, riguarda le disposizioni sulla risoluzione delle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero, che dovrebbero rispecchiare l'approccio seguito dall'UE sia negli FTAs da essa recentemente conclusi¹²⁵ sia nell'ambito dei lavori attualmente in corso nel contesto dell'UNCITRAL. Come si è già osservato, a seguito delle numerose perplessità espresse, di recente, nei confronti dell'*investment arbitration*¹²⁶ e, in generale, in reazione alla crisi di legittimità che sta interessando il diritto internazionale degli investimenti¹²⁷, l'UE si è fatta promotrice a livello internazionale dell'introduzione di nuovi strumenti di soluzione delle controversie nel settore. L'obiettivo dell'Unione è, dunque, una revisione della clausola arbitrale contenuta nell'ECT per le controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero che, come già notato, ha favorito negli ultimi anni numerosi procedimenti arbitrali contro gli Stati. I 142 casi (pubblicamente conosciuti) registrati finora (al 3 agosto 2021) sulla base dell'ECT¹²⁸ dimostrano, in realtà, che si è andati ben oltre lo scopo originario dell'Accordo ovvero prevedere meccanismi di risoluzione delle controversie per garantire protezione agli investitori degli Stati occidentali nei Paesi dell'*ex* blocco comunista in assenza di apparati giudiziari adeguati negli Stati ospiti. Infatti, come già osservato, la maggioranza dei casi fondati sull'ECT è rappresentato da controversie all'interno dell'UE tra un investitore di

¹²² Sul “diritto di regolamentare” v. P. ACCONCI, *L'inclusione del “right to regulate” negli accordi internazionali in materia di investimenti. Considerazioni in margine alla posizione dell'Unione europea, in Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 89 ss.

¹²³ Cfr. Consiglio dell'UE, *Direttive di negoziato per la modernizzazione del trattato sulla Carta dell'energia*.

¹²⁴ Cfr. *EU Text Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty (ECT)*.

¹²⁵ Cfr., ad esempio, l'art. 8.18, capitolo 8, del CETA del 2016, l'art. 3.6, capitolo 3, dell'IPA con Singapore del 2018 e l'art. 3.27, capitolo 3, dell'IPA con il Vietnam del 2019.

¹²⁶ V. sull'argomento P. BERNARDINI, *Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2017, p. 38 ss.; A. ROBERTS, *Incremental, Systemic, and Paradigmatic Reform of Investor-State Arbitration*, in *American Journal of International Law*, 2018, p. 410 s.; D.B. MAGRAW, S. PUIG, *Greening Investor-State Dispute Settlement*, in *Boston College of Law Review*, 2019, p. 2717 ss.

¹²⁷ Cfr. al riguardo M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 390 ss.

¹²⁸ Cfr. il documento *Statistics of ECT Cases (as of 3/8/2021)*.

uno Stato membro e un altro Stato membro. Tuttavia, l'UE non ha incluso nella propria proposta la previsione di una revisione radicale dell'art. 26, nonostante il dibattito in corso e i tentativi di escludere dal suo ambito di applicazione le controversie intra-UE. Peraltro, anche su questo versante negoziale, l'UE sta incontrando l'opposizione del Giappone, che non vuole l'introduzione di alcuna modifica al meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato. La riluttanza del Giappone è dovuta, probabilmente, al fatto che, a differenza di molti Paesi europei, tale Stato non è stato ancora convenuto da investitori stranieri davanti a tribunali arbitrali internazionali sulla base dell'ECT. Al contrario, società giapponesi hanno agito contro Stati stranieri invocando l'ECT, ad esempio per presunte violazioni dell'Accordo derivanti da riforme energetiche decise dallo Stato ospite nel settore delle energie rinnovabili¹²⁹.

Il primo ciclo di negoziati sulla modernizzazione dell'ECT si è svolto tra il 6 e il 9 luglio 2020, cui hanno fatto seguito, finora, altri sette *rounds*¹³⁰. Il processo di modernizzazione attualmente in corso, peraltro, si sta rivelando molto complesso, sia per la differenza di posizioni tra le Parti contraenti, sia a causa dell'ambito di applicazione del Trattato particolarmente ampio, includendo esso commercio, efficienza energetica, transito, protezione degli investimenti e soluzione delle controversie.

Il buon esito del negoziato è reso più complesso anche dal contenuto di alcune disposizioni del Trattato. In primo luogo, l'art. 46 ECT vieta qualsiasi riserva, non consentendo alcuna modifica unilaterale delle disposizioni stabilite. Inoltre, secondo l'art. 42 ECT, gli emendamenti proposti dalle Parti contraenti devono essere adottati dalla Conferenza della Carta e poi sottoposti a tutte le Parti contraenti per la ratifica, l'accettazione o l'approvazione. Gli emendamenti entrano in vigore solo dopo che almeno tre quarti delle Parti contraenti li abbiano ratificati, accettati o approvati ed esclusivamente per quelle Parti. In ogni caso, l'art. 36, par. 1, lett. a), ECT prevede l'unanimità per le decisioni della Conferenza della Carta riguardanti l'adozione di modifiche del Trattato.

In tale complesso quadro, due Stati hanno preferito interrompere la propria partecipazione al Trattato: la Russia e l'Italia. La Russia ha ritirato la propria partecipazione provvisoria al Trattato nel 2009, a seguito del rinomato caso *Yukos*, in cui gli ex azionisti della società energetica Yukos hanno invocato, dopo l'estinzione della compagnia, le disposizioni in materia di soluzione delle controversie tra Stato e investitore straniero contenute nell'ECT per richiedere un indennizzo per una

¹²⁹ Cfr. *Itochu Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/18/25, richiesta di arbitrato registrata il 13 luglio 2018. Nel caso in questione, ancora pendente, l'investitore giapponese ha contestato una serie di riforme energetiche decise dal Governo spagnolo nel settore delle energie rinnovabili, inclusa l'introduzione di una tassa del 7% sui ricavi dei gruppi elettrogeni e una riduzione dei sussidi per i produttori di energia rinnovabile. V. anche *Mitsui & Co., Ltd. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/20/47, richiesta di arbitrato registrata il 30 ottobre 2020.

¹³⁰ In particolare: il secondo *round* si è tenuto tra l'8 e l'11 settembre 2020, il terzo tra il 3 e il 6 novembre 2020, il quarto tra il 2 e il 5 marzo 2021, il quinto tra l'1 e il 4 giugno 2021, il sesto tra il 6 e il 9 luglio 2021 e il settimo tra il 28 settembre e il 1° ottobre 2021. Per il 2021, è previsto un altro ciclo di negoziati tra il 9 e l'11 novembre. I resoconti ufficiali sul processo di modernizzazione dell'ECT, consultabile su www.energychartertreaty.org, sono estremamente stringati, limitandosi a indicare gli argomenti trattati senza entrare nel merito dell'andamento del negoziato.

presunta espropriazione dell'investimento da parte del Governo russo¹³¹. L'Italia ha denunciato il Trattato nel 2016, anche probabilmente per il fatto di essere stata convenuta davanti a tribunali arbitrali internazionali, sulla base di tale Trattato, per la decisione di ridurre i sussidi alle imprese operanti nel settore dell'energia solare¹³².

7. I negoziati per la modernizzazione dell'ECT hanno, finora, prodotto pochi risultati. Nel caso di fallimento delle trattative, potrebbero prospettarsi tre soluzioni alternative.

Innanzitutto, vi sarebbe la possibilità di un accordo *inter se*. Infatti, l'art. 41 VCLT prevede che, in determinate circostanze, due o più parti di un trattato multilaterale possano concludere un accordo per modificare il trattato solo tra loro. Perciò, gli Stati membri dell'UE, eventualmente insieme con altre Parti contraenti dell'ECT, potrebbero concludere un accordo *inter se* per modificare il regime previsto dall'ECT nei loro rapporti reciproci¹³³, ad esempio escludendo gli investimenti in combustibili fossili dall'ambito di applicazione del Trattato, rendendo più dettagliate alcune clausole di protezione degli investimenti (lasciando, in tal modo, meno spazio alla discrezionalità interpretativa degli arbitri), rivedendo i meccanismi di soluzione delle controversie Stato-investitore straniero. In ogni caso, l'accordo *inter se* è consentito dall'art. 41 VCLT esclusivamente nel rispetto di determinate condizioni. In primo luogo, le eventuali modifiche ai trattati multilaterali solo tra alcune parti contraenti devono essere previste dal trattato in questione o, almeno,

¹³¹ Secondo i ricorrenti, le loro partecipazioni nella società Yukos erano state espropriate dalla Russia attraverso una serie di azioni che avevano indotto Yukos al fallimento. Nel presente caso, la Russia ha sostenuto di non essere più vincolata dal Trattato, invocando l'art. 45, par. 3, lett. a), ECT. Ai sensi di tale disposizione, ogni firmatario può porre fine all'applicazione provvisoria del Trattato mediante notifica per iscritto della sua intenzione di non divenire una Parte contraente. La Russia aveva notificato l'intenzione di porre fine all'applicazione provvisoria dell'ECT e di non voler diventare Parte contraente del Trattato il 19 ottobre 2009, poco prima della decisione arbitrale resa sotto gli auspici della Corte permanente di arbitrato. Nel lodo provvisorio sulla giurisdizione e l'ammissibilità, valutando le conseguenze di tale notifica, il Collegio ha osservato che, dal 19 ottobre 2009, l'ECT non era più provvisoriamente applicabile alla Russia, tuttavia, in conformità dell'art. 45, par. 3, lett. b), ECT le disposizioni in materia di protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie contenute nel Trattato avrebbero continuato ad avere vigore per un periodo di 20 anni (a partire da tale data) in relazione agli investimenti già effettuati. Perciò, secondo il Collegio, i ricorrenti beneficiavano della protezione garantita dal Trattato e il Governo era ancora vincolato dalle disposizioni ivi contenute in materia di risoluzione delle controversie (cfr. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-04/AA227, lodo provvisorio sulla giurisdizione e l'ammissibilità del 30 novembre 2009, www.italaw.com, in particolare par. 395).

¹³² L'Italia è stata convenuta davanti a tribunali arbitrali ICSID a seguito della decisione di ridurre gli incentivi per gli investimenti nelle centrali fotovoltaiche concessi con i cosiddetti "decreti Conto energia" (adottati tra il 2005 e il 2012), il cui valore è stato poi ridotto a seguito dell'adozione di nuovi provvedimenti, in particolare il decreto legge n. 91/2014 del 24 giugno 2014 (il c.d. "decreto Spalma-incentivi"). Cfr. al riguardo, ad esempio, *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/40, lodo del 28 agosto 2019, www.italaw.com. Analoghe azioni per le decisioni dello Stato ospite nel settore delle energie rinnovabili sono state avviate davanti a tribunali arbitrali, come si è osservato, anche contro la Spagna. Si veda sull'argomento M. ALESSI, J. NÚÑEZ FERRER, C. EGENHOFER, *Suspended in Legal Limbo: Protecting Investment in Renewable Energy in the EU*, CEPS Policy Insights, n. 3, gennaio 2018. Sulla base di quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza relativa al caso *Achmea*, l'Italia e altri Stati membri hanno contestato i procedimenti arbitrali fondati sull'ECT ancora in corso.

¹³³ Cfr. M. DIETRICH BRAUCH, *Should the European Union Fix, Leave or Kill the Energy Charter Treaty?*, 9 febbraio 2021, blogdroituropeen.com.

non essere vietate. Inoltre, secondo l'art. 41, par. 1, (i), VCLT, l'accordo *inter se* non può influire sul godimento da parte degli altri contraenti dei loro diritti ai sensi del trattato iniziale o sull'esecuzione di loro obblighi. Quindi, il trattato non modificato continuerebbe a disciplinare il rapporto degli Stati membri dell'UE con gli investitori delle restanti Parti contraenti dell'ECT. Tali investitori potrebbero, pertanto, continuare ad avviare procedimenti arbitrali e chiedere risarcimenti sulla base dell'ECT.

Secondo l'art. 41, par. 1, (ii), VCLT, poi, le eventuali modifiche non possono riguardare una disposizione la cui deroga sia incompatibile con l'effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato iniziale nel suo insieme. Ora, come si è già osservato, l'art. 46 ECT impedisce qualsiasi riserva al Trattato; inoltre, l'art. 16 ECT vieta espressamente qualsiasi deroga concernente le disposizioni sugli investimenti contenute nel Trattato in caso di accordi precedenti o successivi¹³⁴, a meno che tali accordi non prevedano un regime più favorevole. Perciò, una Parte contraente dell'ECT potrebbe opporsi alle disposizioni dell'accordo *inter se* invocando la mancata realizzazione dell'oggetto e dello scopo del Trattato stesso. Ad esempio, in occasione di un arbitrato internazionale contro uno Stato membro dell'UE, si potrebbe sostenere che l'effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo dell'ECT nel suo insieme costituirebbe un ostacolo a un accordo *inter se* volto a impedire l'applicazione di disposizioni sostanziali e fondamentali di tale Trattato, quali sono, ad esempio, il divieto di riserva o quello di deroga di alcune disposizioni. Quindi, anche in presenza di un accordo *inter se*, è controverso il fatto che le clausole in materia di risoluzione delle controversie tra Stato e investitore straniero o le protezioni per gli investimenti anche nel settore dei combustibili fossili, attualmente presenti, cessino di essere applicabili in base a tale accordo, dal momento che ciò potrebbe vanificare il raggiungimento dell'oggetto e dello scopo dell'ECT¹³⁵.

Una seconda alternativa, in caso di esiti poco significativi del processo negoziale, potrebbe essere il recesso dell'UE e dei suoi Membri dal Trattato, sulla base dell'art. 47 ECT. Il 2 dicembre 2020, rispondendo alle richieste avanzate da un gruppo di eurodeputati e parlamentari nazionali, la Commissione europea ha, in effetti, ipotizzato il recesso da parte dell'Unione, qualora il processo di modernizzazione non dovesse consentire il raggiungimento, in tempi ragionevoli, degli obiettivi fondamentali dell'Organizzazione in tema di tutela dell'ambiente, in particolare il rispetto dell'Accordo di Parigi¹³⁶. In questo caso, l'UE e i suoi Membri potrebbero concludere un accordo di associazione con le restanti Parti contraenti dell'ECT, secondo quanto stabilito nell'art. 43 di tale Trattato.

Inoltre, in assenza di un recesso coordinato dell'UE e di 26 suoi Stati membri (tutti eccetto l'Italia), singoli Stati membri potrebbero decidere di recedere dal Trattato. Tale intenzione è stata, del resto, già manifestata da singoli Stati mem-

¹³⁴ Cfr. su tale articolo quanto osservato in *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, decisione sulla questione *Achmea* del 31 agosto 2018, par. 192 ss.

¹³⁵ L'Italia ha invocato, invece, la natura di accordo *inter se* del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 per sostenere la non applicabilità dell'art. 26 ECT alle controversie intra-UE (cfr. *Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA Claimants v. The Italian Republic*, lodo del 23 dicembre 2018, par. 265, e *Belenergia S.A. v. Italian Republic*, lodo del 28 agosto 2019, par. 185).

¹³⁶ Cfr. *Answer Given by Executive Vice-President Dombrovskis on Behalf of the European Commission*, EN P-005555/2020, 2 dicembre 2020.

bri, come ad esempio la Francia¹³⁷ e vi sono richieste in tal senso anche da parte della società civile¹³⁸. Peraltro, occorre ricordare che l'ECT include la c.d. “*sunset clause*”, in virtù della quale il regime convenzionale previsto continuerà ad applicarsi agli investitori degli Stati che recedono per venti anni a decorrere dalla data in cui il recesso dal Trattato prende effetto¹³⁹. La copertura di venti anni offerta da tale clausola mal si concilia sia con l'esigenza pressante e non procrastinabile di una transizione energetica globale sia con l'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050. Inoltre, non solo il regime attualmente previsto continuerebbe ad applicarsi all'UE, ai suoi Membri e ai suoi investitori, ma eventuali future modifiche *pro-environment* dell'ECT non potrebbero più riguardare l'UE e i suoi Stati membri, che rimarrebbero vincolati invece, in tale arco temporale, dalla versione del Trattato non riformata. Tuttavia, nel recedere congiuntamente, i Membri potrebbero concludere un accordo *inter se* per impedire l'applicazione della *sunset clause* quanto meno nei rapporti intra-UE, ponendo in tal modo anche fine agli arbitrati internazionali intra-UE sulla base dell'ECT. Si giungerebbe, attraverso tale strada, a una soluzione analoga a quella adottata per i BITs. Dal momento che la maggior parte delle controversie basate sul Trattato sono intra-UE, ciò potrebbe limitare, in maniera significativa, il rischio dell'impatto negativo degli arbitrati sulla lotta ai cambiamenti climatici.

Vi è, infine, l'ipotesi di un'estinzione dell'ECT. In mancanza di disposizioni specifiche al riguardo in tale Trattato, occorre richiamare l'art. 54 VCLT, secondo cui l'estinzione può avvenire per consenso di tutte le parti previa consultazione tra le Parti contraenti. Ora, in considerazione delle difficoltà emerse nel raggiungere un consenso generale per la riforma dell'Accordo, appare difficile ipotizzare il raggiungimento dell'unanimità richiesta per l'estinzione dell'ECT. Perciò, anche l'estinzione, come gli emendamenti, potrebbe essere ostacolata dalle Parti contraenti che non condividono gli obiettivi dell'UE.

Peraltro, l'estinzione dell'ECT, un Trattato ormai decisamente obsoleto, potrebbe favorire la conclusione di un nuovo accordo in materia di promozione e protezione degli investimenti nel settore energetico, conforme alle esigenze di tutela dell'ambiente della comunità internazionale e compatibile, nel contempo, con le norme materiali e procedurali del diritto dell'UE.

8. L'analisi fatta nei paragrafi precedenti mette in luce, prendendo come esempio l'ECT, il rischio di un conflitto tra norme del diritto internazionale appartenenti a sottosistemi giuridici distinti, che perseguono obiettivi talvolta in contrasto, rendendo concreta l'ipotesi di un'incompatibilità tra impegni assunti dagli stessi soggetti in settori diversi del diritto internazionale: nel caso specifico, quello della tutela dell'ambiente e quello della protezione degli investimenti stranieri.

¹³⁷ Cfr. la lettera dei ministri francesi Bruno Le Maire, Barbara Pompili, Franck Riester, Clément Beaune alla Commissione europea, www.collectifstoptafta.org.

¹³⁸ Circa 400 organizzazioni hanno firmato un appello, reso pubblico il 6 luglio 2021, per chiedere alla Commissione europea e agli Stati membri di recedere prima dell'inizio della XXVI Conferenza delle Parti (COP26) dell'UNFCCC, che avrà luogo a Glasgow tra il 31 ottobre e il 12 novembre 2021 (cfr. il documento *Exit the Energy Charter Treaty by COP26*, www.collectifstoptafta.org).

¹³⁹ Cfr. l'art. 47, par. 3, ECT. Tale clausola, presente in numerosi IIAs, ha consentito non solo il ricorso nel caso *Yukos* contro la Russia, ma anche quello nel caso *Rockhopper* contro l'Italia.

Tale contrasto evidenzia l'esigenza, sempre più avvertita dalla comunità internazionale, di trovare un equilibrio tra la garanzia dei cosiddetti “*economic values*” e la salvaguardia dei cosiddetti “*non-economic values*”. Il rapporto tra istanze del mercato e valori di altra natura definiti globalmente “*non-economic values*” è divenuto, infatti, un tema centrale nel dibattito relativo al perseguimento di una globalizzazione economica che sia sostenibile¹⁴⁰.

Il cambiamento climatico rappresenta, attualmente, una delle maggiori sfide per la comunità internazionale, poiché l'innalzamento globale della temperatura rischia di avere conseguenze devastanti. Gli investimenti stranieri, come si è già osservato, potrebbero avere un ruolo chiave al fine di contrastare tale fenomeno, favorendo, in tal modo, il raggiungimento degli SDGs. Peraltro, la maggior parte degli IAs esistenti, tra cui proprio l'ECT, non sono stati negoziati per promuovere e proteggere gli investimenti esteri necessari per il conseguimento di questi Obiettivi. Al contrario, tali trattati possono, da una parte, favorire investimenti nocivi per l'ambiente, dall'altra, limitare la capacità dei governi di prevenire o affrontare i danni che ne derivano, ostacolando l'adozione da parte dello Stato ospite di misure per la mitigazione o l'adattamento ai cambiamenti climatici e, in generale, di iniziative a salvaguardia dell'ambiente.

Ciò nonostante, la protezione degli investimenti stranieri e la lotta ai cambiamenti climatici non devono essere, necessariamente, aspirazioni confliggenti. Invero, da qualche tempo, si sta cercando di promuovere un'armonizzazione tra tali interessi, attraverso un maggiore coordinamento tra il diritto internazionale degli investimenti e le norme internazionali a tutela dell'ambiente. Ad esempio, i negoziati internazionali in materia di clima stanno evidenziando, sempre più, la rilevanza del sostegno finanziario, in aggiunta a quello tecnico, per i processi di mitigazione e adattamento nei Paesi in via di sviluppo¹⁴¹.

D'altra parte, il carattere sempre più multidirezionale dei flussi globali di investimento ha fatto venir meno la tradizionale distinzione tra Paesi industrializzati/esportatori di capitali e Paesi in via di sviluppo/importatori di capitali, inducendo molti governi a modificare le proprie politiche in materia allo scopo di consentire un migliore equilibrio tra la protezione degli investimenti in uscita e i benefici degli investimenti in entrata e tra la tutela degli interessi privati dell'investitore e il rispetto di esigenze collettive pubbliche.

¹⁴⁰ Su tali temi v. D. CATERINO, I. INGRAVALLO (a cura di), *L'impresa sostenibile. Alla prova del dialogo dei saperi*, Lecce, 2020.

¹⁴¹ Ad esempio, in occasione della XV Conferenza delle Parti (COP15) dell'UNFCCC (Copenaghen, 7-18 dicembre 2009), i Paesi industrializzati sono stati invitati a mobilitare un totale di 30 miliardi di dollari in finanziamenti “*fast start*” per il periodo 2010-2012 (cfr. Conferenza delle Parti, decisione 2/CP.15, 18 dicembre 2009, paragrafi 5 e 8). Inoltre, in occasione della XVI Conferenza delle Parti (COP16) dell'UNFCCC (Cancún, 29 novembre-10 dicembre 2010), è stato previsto un impegno finanziario di 100 miliardi di dollari all'anno entro il 2020 a sostegno di tali sforzi (cfr. Conferenza delle parti, *draft decision* 1/CP.16, 10 dicembre 2010, par. 98). Anche l'High Level Advisory Group on Climate Change Financing (AGF), istituito dal Segretario generale dell'ONU il 12 febbraio 2010 allo scopo di valutare potenziali fonti di reddito per consentire il livello di finanziamenti stabiliti in occasione della COP15, ha ribadito che i Paesi industrializzati devono favorire gli investimenti sia pubblici che privati verso i Paesi in via di sviluppo per promuovere il rispetto degli impegni in materia climatica (cfr. il *Report of the Secretary-General's High-level Advisory Group on Climate Change Financing*, 5 novembre 2010, reperibile online, p. 5 ss.).

Tuttavia, per superare le incompatibilità tra i due sottosistemi del diritto internazionale interessati e il rischio di una frammentazione giuridica, occorre una profonda riforma del regime internazionale in materia di investimenti, che richiede nuovi approcci a livello sia giurisprudenziale sia normativo.

Finora, i tribunali arbitrali hanno interpretato le norme contenute negli IIAs senza dare particolare rilevanza alle esigenze ambientali, limitando spesso la capacità dello Stato ospite di adottare misure per affrontare i cambiamenti climatici. Tuttavia, in alcuni casi recenti, si è giunti a una lettura più equilibrata delle garanzie a beneficio degli investitori, che ha tenuto conto anche dell'esigenza di tutelare l'ambiente e del rispetto di interessi pubblici¹⁴².

Al di là dell'interpretazione delle clausole convenzionali da parte degli arbitri, peraltro, è essenziale che siano gli stessi Stati e le organizzazioni internazionali a inserire negli IIAs, incluso l'ECT, articoli chiari che consentano loro di adottare misure di adattamento e mitigazione per contrastare i cambiamenti climatici. Senza alcun dubbio, tali accordi andrebbero modificati in modo da promuovere gli investimenti che contribuiscono allo sviluppo sostenibile¹⁴³ e privare di protezione quelli che invece possono avere un impatto negativo sull'ambiente e sul clima¹⁴⁴.

Invero, sempre più di frequente vengono inserite negli IIAs disposizioni *environment-friendly*, che possono assumere diversi contenuti, prevedendo, ad esempio, l'impegno degli Stati ospiti a non abbassare il livello di protezione dell'ambiente nelle leggi nazionali, il diritto di tali Stati di adottare leggi a tutela dell'ambiente senza che ciò venga considerato una violazione degli standard di trattamento e protezione indicati nel trattato o la responsabilità sociale dell'investitore¹⁴⁵. Per esempio la Southern African Development Community (SADC) ha introdotto, nel suo modello di BIT del 2012, specifici obblighi per l'investitore in materia ambientale¹⁴⁶. Alcuni IIAs firmati di recente richiamano il concetto di responsabilità sociale

¹⁴² Cfr. in particolare *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, decisione provvisoria sulla domanda riconvenzionale ambientale dell'11 agosto 2015 e lodo del 27 settembre 2019, entrambi reperibili in www.italaw.com; e *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* (in precedenza *Burlington Resources Inc. and Others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador) Burlington*), ICSID Case No. ARB/08/5, decisione sulle domande riconvenzionali dell'Ecuador del 7 febbraio 2017, www.italaw.com. V. sul tema F. MARISI, *Environmental Interests in Investment Arbitration: Challenges and Directions*, Alphen aan den Rijn, 2020.

¹⁴³ Cfr. al riguardo UNCTAD, *World Investment Report 2010. Investing in a Low-carbon Economy*, New York, 2010, p. XXVII.

¹⁴⁴ Ad esempio, si potrebbe prevedere, all'interno degli IIAs, strumenti come il *Clean Development Mechanism* (CDM), che è uno dei meccanismi flessibili contemplati dal Protocollo di Kyoto (art. 12), grazie al quale le imprese dei Paesi industrializzati con vincoli di emissione possono realizzare progetti volti alla riduzione delle emissioni di gas serra nei Paesi in via di sviluppo senza vincoli di emissione. Il Protocollo di Kyoto è stato adottato l'11 dicembre 1997 in occasione della III Conferenza delle Parti (COP3) dell'UNFCCC.

¹⁴⁵ Cfr. sull'argomento L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Environmental Protection and Investment Arbitration: Yin and Yang?*, in *Anuario colombiano de derecho internacional*, 2017, p. 371 ss.; C. MARTINI, *Balancing Investors' Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration: an Assessment of Recent Trends in Investment Treaty Drafting*, in *The International Lawyer*, 2017 p. 529 ss.; L. REES-EVANS, *The Protection of the Environment in International Investment Agreements: Recent Developments and Prospects for Reform*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2020, p. 357 ss.; J. RUDALL, *Green Shoots in a Barren World: Recent Developments in International Investment Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2020, p. 453 ss.

¹⁴⁶ Cfr. gli articoli 13, 14 e 15.

di impresa facendo riferimento agli standard *internationally recognized* in aree come lavoro, ambiente e diritti umani¹⁴⁷. Altri accordi sono più specifici e citano, espressamente, gli SDGs dell'ONU¹⁴⁸, la Carta ONU o le Linee guida per le imprese multinazionali e i Principi di *Corporate Governance* dell'OCSE¹⁴⁹. In tal senso si esprimono anche i *G20 Guiding Principles for Global Investment Policymaking*, concordati in occasione del vertice ministeriale di Shanghai del 9-10 luglio 2016 e approvati nel settembre successivo al *summit* di Hangzhou, un insieme di principi non vincolanti per le politiche in materia di investimenti volti a “(i) fostering an open, transparent and conducive global policy environment for investment, (ii) promoting coherence in national and international investment policymaking, and (iii) promoting inclusive economic growth and sustainable development”¹⁵⁰.

Per quanto riguarda poi l'UE, tale Organizzazione, che include ormai abitualmente un capitolo apposito in materia di sviluppo sostenibile nei suoi FTAs¹⁵¹, ha voluto una sezione specifica sul tema anche nell'Accordo globale sugli investimenti con la Cina¹⁵².

Dunque, il conflitto tra diritto internazionale dell'ambiente e diritto internazionale degli investimenti non è più inevitabile, perciò, tali discipline potrebbero entrare in una nuova fase, caratterizzata da maggiore coordinamento, armonizzazione e sinergie reciproche.

In tale complesso quadro si inserisce il processo di modernizzazione dell'ECT. La conclusione di questo Trattato è stata determinata, originariamente, dall'esigenza di assicurare agli investitori stranieri la necessaria protezione in Stati in piena transizione politica ed economica. Tale obiettivo aveva, all'epoca, una funzione fondamentale: favorire lo sviluppo dei Paesi ospiti attraverso l'afflusso di capitali stranieri e inglobare gli Stati ex comunisti nel contesto politico ed economico internazionale. Tuttavia, con gli anni si è affermata sempre più, a livello internazionale, l'esigenza di attuare specifiche politiche ambientali per contrastare i cambiamenti climatici, che ha portato all'Accordo di Parigi del 2015. È emerso, pertanto, il problema di come conciliare il regime giuridico stabilito dall'ECT con l'esigenza di garantire il rispetto degli impegni sul clima previsti dall'Accordo di Parigi, in particolare quello di limitare l'aumento della temperatura globale, obiettivo la cui attuazione richiede, soprattutto, la promozione di fonti energetiche “pulite”. In un rapporto del gennaio 2020 sulla modernizzazione dell'ECT, si afferma chiaramente che, se non si escludono i combustibili fossili dall'ambito di applicazione dell'accordo, “the continuation of the binding protection of foreign investments in fossil fuels will potentially increase the cumulative carbon emissions protected by the ECT regime from at least 87 Gt by the end of 2019 to at least 216 Gt by the end of 2050. This is equivalent to

¹⁴⁷ Cfr. ad esempio l'art. 14.15 dell'Accordo di libero scambio tra la Colombia e Panama del 20 settembre 2013; l'art. 16 del BIT tra il Burkina Faso e il Canada del 20 aprile 2015; l'art. 14 del Protocollo sulla cooperazione e agevolazione degli investimenti intra-MERCOSUR del 7 aprile 2017.

¹⁴⁸ Cfr. ad esempio l'art. 24, par. 1, del BIT tra il Marocco e la Nigeria del 2016.

¹⁴⁹ Cfr. ad esempio il preambolo dell'Accordo di libero scambio tra la Bosnia-Erzegovina e la European Free Trade Association (EFTA) del 24 giugno 2013.

¹⁵⁰ Cfr. in particolare il principio VIII, secondo il quale “investment policies should promote and facilitate the observance by investors of international best practices and applicable instruments of responsible business conduct and corporate governance”.

¹⁵¹ Cfr. ad esempio il capitolo 22 del CETA del 2016, il capitolo 12 dell'FTA con Singapore del 2018 e il capitolo 13 dell'FTA con il Vietnam del 2019.

¹⁵² Cfr. la sez. IV del CAI.

more than one-third of the remaining global carbon budget to limit planet's warming to 1.5°C by the end of the century. The binding protection of carbon emissions qualifies the ECT for an 'ecocide' Treaty given the scientific evidence available about the contribution of carbon emissions to the expected ecological disaster"¹⁵³.

L'UE, che sulla base degli impegni assunti a Parigi ha adottato importanti iniziative e atti, tra cui in particolare il *Green Deal*, è dunque chiamata a trovare una soluzione per attuare concretamente i propri impegni in materia ambientale nel rispetto delle norme a tutela degli investimenti stranieri contenute nell'ECT. Perciò, se l'ECT ha avuto origine dalla volontà dell'Unione di concludere un accordo internazionale dedicato espressamente al settore energetico (prima con dimensione europea e, successivamente, esteso anche ad altre aree del globo), ora, è essenziale per tale Organizzazione affrontare la questione della compatibilità tra questo Accordo e gli impegni da essa assunti, a livello interno e internazionale, per contrastare l'innalzamento della temperatura globale. Il processo di modernizzazione dell'ECT offre all'UE l'opportunità storica di influenzare in maniera significativa lo sviluppo di standard per la promozione e la protezione di investimenti *green*, nel pieno rispetto degli impegni internazionali in materia di lotta ai cambiamenti climatici. D'altronde, l'Unione ha già scelto di seguire tale strada negli FTAs negoziati con Paesi di tutte le aree del globo.

Se il processo di modernizzazione del Trattato non dovesse portare a modifiche sostanziali, in particolare a un'esclusione dei combustibili fossili dall'ambito di applicazione del regime convenzionale, l'Unione e/o i suoi Membri dovrebbero valutare, con attenzione, la possibilità di un recesso sulla base dell'art. 47 ECT, tenendo presente, però, che l'Accordo continuerebbe ad applicarsi per venti anni sulla base della *sunset clause*, protraendosi, in tal modo, la protezione anche per gli investimenti nel settore dei combustibili fossili.

Mentre, se le Parti contraenti dell'ECT saranno in grado di apportare modifiche significative, cambiando le disposizioni più controverse del Trattato, tale accordo potrebbe divenire uno strumento fondamentale per il rispetto degli obblighi internazionali in materia ambientale. Infatti, avendo come scopo la promozione e la protezione degli investimenti all'estero, l'ECT potrebbe stimolare gli investimenti *green*, favorendo il raggiungimento degli obiettivi climatici previsti dall'Accordo di Parigi. Il processo di modernizzazione in atto potrebbe, pertanto, facilitare lo sviluppo di nuove sinergie, secondo la logica della promozione di una globalizzazione sostenibile. D'altro canto, l'ECT è attualmente l'unico Trattato multilaterale, di portata non regionale, che disciplina nella sua globalità il regime giuridico internazionale degli investimenti, per di più in un settore fondamentale quale quello dell'energia.

Dunque, come ha di recente affermato Urban Rusnák, il Segretario della Carta dell'energia, l'ECT può giocare un ruolo fondamentale nell'attuazione dell'Accordo di Parigi e degli SDGs dell'ONU. Al contrario, qualora il processo di modernizzazione dovesse fallire, tale Trattato perderebbe, probabilmente, qualsiasi ragione d'essere¹⁵⁴.

¹⁵³ Cfr. Y. SAHEB, *Modernisation of the Energy Charter Treaty. A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers*, gennaio 2020, www.openexp.eu, p. 4.

¹⁵⁴ Cfr. l'intervista rilasciata dal Segretario generale dell'ECT Urban Rusnák a Borderlex, secondo cui l'ECT potrebbe essere "un complemento dell'Accordo di Parigi", dal momento che, tutelando il commercio e il transito delle energie rinnovabili, tale trattato faciliterebbe il rispetto degli impegni sul clima. Rusnák ha osservato: "If the modernisation process fails, I don't see a future for the Treaty".

Abstract

The Energy Charter Treaty: Conflicts and Synergies between the Investment Protection and the Fight Against Climate Change

The fight against climate change has become a priority for the future of the international community. While, on the one hand, foreign investments can play a fundamental role for the safeguard of the environment, on the other, the enforcement of International Investment Agreements (IIAs) could have a negative impact on the fight against climate change and, in general, on environmental protection. In this context, the Energy Charter Treaty (ECT) has a special relevance, since it exclusively covers investments in the energy sector, which is responsible for 84% of anthropogenic CO₂ emissions and 64% of greenhouse gas emissions. The ECT is, at the moment, the most often invoked IIA in investor-State disputes. Furthermore, it is currently under a complex ‘modernization process’, the outcome of which will affect the problem of climate change, since this process could favour or, instead, hinder the transition from fossil-based energy to renewable energies, with important consequences on the phenomenon of climate change. The article considers these aspects, with a special focus on the role of the European Union (EU) in this context, concluding that new synergies are possible between international investment law and environmental protection rules. Recent arbitral decisions as well as new FTAs and BITs prove that environmental protection and climate change are becoming more and more important within the international investment law.

Secondo il Segretario generale, un tale fallimento “would seriously hamper the ability of the world to meet the Paris climate targets. The Paris Agreement does not protect investment. The Energy Charter Treaty does. It’s a complement to the Paris agreement” (v. K. BECKMAN, *Interview: A New Energy Charter Treaty as a Complement to the Paris Agreement*, in *Bordelex*, 18 giugno 2020, borderlex.eu).



Note e Commenti

Francesco Battaglia*

Recenti novità in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Osservazioni preliminari sulla natura delle azioni a tutela di interessi collettivi. – 3. La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione europea. – 4. La direttiva sui provvedimenti inibitori. – 5. La direttiva del 2020 sui ricorsi collettivi dei consumatori. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il 25 novembre 2020 è stata adottata la direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori¹, che si inserisce nell'ambito del *New Deal* europeo per i consumatori², vale a dire quel pacchetto di misure proposto dalla Commissione europea ad aprile 2018 con l'obiettivo, tra l'altro, di modernizzare le norme esistenti e colmare le lacune nell'attuale *acquis* dei consumatori; fornire ai consumatori strumenti di ricorso più efficaci; rafforzare la cooperazione con i Paesi terzi; garantire la parità di trattamento dei consumatori nel mercato unico; sensibilizzare maggiormente i consumatori sui propri diritti; prendere in considerazione le sfide future per la politica dei consumatori in un ambiente economico e tecnologico in rapida evoluzione³.

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nella Sapienza di Roma.

¹ Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE. Per un primo commento, cfr. M. J. AZAR-BAUD, M. SOUSA FERRO, *Directive on Consumer Representative Actions: a Sheep in Wolf's Clothing?*, in *EU Law Live*, 4 dicembre 2020, reperibile online; M. CASTELLANETA, *Interessi collettivi dei consumatori: in Gazzetta la direttiva UE*, 17 dicembre 2020, reperibile online; P. ROTT, *A Proper EU Collective Redress Mechanism, Finally!*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, p. 223 ss.

² Oltre alla direttiva in esame, il *New Deal* per i consumatori comprende la direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, dell'11 aprile 2018, Un "New Deal" per i consumatori, COM(2018)183 final, p. 4. Il progetto di *New Deal* è stato oggetto anche di severe critiche da parte della dottrina, poiché ritenuto eccessivamente limitato nella definizione degli obiettivi da raggiungere (a tal riguardo, cfr. M. B. M. Loos, *The Modernization of European Consumer Law: A Pig in a Poke?*, in *European Review of Pri-*

La direttiva è stata annunciata con grande enfasi dal legislatore dell'Unione⁴, poiché istituisce uno strumento del quale le istituzioni europee discutono da più di un decennio, cioè quello delle azioni rappresentative, che era stato solo in parte introdotto dalla direttiva del 2009 sui provvedimenti inibitori⁵, abrogata, per l'ap-punto, da quella in esame⁶.

Come si vedrà, infatti, il Parlamento europeo si espresse a favore di un simile strumento di tutela già nel 2007, anche se in quell'occasione lo fece con riferimento alla sola disciplina *antitrust*. In tal senso, affermò che, a fini di giustizia e per ragioni di economia, rapidità e coerenza, si deve riconoscere alle vittime la possibilità di intraprendere volontariamente azioni legali collettive, sia direttamente sia attraverso un'associazione il cui statuto indichi che il suo obiettivo consiste in tale iniziativa⁷.

Tuttavia, nonostante la posizione più volte manifestata dal Parlamento europeo, e sostanzialmente condivisa anche dalla Commissione⁸, il percorso verso l'istitu-zione di un meccanismo a tutela degli interessi collettivi dei consumatori non è stato semplice per diverse ragioni⁹.

In seno al Consiglio, ad esempio, non tutti gli Stati membri erano pienamente convinti dell'opportunità di introdurre nell'ordinamento giuridico dell'Unione un

vate Law, 2019, p. 113 ss., che afferma che “the European Commission had missed the opportunity to advance the consumer acquis by implementing the many recommendations made to it within the framework of the fitness check carried out for this purpose at the request of the Commission”).

⁴ Si vedano, tra tutte, la dichiarazione del relatore della proposta legislativa in seno al Parlamento europeo, on. Geoffroy Didier, secondo il quale: “this reform strikes the right balance between increasing consumer protection on one hand and the necessary legal safety for companies; it goes even further, by showing that safety and security need to go hand in hand (...) The aim is not to punish anyone, but to compensate victims for any loss. The text also ensures all dangers and failures inherent in American class action are avoided” (European Parliament, *New Rules to Help Consumers Join Forces to Seek Compensation*, 26 marzo 2019, reperibile *online*).

⁵ Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

⁶ Anche in dottrina, di recente, era stata auspicata l'adozione della direttiva in questione, affermando che ciò avrebbe costituito un notevole passo in avanti in materia di tutela degli interessi collettivi e diffusi, in un contesto nel quale la tutela processuale dei detti interessi si trova ancora in uno stato primordiale. A tal riguardo, cfr. G. CONTALDI, *La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 10 ss., in particolare pp. 19-22 e 24.

⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 aprile 2007 sul Libro verde “Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”, 2006/2207(INI).

⁸ Per quanto riguarda la posizione tenuta negli anni dalla Commissione europea, è esemplificativa la dichiarazione rilasciata nel 2018 dall'allora Commissaria europea per la giustizia, la tutela dei consumatori e l'uguaglianza, Věra Jourová, quando ha annunciato l'adozione della proposta di direttiva in esame. La Jourová, difatti, ha affermato che “in a globalised world where the big companies have a huge advantage over individual consumers we need to level the odds. Representative actions, in the European way, will bring more fairness to consumers, not more business for law firms. And with stronger sanctions linked to the annual turnover of a company, consumer authorities will finally get teeth to punish the cheaters. It cannot be cheap to cheat” (European Commission, *A New Deal for Consumers: Commission strengthens EU consumer rights and enforcement*, 11 aprile 2018, reperibile *online*).

⁹ Vale la pena di ricordare che anche l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali ha raccomandato l'adozione di strumenti di tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Cfr. FRA, *Opinion on Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level*, 10 aprile 2017, reperibile *online*.

simile strumento, il quale – vale la pena di segnalarlo – non aveva conosciuto particolare successo nemmeno a livello nazionale¹⁰.

Inoltre, i gruppi portatori di interesse avevano mostrato orientamenti differenti a tal proposito. Dalla prospettiva dei consumatori, il Bureau Européen des Unions de Consommateurs ha sempre sostenuto l'idea di un *collective redress mechanism*, invitando anche ad andare oltre quanto poi realizzato con il *New Deal for Consumers*¹¹. Dall'altro lato, invece, le organizzazioni rappresentative del settore imprenditoriale hanno mantenuto nel tempo una posizione fortemente critica in proposito, affermando finanche che il meccanismo proposto avrebbe aperto le porte “for very little consumer benefits but holds a great harm potential for businesses” e che “[it would have violated] fundamental rights of business”¹².

A dare un impulso decisivo verso l'istituzione delle azioni a tutela degli interessi collettivi è stato certamente lo scandalo *Dieselgate* e, in particolare, le conseguenze negative che l'assenza di una disciplina dell'Unione europea in tale ambito ha comportato per i consumatori dei Paesi membri.

Proprio a seguito del *Dieselgate*, comunemente ritenuto come il più grande scandalo dell'industria automobilistica, il Parlamento europeo, attraverso una raccomandazione adottata a seguito dell'inchiesta sulla misurazione delle emissioni nel settore automobilistico¹³, ha chiesto alla Commissione di presentare una proposta legislativa intesa a istituire un sistema di ricorso collettivo, al fine di creare un sistema armonizzato di tutela¹⁴.

D'altro canto, il trattamento deteriore riservato ai consumatori europei, rispetto a quelli statunitensi, aveva indotto taluni a pensare che il sistema giuridico europeo si sarebbe orientato verso il modello americano, nel quale proprio la presenza di un sistema di *class action* aveva consentito ai consumatori di ottenere un risarcimento per il danno subito¹⁵. Invero, da tempo le istituzioni europee avevano chiarito che il meccanismo di *collective redress* dell'Unione avrebbe dovuto presentare determinati caratteri propri e che si sarebbe dovuto distinguere da quello statunitense, anche al fine di evitare talune pratiche abusive legate a quest'ultimo, principalmente determinate dal fatto che gli avvocati, in caso di successo nella controversia, hanno diritto alle c.d. *contingency fees*, oltre ai risarcimenti punitivi.

¹⁰ Per un esame degli strumenti adottati a livello nazionale cfr. A. STÖHR, *The Implementation of Collective Redress - A Comparative Approach*, in *German Law Journal*, 2020, p. 1606 ss.

¹¹ BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *'New Deal for Consumers' - Clear Improvement but not the Needed Quantum Leap*, 11 aprile 2018, reperibile online.

¹² EUROCHAMBERS, *The New Deal for Consumers or How to Open the Door for Abuses: An Example of Needless Overshooting?*, 11 aprile 2018, reperibile online.

¹³ Relazione del Parlamento europeo, del 2 marzo 2017, sull'inchiesta sulla misurazione delle emissioni nel settore automobilistico, 2016/2215(INI).

¹⁴ Raccomandazione del Parlamento europeo del 4 aprile 2017 al Consiglio e alla Commissione a seguito dell'inchiesta sulla misurazione delle emissioni nel settore automobilistico, 2016/2908(RSP). Con una raccomandazione di poco successiva, il Parlamento europeo ha, inoltre, raccomandato di introdurre meccanismi di ricorso collettivo per violazioni del diritto dell'Unione in materia ambientale: risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2017 sull'applicazione della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (direttiva sulla responsabilità ambientale, o “direttiva ELD”), 2016/2251(INI).

¹⁵ K. VAN ELTEN, B. REHDER, *Dieselgate and Eurolegalism. How a Scandal Fosters the Americanization of European law*, in *Journal of European Public Policy*, 2020, p. 1 ss.

Su questo punto, ad esempio, in dottrina si è affermato che nel sistema statunitense “the class attorney’s egoistic incentive is to maximize his or her fees-awarded by the court if the action succeeds-with a minimized time-and-effort investment. This objective does not align with a both zealous and time-consuming prosecution of the class action, aimed at maximizing the amount of recovery for the class members. The attorney may attain this egoistic objective through shirking, by not investing enough effort into representing his or her clients”¹⁶.

Proprio per evitare tali problematiche, il Parlamento europeo, già nel 2012, aveva sottolineato che l’Unione europea avrebbe dovuto evitare di introdurre un sistema di azione collettiva di tipo statunitense o qualsiasi altro meccanismo non in linea con le tradizioni giuridiche europee¹⁷.

In termini simili, la Commissione europea, nel 2013, aveva precisato che qualsiasi tipologia di ricorso giurisdizionale avrebbe dovuto essere efficace ed equilibrata, in modo da non incentivare l’abuso del contenzioso e non produrre effetti pregiudizievoli sui convenuti, come quelli tipicamente esistenti nella *class action* statunitense. In altre parole, l’Unione avrebbe dovuto creare un approccio europeo ai ricorsi collettivi¹⁸.

Da quanto detto, emerge chiaramente l’interesse per lo studio di uno strumento del quale l’Unione discute da quasi un decennio, non solo al fine di valutarne il carattere innovativo, ma anche per svolgere alcune osservazioni sulla sua effettiva capacità di rafforzare la tutela dei consumatori degli Stati membri.

Pertanto, si procederà, preliminarmente, con una ricostruzione dei caratteri essenziali delle azioni di classe dei consumatori, per poi procedere con l’analisi della direttiva adottata nel novembre 2020.

2. Conviene ricordare, anzitutto, che per azione di classe o azione rappresentativa si intende quell’azione diretta a conseguire un provvedimento giudiziale i cui

¹⁶ A. HARELT, A. STEIN, *Auctioning for Loyalty: Selection and Monitoring of Class Counsel*, in *Yale Law & Policy Review*, 2004, p. 71. Sulle critiche al sistema di *class action* statunitense, cfr. anche J. C. COFFEE, *The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation*, in *Law & Contemporary Problems*, 1985, p. 5 ss.; ID., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, in *Columbia Law Review*, 2000, p. 370 ss.; ID., *Litigation Governance: Taking Accountability Seriously*, *ivi*, 2010, p. 288 ss.; C. P. LU, *Procedural Solutions to the Attorney’s Fee Problem in Complex Litigation*, in *University of Richmond Law Review*, 1991, p. 41 ss.; J. R. MACEYT, G. P. MILLERTT, *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, in *The University of Chicago Law Review*, 1991, p. 1 ss.; E. BRUNET, *Class Action Objectors: Extortionist Free Riders or Fairness Guarantors*, in *University of Chicago Legal Forum*, 2003, p. 403 ss.; A. LAHAV, *Fundamental Principles for Class Action Governance*, in *Indiana Law Review*, 2003, p. 65 ss.; C. R. LESLIE, *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, in *Florida Law Review*, 2007, p. 71 ss.; A. M. ROSE, *Cutting Class Action Agency Costs: Lessons from the Public Company*, in *UC Davis Law Review*, 2020, p. 337 ss.

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo, del 2 febbraio 2012, Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi, 2011/2089(INI).

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell’11 giugno 2013, Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi, COM(2013)401 final.

effetti operino, oltre che nei confronti di chi la promuove, anche nei confronti degli altri componenti della categoria interessata¹⁹.

In altri termini, come rilevato in dottrina, l'azione rappresentativa è volta a tutelare gli interessi collettivi di cui i titolari sono parti non in senso formale – cioè essi non partecipano al procedimento, né ne subiscono le conseguenze in termini di spese – bensì in senso sostanziale, cioè sono assoggettati agli effetti delle decisioni²⁰.

Vale la pena di rilevare che l'azione rappresentativa, nell'ambito della quale un soggetto agisce in rappresentanza di un gruppo di persone che hanno subito una lesione di un loro diritto, differisce da quella di gruppo, in cui più ricorrenti agiscono insieme contro una medesima violazione. In taluni casi, poi, nel diritto dell'Unione europea esistono esempi di azioni collettive che possono essere intentate senza che vi sia l'individuazione dei soggetti lesi²¹, quindi non a tutela di interessi collettivi che riguardano una pluralità di soggetti, ma di interessi diffusi²².

Sotto il profilo consumeristico, l'obiettivo delle azioni rappresentative è quello di rafforzare la tutela dei consumatori, abbattendo taluni ostacoli che sfavoriscono l'accesso alla giustizia da parte di questi ultimi, soprattutto nei casi in cui all'origine della controversia vi sia una pretesa di modesto valore²³. Evitando controversie parallele su questioni simili, quindi, le azioni di classe possono apportare benefici dal punto di vista di una riduzione dei costi e di un aumento della certezza giuridica per i ricorrenti, i convenuti e il sistema giudiziario nel suo insieme²⁴.

Fatta questa premessa di carattere generale, occorre definire alcuni elementi più specifici, in modo da identificare con chiarezza le diverse tipologie di azioni di classe esistenti.

Il primo aspetto da prendere in esame è quello relativo ai soggetti legittimati ad agire. In generale, tale titolarità spetta alle organizzazioni rappresentative o alle associazioni che abbiano un interesse legittimo a farlo, in base a condizioni chiaramente definite. A tal riguardo, come rilevato dall'avvocato generale Sharpston nelle sue conclusioni sul caso *NH*, si deve precisare che a) la definizione di associazioni portatrici di un interesse legittimo spetta al diritto nazionale; b) tali associazioni

¹⁹ Così A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 157 ss.

²⁰ Così R. CAPONI, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate)*, in *Il Foro italiano*, 2019, V, c. 7.

²¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397. Per un commento, v. L. FABIANO, "Le parole come pietre" nel diritto antidiscriminatorio comunitario, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 2054 ss.; R. KRAUSE, *Case C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 917 ss.; R. CISOTTA, *Il principio di non discriminazione basata sulla razza o sull'origine etnica nella sent. 10 luglio 2008, C-54/07, Feryn*, in G. BIAGIONI, I. CASTANGIA (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 167 ss.; F. CECCARONI, *Collective Discrimination Without an Identifiable Victim in EU law. Discrimination by Public Speech*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 33, p. 41 ss.

²² Cfr. A. M. ROMITO, *I provvedimenti inibitori a favore del consumatore nella disciplina dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 507.

²³ I vantaggi delle azioni di classe sono stati spiegati da lungo tempo. A tal riguardo, tra la dottrina classica, cfr. H. KALVEN, M. ROSENFELD, *The Contemporary Function of the Class Suit*, in *The University of Chicago Law Review*, 1941, p. 684 ss.

²⁴ Risoluzione 2011/2089(INI).

devono agire in esecuzione di diritti e obblighi derivanti dal diritto dell'Unione²⁵. Inoltre, vale la pena anche ricordare che le dette organizzazioni possono essere designate o riconosciute dagli Stati membri, oppure possono essere legittimate ad agire automaticamente, purché siano portatrici di interesse.

Sempre restando nell'ambito della legittimazione attiva, ci si deve poi chiedere se i ricorsi possano essere presentati solo nel caso in cui vi sia una vittima determinata, o un denunciante²⁶, oppure anche in assenza della stessa.

In tal senso, si è già detto come nel diritto dell'Unione europea esistano esempi di azioni collettive che possono essere intentate senza la necessità di individuare dei soggetti lesi. Ad esempio, già la direttiva 93/13²⁷ stabiliva, all'art. 7, che gli Stati dovessero adottare “disposizioni volte a permettere a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole”.

A prescindere, però, da tali casi, la Corte di giustizia ha anche affermato che l'azione rappresentativa senza una vittima determinata possa essere applicata anche qualora la normativa dell'Unione non vi faccia espresso riferimento. Ad esempio, nella sentenza *Feryn*, la Corte ha statuito che, anche in assenza di una vittima identificata, dichiarazioni rilasciate alla stampa o mediante altri mezzi di informazione, con le quali si manifesti l'intenzione di non assumere persone aventi una certa razza o origine etnica o un determinato orientamento sessuale, costituiscano una discriminazione diretta nelle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, ai sensi delle direttive 2000/43 e 2000/78²⁸.

Al tempo stesso, distinguendo la nozione di discriminazione da quella relativa ai rimedi che gli Stati devono prevedere, la Corte ha altresì chiarito che dalle medesime direttive non discende l'obbligo per gli Stati membri di prevedere la legittimazione autonoma ad agire in capo ad associazioni o organismi pubblici, in assenza di un denunciante. In altre parole, a giudizio della Corte, benché le direttive in questione riconoscano alle associazioni la possibilità di agire esclusivamente a sostegno o per conto di una vittima, ciò non esclude che l'ordinamento nazionale possa consentire a queste, come pure agli organismi pubblici di parità, di agire senza un denunciante identificato. Ciò, però, non costituisce un obbligo in capo agli Stati, ma una mera facoltà, discendente dal fatto che le dette direttive pongono norme minime che non precludono il mantenimento o l'introduzione da parte degli Stati membri di disposizioni più favorevoli nell'ordinamento nazionale. Tali argomentazioni sono state

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 31 ottobre 2019, causa C-507/18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, ECLI:EU:C:2019:922, punto 96.

²⁶ A tal riguardo, in dottrina si è affermato che “la stessa definizione di discriminazione ‘senza vittima’ è un termine che può essere fuorviante in quanto sottintende la portata anticipata e potenziale della discriminazione, quando questa invece si è davvero realizzata, nella realtà sociale, a danno del gruppo discriminato. In altri termini, ci si trova davanti a discriminazioni ‘senza denunciante’ piuttosto che a discriminazioni ‘senza vittima’” (così S. BARBIERI, *Dichiarazioni pubbliche omofobe come discriminazione diretta nelle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro. Nota a margine della sentenza NH*, in *Eurojus*, 2020, p. 200).

²⁷ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. La direttiva è stata successivamente modificata dalla direttiva 2019/2161.

²⁸ Sentenza *Feryn*, punti 28 e 34.

ribadite dal giudice dell'Unione nelle più recenti pronunce *Asociația Accept* del 25 aprile 2013 e *NH* del 23 aprile 2020²⁹.

Strettamente collegate alla legittimazione attiva sono le questioni relative ai finanziamenti e ai rimborsi delle spese legali. Per quanto riguarda il primo aspetto, le normative sulle azioni di classe debbono chiarire se e a quali condizioni i ricorrenti possano attingere a fondi di terzi per finanziare l'azione in giudizio. Dal punto di vista del rimborso delle spese legali, invece, devono essere precisate le eventuali condizioni di rimborso discendenti dal principio della soccombenza nell'azione.

Il secondo punto su cui ci si deve soffermare è quello concernente le finalità delle azioni di classe. In merito a ciò, occorre ricordare che queste possono avere una plurima natura: inibitoria, volta ad accertare la responsabilità del convenuto e a fare cessare il comportamento illecito³⁰, oppure risarcitoria, finalizzata ad ottenere un risarcimento per il danno subito. Invero, le due categorie sono strettamente collegate tra loro ed assumono carattere sostanzialmente plurale. Quelle inibitorie, infatti, sono efficaci soprattutto in una prospettiva futura, poiché, ponendo fine al comportamento illecito, prevengono ulteriori lesioni dei diritti dei consumatori. Tuttavia, possono risultare meno efficaci nei confronti dei soggetti che hanno già subito l'illecito, soprattutto nel caso in cui nessuna autorità pubblica disponga di adeguati poteri sanzionatori³¹.

Con riferimento alle azioni risarcitorie, occorre poi distinguere le comuni azioni risarcitorie da quelle senza vittima individuata, in cui, proprio per l'assenza di un determinato soggetto leso, il risarcimento finisce con l'assumere una funzione sostanzialmente punitiva. A tal riguardo, in dottrina è stato sottolineato come, in simili circostanze, l'obiettivo dell'azione collettiva dovrebbe dipendere anche da eventuali poteri sanzionatori in capo alle autorità pubbliche. Per i settori nei quali esiste un sistema pubblico di sanzioni nei confronti di chi viola il diritto dell'Unione europea, l'azione rappresentativa senza vittima dovrebbe limitarsi all'inibizione della violazione o a condanne di tipo accessorio³².

²⁹ Sentenze del 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2013:275, e del 23 aprile 2020, causa C-507/18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, ECLI:EU:C:2020:289.

³⁰ Con riferimento all'azione inibitoria, in dottrina si è più volte precisato come gli atti dell'Unione europea vengono spesso tradotti dall'inglese in maniera poco precisa, utilizzando il termine "provvedimento ingiuntivo", dall'inglese *injunctions*, per riferirsi a provvedimenti inibitori, benché nel nostro ordinamento le due locuzioni rinvino a differenti istituti giuridici. Cfr. A. M. ROMITO, *op. cit.*, p. 509; R. CAPONI, *op. cit.*, p. 2.

³¹ A tal riguardo, cfr. P. ROTT, A. HALFMEIER, *Reform of the Injunctions Directive and Compensation for Consumer*, Study Commissioned by BEUC, 2018, reperibile *online*.

³² In tal caso si dovrebbe tenere in conto anche di quanto raccomandato dalla Commissione europea e cioè che: "gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché, nei settori del diritto in cui a un'autorità pubblica è conferito il potere di adottare decisioni che accertano l'avvenuta violazione di norme dell'Unione, le azioni di ricorso collettivo siano, di regola, avviate solo dopo che l'eventuale procedimento dell'autorità pubblica, aperto prima dell'inizio dell'azione privata, si sia definitivamente concluso. Se il procedimento dell'autorità pubblica è aperto dopo l'inizio dell'azione di ricorso collettivo, il giudice dovrebbe evitare di emettere una pronuncia che contrasti con la decisione contemplata dall'autorità pubblica. A tal fine il giudice può sospendere l'azione di ricorso collettivo sino alla conclusione del procedimento dell'autorità pubblica" (cfr. la raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, 2013/396/UE, par. 33).

Quando, invece, non vi è un sistema di sanzioni pubbliche e non vi sono autorità deputate ad infliggere sanzioni nei confronti di chi viola il diritto dell'Unione europea, l'azione privata, pur in assenza di vittime determinate, dovrebbe portare anche ad un risarcimento del danno, il quale potrebbe essere superiore al danno effettivamente patito, almeno in funzione deterrente³³.

Altro elemento caratterizzante un'azione rappresentativa è poi quello delle informazioni in merito alla stessa, nel senso che, al fine di favorire la massima partecipazione, gli Stati dovrebbero provvedere affinché i soggetti legittimati ad agire possano diffondere tutte le informazioni relative a una pretesa violazione di diritti conferiti dal diritto dell'Unione e all'intenzione di chiedere un provvedimento inibitorio o risarcitorio contro di essa.

Infine, assume particolare rilievo il meccanismo di adesione dei ricorrenti alle azioni di classe, che può essere fondato sul principio dell'*opt-out*, tipico della *class action* statunitense, o dell'*opt-in*, comunemente utilizzato negli Stati membri dell'Unione, in alcuni dei quali vigono, tuttavia, sistemi ibridi³⁴. Ai sensi del secondo, aderiscono al ricorso solo i soggetti che hanno espresso l'intenzione di farlo. Pertanto, l'esito dell'azione produrrà effetti solo nei confronti dei partecipanti. Secondo il modello dell'*opt-out*, invece, chi rappresenta la classe può agire per conto dell'intero gruppo di ricorrenti potenzialmente interessati, a prescindere dalla loro specifica richiesta di partecipare all'azione.

Sull'efficacia dei due meccanismi, in dottrina sono state espresse posizioni divergenti. Da un lato, c'è chi ha affermato che il principio dell'*opt-out* costituirebbe una violazione della disciplina sull'equo processo e che “[it] violates individual rights by erasing an individual’s cause of action in favour of the collective»³⁵. Dall'altro lato, invece, taluni autori hanno fortemente sostenuto il modello dell'*opt-in*, ritenendo che esso debba essere attuato, con i dovuti adeguamenti, anche nel contesto dell'Unione europea, anche perché “it is impossible to readily exclude a model of collective redress on the ground that it would not be consistent with the European experience on the topic”³⁶.

In generale, si può ritenere che, sebbene sia condivisa l'idea che l'adesione secondo il principio dell'*opt-out* possa garantire una più diffusa tutela dei consumatori, tale modello abbia mostrato negli anni alcune problematiche, alla luce delle quali, in talune circostanze, come le controversie transnazionali, è più favorevole l'*opt-in*.

Dal punto di vista delle istituzioni, la Commissione aveva inizialmente manifestato una chiara preferenza per l'*opt-in*, affermando che, sebbene “[it] would usually result in a smaller number of victims claiming damages than in an opt-out system, thereby limiting corrective justice, and would have as a consequence that some of the illicit gain may be retained by the infringers, thereby limiting the deterrent effect of the mechanism”, deve comunque ritenersi vantaggioso rispetto all'*opt-out*, poiché quest'ultimo comporta il rischio che “the claimants lose control of the pro-

³³ Così C. FAVILLI, *I ricorsi collettivi dell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria: verso un autentico approccio orizzontale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 448 ss.

³⁴ Cfr. A. STÖHR, *op. cit.*

³⁵ Cfr. M. H. REDISH, *Wholesale Justice. Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*, Stanford, 2009, p. 136.

³⁶ J. G. DELATRE, *Beyond the White Paper: Rethinking the Commission’s Proposal on Private Anti-trust Litigation*, in *The Competition Law Review*, 2011, p. 38.

ceedings and that the agent seeks his own interests in pursuing the claim (principal/agent problem)”³⁷.

In termini simili, il Parlamento europeo, nel 2012, aveva affermato che, onde evitare potenziali abusi, l’approccio europeo al ricorso collettivo avrebbe dovuto essere basato sul principio di *opt-in*³⁸.

Tale orientamento è mutato sensibilmente negli anni, al punto da far rilevare che, mentre in una prima fase “the opt-in was strongly recommended, and even constituted one of the pillars of the European approach to collective redress, nowadays the positions tend towards a mix of opt-in and opt-out systems”³⁹.

D’altronde, già da alcuni anni, all’interno degli Stati membri si stanno affermando alcuni modelli ibridi. Ad esempio, in Belgio, il giudice può decidere quale sia il meccanismo di inclusione dei singoli danneggiati che meglio si adatta al caso concreto, se di *opt-in* o di *opt-out*, anche se l’*opt-in* rimane, tuttavia, l’unica opzione per i consumatori non residenti in Belgio. In altri ordinamenti, come la Danimarca, il legislatore ha individuato una somma limite al di sotto della quale si presuppone che i danneggiati non agiscano individualmente, con conseguente ammissibilità del meccanismo dell’*opt-out*⁴⁰.

Nel nostro ordinamento, invece, la l. 12 aprile 2019, n. 31⁴¹, nel riformare la disciplina sull’azione di classe⁴², anche al fine di estenderne l’ambito di applicazione oltre il settore consumeristico, ha confermato l’*opt-in* come criterio di adesione, per cui possono diventare parte del processo solo coloro i quali manifestino formalmente la volontà di aderire. Tuttavia, a differenza dell’istituto precedentemente regolato all’art. 140-*bis* del codice del consumo, la nuova *class action* ha introdotto una sorta di correttivo al sistema di *opt-in*, prevedendo la possibilità di adesione non solo al momento della pronuncia di ammissibilità dell’azione di classe, ma anche dopo la sentenza di accoglimento. Tale sistema, tra l’altro, è stato anche oggetto di critica in dottrina, poiché si è affermato che, consentendo ad un soggetto di giovare di un giudicato *inter alios* solo se favorevole, si metterebbe a repentaglio una delle garanzie processuali di base, cioè il principio di parità delle armi⁴³.

3. Come detto, la disciplina dei consumatori, per risultare realmente efficace, deve prevedere adeguati meccanismi di tutela giudiziaria ed extra-giudiziaria⁴⁴. In

³⁷ Commission Staff Working Paper, 2 April 2008, accompanying the White paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC(2008)404.

³⁸ Risoluzione 2011/2089(INI).

³⁹ R. AMARO ET AL., *Collective Redress in the Member States of the European Union*, Study requested by the European Parliament’s Committee on Legal Affairs and commissioned, overseen and published by the Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, ottobre 2018, reperibile *online*, p. 86.

⁴⁰ Sulle recenti tendenze evolutive in ambito di Unione europea, cfr. P. FIORIO, *La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*, in *ilcaso.it*, 2019, p. 1 ss.

⁴¹ L. 12 aprile 2019, n. 31, recante disposizioni in materia di azione di classe.

⁴² Sulla riforma dell’azione di classe nell’ordinamento italiano, cfr. L. CAPUTO, M. CAPUTO, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31)*, Milano, 2019.

⁴³ C. CONSOLO, M. STELLA, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, p. 1 ss.

⁴⁴ Sull’accesso alla giustizia nell’ambito della politica dei consumatori dell’Unione europea, cfr. S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2005, p. 227 ss.; I. BENÖHR, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, 2013, p. 175 ss.; G. HOWELLS, *Consumer Law Enforcement and Ac-*

particolare, visto il crescente fenomeno dei consumi di massa, la dottrina ha correttamente rilevato come sia necessario offrire sempre più spazio al sistema dei ricorsi a tutela di interessi diffusi⁴⁵.

Invero, all'interno dell'Unione europea si è da lungo tempo avviato un intenso dibattito sull'accesso alla giustizia dei consumatori, che ha portato all'adozione di una serie di misure settoriali volte ad offrire forme di protezione sempre più ampie.

Già nel 1993, la Commissione europea ha adottato un libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia⁴⁶, che ha fatto seguito ad una serie di comunicazioni mediante le quali la stessa istituzione, accogliendo l'invito in tal senso formulato dal Parlamento europeo⁴⁷, aveva annunciato l'intenzione di studiare l'opportunità di predisporre una direttiva quadro, che stabilisse il diritto generalizzato delle associazioni dei consumatori di far valere in giudizio interessi collettivi⁴⁸. In quella fase, tuttavia, la Commissione rilevò che l'istituzione di un meccanismo di *class action*, sul modello di quello presente nella maggior parte dei Paesi di *common law*, non raccoglieva il favore unanime di tutti gli Stati membri. Pertanto, sarebbe stato opportuno esplorare altre vie ed avviare una riflessione sulla possibilità di riunione dei procedimenti per connessione⁴⁹.

In dottrina si è affermato che, all'inizio degli anni duemila, un impulso decisivo sia stato dato dalla Corte di giustizia nel caso *Courage*⁵⁰, nella misura in cui, nella relativa sentenza, il giudice dell'Unione avrebbe suggerito l'istituzione di un *collective redress mechanism* nel diritto della concorrenza⁵¹.

Invero, in quella circostanza, la Corte, nel rispondere alla domanda posta dal giudice *a quo*, cioè se una norma dell'ordinamento nazionale, ai sensi della quale i giudici non debbono consentire ad un soggetto di far valere propri atti illeciti e/o fondarsi su di essi come presupposto per ottenere un risarcimento danni, dovesse essere considerata compatibile con il diritto comunitario, ha semplicemente affermato che “la piena efficacia dell'art. 85 [TCE sarebbe messa] in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente

cess to Justice, in C. TWIGG-FLESNER (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, p. 406 ss.

⁴⁵ A. M. ROMITO, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁶ Libro verde della Commissione, del 16 novembre 1993, L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, COM(93)576 def.

⁴⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 1987 sull'accesso dei consumatori alla giustizia.

⁴⁸ Comunicazione della Commissione, del 7 maggio 1987, sulla protezione giuridica dei consumatori, COM(87)210 def.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione, del 14 febbraio 1996, Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno, COM(96)13 def.

⁵⁰ Sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, ECLI:EU:C:2001:465.

⁵¹ In tal senso v. I. BENÖHR, *op. cit.*, p. 186; N. REICH, *The “Courage” Doctrine: Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries?*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 35 ss.

al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità"⁵². Con la sentenza in questione, quindi, la Corte si è limitata a stabilire che chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito nel caso in cui sussista un nesso di causalità tra il detto danno e un'intesa o pratica vietata dall'attuale art. 101 TFUE, ma nulla ha detto, invece, in merito ai ricorsi collettivi, anche perché la causa principale non aveva ad oggetto una violazione diffusa.

In realtà, è stato il Parlamento europeo, alcuni anni dopo, a suggerire che, anche alla luce di quanto stabilito dalla Corte nel caso *Courage*, si sarebbe dovuto riconoscere alle vittime la possibilità di intraprendere volontariamente azioni legali collettive, sia direttamente sia attraverso un'associazione, il cui statuto indichi tra gli scopi sociali il potere di promuovere una tale iniziativa⁵³.

Solo nel 2008 la Commissione europea ha adottato il primo atto di indirizzo a carattere generale⁵⁴, cioè il libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, nel quale ha rilevato come la tutela processuale dei consumatori fosse al tempo insoddisfacente, poiché non permetteva ad un gran numero di consumatori vittime di una medesima infrazione di ottenere risarcimenti e indennizzi⁵⁵.

Con tale documento, tuttavia, la Commissione – è opportuno rilevarlo – non ha assunto una posizione ben precisa, ma si è limitata a individuare le diverse strade percorribili. Segnatamente, ha indicato tre possibilità: a) l'instaurazione di una stretta cooperazione tra gli Stati membri, per garantire ai consumatori l'accesso ai meccanismi di ricorso presenti nei diversi Paesi dell'Unione; b) la definizione di sistemi alternativi di risoluzione collettiva delle controversie dei consumatori a livello dell'Unione; c) l'istituzione, attraverso una direttiva, di una procedura giudiziaria di ricorso collettivo comune a tutti gli Stati membri. Per quanto riguarda quest'ultima possibilità, vale la pena segnalare che la Commissione, a differenza di quanto aveva fatto con riferimento alle azioni di classe in ambito antitrust⁵⁶, nel libro verde in questione non ha espresso una preferenza per un particolare sistema di adesione, ma si è limitata a sottolineare i vantaggi e gli svantaggi sia dell'*opt-in* che dell'*opt-out*⁵⁷.

⁵² Sentenza *Courage*, punti 26 e 27. Cfr. anche la sentenza della Corte del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295 a 298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461. Per un commento, cfr. E. ADOBATI, *La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell'ambito della RC auto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 534 ss.; S. MONTEMAGGI, *Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, p. 634 ss.; O. PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 305 ss.

⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo del 25 aprile 2007 sul Libro verde "Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie", 2006/2207(INI).

⁵⁴ In realtà, a livello settoriale, la Commissione, nel 2005, aveva già avanzato l'idea di istituire un meccanismo di *class action* in ambito *antitrust*. Cfr. il libro verde del 19 dicembre 2005, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def.

⁵⁵ Libro verde del 27 novembre 2008 sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, COM(2008)794 def.

⁵⁶ V. SEC(2008)404.

⁵⁷ A tal riguardo, viene affermato: "55. I sistemi *opt-in* potrebbero essere onerosi e costosi per le organizzazioni dei consumatori che devono effettuare lavori preparatori, quali identificare i consumatori, definire le circostanze di ciascun caso, nonché gestirlo e gestire la comunicazione con tutti i ricorrenti. Inoltre, si potrebbero affrontare difficoltà nel reperire un numero sufficientemente elevato di consumatori disposti all'*opt-in* nel caso di danni quantificabili in importi molto modesti, per i quali i consumato-

Certamente più significativa è poi la raccomandazione della Commissione del 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo⁵⁸, che, come rilevato in dottrina, tende a sistematizzare e ad offrire agli Stati membri un quadro giuridico coerente in materia di azioni collettive, sia inibitorie, sia risarcitorie⁵⁹.

La raccomandazione è stata presentata parallelamente alla proposta di direttiva in materia di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust*⁶⁰, di cui si dirà in seguito, ma, a differenza di quest'ultima, ha un approccio trasversale, ritenendo il ricorso collettivo uno strumento utile non solo nel campo della concorrenza, ma anche in numerosi altri settori del diritto dell'Unione europea, quali, oltre alla tutela dei consumatori, la tutela dell'ambiente, la protezione dei dati personali, la normativa sui servizi finanziari e la tutela degli investitori.

Per quanto riguarda gli aspetti processuali, la raccomandazione identifica alcuni punti chiave: a) le organizzazioni legittimate ad intentare azioni rappresentative dovrebbero essere designate ufficialmente dagli Stati membri e dovrebbero possedere alcuni requisiti, quali non avere scopi di lucro, presentare un nesso diretto tra gli obiettivi principali dell'organizzazione e i diritti conferiti dalle norme dell'Unione di cui si lamenta la violazione per i quali l'azione è esperita, avere sufficienti capacità, in termini di risorse finanziarie e umane, per rappresentare una molteplicità di ricorrenti agendo nel loro interesse; b) la definizione di un sistema di misure di controllo in caso di finanziamento da parte di terzi, al fine di evitare conflitti di interesse o indebite influenze nella fase processuale; c) la predisposizione di meccanismi volti a facilitare le controversie transfrontaliere; d) il sistema di adesione tramite *opt-in*, a meno di eccezioni debitamente giustificate da motivi di buona amministrazione della giustizia⁶¹; e) l'istituzione di sistemi di soluzione alternativi delle controversie, complementari al ricorso collettivo giudiziale; f) il divieto di risarcimenti punitivi.

ri sono meno propensi ad agire. Tuttavia, questo sistema non rischia di favorire le richieste eccessive o non fondate. 56. Le soluzioni *opt-out* potrebbero ridurre alcune delle difficoltà dei sistemi *opt-in*. Spesso, tuttavia, sono considerate in maniera negativa in Europa, a causa del rischio percepito di favorire un eccesso di vertenze, come si verifica in alcuni paesi non europei. Qualsiasi sistema di ricorso collettivo dovrebbe essere progettato in modo da evitare questo rischio. Ad ogni modo, resta problematica la diffusione delle informazioni attraverso le frontiere. La mancanza di informazioni potrebbe determinare una situazione nella quale i consumatori si troverebbero vincolati da una sentenza senza essere a conoscenza o senza essere stati in grado di contestare la gestione della causa. Inoltre, nelle procedure *opt-out* le organizzazioni dei consumatori potrebbero trovarsi di fronte all'onere di dovere identificare le vittime e distribuire il risarcimento. 57. In una soluzione *opt-in* i problemi citati potrebbero essere risolti se il tribunale distribuisse il risarcimento, permettesse ai consumatori di aderire ad un'azione di massa dopo che è stata pronunciata la sentenza in un 'test case' e rendendo la sentenza applicabile a tutte le vittime. Ogni consumatore dovrebbe tuttavia seguire una procedura giudiziaria specifica per poter godere dei vantaggi della sentenza".

⁵⁸ Raccomandazione 2013/396/UE.

⁵⁹ Così C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 448.

⁶⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 giugno 2013, relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, COM(2013)404 def.

⁶¹ Con particolare riferimento a tale scelta, cfr. M. BAART, *Implications of Commission Recommendation 2013/39 on Common Principles for Collective Redress. Can Safeguards Limit the Potential for Abuse Without Compromising the Realization of Policy Goals?*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2013, p. 489 ss.

La raccomandazione del 2013 è stata attuata in maniera poco efficace dagli Stati membri negli anni successivi alla sua adozione⁶², tanto che in dottrina si è affermato che “[it] has simply not been adopted by any Member State. Each national model adopts a different mixture of procedures and safeguards, based simply on the outcome of particular national political debates”⁶³. Tuttavia, essa costituisce certamente l’atto di indirizzo più significativo in tema di azioni collettive, sia risarcitorie che inibitorie. Pertanto, è soprattutto alla luce di quest’ultima che deve essere esaminata la disciplina dell’Unione europea in tale settore, anche con riferimento alle novità più recenti.

4. Fino ad oggi, il principale strumento di diritto dell’Unione europea in materia di azioni rappresentative era costituito dalla direttiva 2009/22⁶⁴.

Quest’ultima, abrogata e sostituita dalla citata direttiva 2020/1828 a partire dal 25 giugno 2023, aveva, tuttavia, una funzione esclusivamente preventiva, dal momento che disciplinava solo la tutela inibitoria, cioè quella forma di tutela diretta a incidere sulle condotte, al fine di salvaguardare gli interessi collettivi⁶⁵. Di regola, infatti, l’inibitoria è volta a prevenire un’attività illecita o, qualora la stessa sia stata già compiuta, ad evitare che si riproponga in futuro⁶⁶.

Per quanto concerne l’ambito di applicazione della direttiva 2009/22, l’art. 1 della stessa lo limita alle potenziali violazioni degli interessi collettivi dei consumatori contemplati in un preciso elenco di provvedimenti, che, inizialmente, con-

⁶² Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, del 25 gennaio 2018, sull’applicazione della raccomandazione della Commissione dell’11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione, COM(2018)40 final.

⁶³ C. HODGES, *Collective Redress: The Need for New Technologies*, in *Journal of Consumer Policy*, 2019, p. 62.

⁶⁴ La base giuridica di detto strumento è costituita dall’attuale art. 114 TFUE. Per quanto concerne la motivazione della base giuridica scelta, nella direttiva, al 4° e 5° ‘considerando’, si afferma che, al fine di far cessare pratiche illecite in base alle disposizioni nazionali applicabili, l’efficacia delle misure nazionali che recepiscono le direttive a tutela del consumatore può essere ostacolata allorché tali pratiche producano effetti in uno Stato membro diverso da quello di origine. Tali difficoltà possono nuocere al corretto funzionamento del mercato interno, in quanto basta trasferire il luogo d’origine di una pratica illecita per essere al riparo da qualsiasi forma di applicazione della legge, il che costituisce una distorsione della concorrenza.

⁶⁵ A tal riguardo, in dottrina è stato rilevato come la direttiva 2009/22/CE, oltre a non essere applicabile agli interessi, individuali omogenei, non sarebbe nemmeno applicabile agli interessi diffusi. Questi ultimi, a differenza degli interessi collettivi, cioè quelli interessi attribuibili ad un gruppo più o meno strutturato, sono “adeposti”, nel senso che spettano ad una collettività indistinta. In tal senso, cfr. G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁶ In dottrina si è affermato come nel caso di inibitoria collettiva si sia al cospetto di un interesse “meta” o “superindividuale”, cioè un interesse di più soggetti verso un bene che ha una dimensione non suscettibile di appropriazione o godimento esclusivi. Non si tratta, quindi, di una mera somma di interessi individualmente lesi dalla medesima condotta anti giuridica pluri offensiva. Così G. VITELLINO, *La tutela collettiva dei diritti dei consumatori contro le pratiche sleali nel commercio alimentare: profili di diritto internazionale privato e processuale*, in C. RICCI (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, 2012, p. 384. La stessa definizione è contenuta nel 3° ‘considerando’ della direttiva, in cui si afferma che “per interessi collettivi si intendono gli interessi che non sono la mera somma degli interessi di singoli lesi da una violazione”.

teneva tredici direttive, ma che negli anni, a seguito di alcuni emendamenti, è stato ampliato a quattordici direttive e due regolamenti⁶⁷.

Al fine di tutelare i detti interessi collettivi, quindi, viene stabilito che gli Stati membri designino gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a deliberare su azioni proposte da enti legittimati, per: a) ordinare la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione; b) disporre, se del caso, la pubblicazione della decisione; c) nella misura in cui l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permetta, condannare la parte soccombente a versare al Tesoro pubblico o ad altro beneficiario designato o previsto dalla legislazione nazionale, in caso di mancata esecuzione della decisione entro il termine fissato dagli organi giurisdizionali o dalle autorità amministrative, un importo determinato per ciascun giorno

⁶⁷ Segnatamente, l'allegato I alla direttiva richiama: la direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo; la direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive: articoli da 10 a 21; la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso"; la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 1997, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda i contratti negoziati a distanza; la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; la direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno; la direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano: articoli da 86 a 100; la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno; la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno; la direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di cambio; la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori; il regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013 sulla risoluzione delle controversie online per i consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori); il regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE. Inoltre, la recente direttiva sui servizi digitali, contiene un 'considerando' nel quale si afferma che: "l'allegato I della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (17), dovrebbe essere modificato per includere un riferimento alla presente direttiva, al fine di garantire che siano protetti gli interessi collettivi dei consumatori stabiliti nella presente direttiva" (direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali). Lo stesso riferimento è stato inserito in un 'considerando' della direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni.

di ritardo o qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale, al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni⁶⁸.

A tal riguardo, in dottrina è stato giustamente sottolineato come, a prescindere dallo strumento scelto dal legislatore, giurisdizionale o amministrativo, la tutela del consumatore debba sempre essere improntata ad un principio generale di effettività. Allo stesso tempo, si è anche affermato come la scelta tra forme di tutela amministrativa e giurisdizionale non sia indifferente, dal momento che, sia sul piano procedurale sia su quello degli effetti del provvedimento finale, sussistono profonde differenze⁶⁹.

L'art. 3 della direttiva 2009/22 fornisce la definizione di enti legittimati a proporre ricorsi e azioni. Questi ultimi sono gli organismi o le organizzazioni, debitamente costituite secondo la legislazione di uno Stato membro, che ha un legittimo interesse a far rispettare le disposizioni di cui al menzionato art. 1, cioè le quattordici direttive e i due regolamenti anzidetti, in particolare: a) uno o più organismi pubblici indipendenti, specificamente preposti alla tutela degli interessi in questione, negli Stati membri in cui esistono simili organismi; e/o b) le organizzazioni aventi lo scopo di tutelare i medesimi interessi, secondo i criteri stabiliti dal loro diritto nazionale.

Dal punto di vista della legittimazione ad agire, quindi, la direttiva 2009/22 non è volta ad armonizzare le legislazioni nazionali, ma lascia gli Stati membri competenti a determinare quali entità possano tutelare gli interessi collettivi. Ciò, tuttavia, è stato ritenuto come un elemento di debolezza, visto che le norme nazionali in materia sono particolarmente eterogenee.

Per quanto concerne le finalità perseguite, vale la pena di rilevare che, sebbene la direttiva 2009/22 sia stata adottata anche con l'obiettivo di contrastare pratiche illecite transfrontaliere, la stessa non contiene una disciplina particolarmente approfondita in materia di azioni inibitorie transfrontaliere. Come osservato dalla Commissione europea, infatti, la direttiva è stata concepita solo per consentire ad enti legittimati ad agire nello Stato membro A di perseguire operatori commerciali nello Stato membro B, qualora questi ultimi, nell'ambito di relazioni commerciali con consumatori dello Stato membro A, abbiano commesso una violazione della legislazione sulla tutela dei consumatori⁷⁰. In tal senso, l'art. 4 stabilisce che ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per garantire che, in caso di violazione avente origine nel proprio territorio, ogni ente legittimato di un altro Stato membro, qualora gli interessi che esso tutela risultino lesi dalla detta violazione,

⁶⁸ Vale la pena di rilevare che il 9° 'considerando' della direttiva, nel giustificare l'ampio margine di discrezionalità offerto agli Stati membri, afferma: "l'articolo 5, terzo comma, del trattato impone al legislatore comunitario di non andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del trattato. A norma di tale articolo, è importante tenere conto delle peculiarità dei sistemi giuridici nazionali, nei limiti del possibile, accordando agli Stati membri la possibilità di scegliere tra diverse alternative aventi effetti equivalenti. Gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a pronunciarsi sui ricorsi o le azioni previsti dalla presente direttiva hanno il diritto di esaminare gli effetti delle decisioni precedenti".

⁶⁹ Sulla differenza tra tutela amministrativa e giurisdizionale nell'ambito della tutela del consumatore, cfr. F. CAFAGGI, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del New Deal*, in *Questione Giustizia*, 17 settembre 2020, reperibile online.

⁷⁰ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 6 novembre 2011, concernente l'applicazione della direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, COM(2012)635 def., p. 6.

possa adire l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa competente ai sensi della direttiva⁷¹.

Secondo la direttiva, quindi, il foro competente è sempre quello dello Stato in cui risiede il convenuto. Tuttavia, come rilevato sempre dalla Commissione, la nozione di caso transfrontaliero ricomprende anche quelle circostanze in cui, di fronte a situazioni di scambio commerciale dallo Stato membro B allo Stato membro A, gli enti legittimati dello Stato A intentino un'azione presso un tribunale dello Stato membro A. In altre parole, sono transfrontaliere anche quelle azioni a seguito delle quali l'operatore commerciale viene perseguito nel Paese verso il quale orienta la propria attività commerciale. Anzi, queste modalità d'intervento sono quelle più efficaci, perché l'ente legittimato può intentare una causa nella propria giurisdizione, che egli già conosce e che applica le norme procedurali a lui più familiari. Tra l'altro, anche sotto un profilo economico, si tratta di una procedura meno onerosa per il detto ente.

A parte, quindi, la specifica fattispecie delle azioni transfrontaliere, per i restanti casi risultano pur sempre applicabili le regole di diritto internazionale privato stabilite sia dal regolamento Bruxelles I-bis⁷² in tema di giurisdizione competente, sia, per quanto attiene al merito della controversia, dai regolamenti Roma I⁷³ e Roma II⁷⁴ per quanto concerne la legge applicabile in materia contrattuale ed extracontrattuale⁷⁵. Da questo punto di vista, tuttavia, è opportuno porre in rilievo come tali strumenti siano stati pensati per disciplinare azioni individuali. Di conseguenza, essi non contengono nessuna disposizione specifica sulle azioni di natura collettiva⁷⁶.

5. La direttiva 2020/1828 del 25 novembre 2020 sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori costituisce un risultato che, a prescindere da qualsivoglia elemento di criticità o debolezza, era certamente atteso da lungo tempo.

⁷¹ Per la definizione degli enti legittimati ad agire in altri Stati membri, l'art. 4 sulle "violazioni intracomunitarie" afferma anche che: "2. Ai fini della lotta alle violazioni intracomunitarie, e fatti salvi i diritti riconosciuti dalla legislazione nazionale ad altri enti, gli Stati membri, su richiesta dei loro enti legittimati, comunicano alla Commissione che detti enti sono legittimati a proporre ricorsi e azioni a norma dell'articolo 2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione la denominazione e lo scopo di tali enti nazionali legittimati. 3. La Commissione redige l'elenco degli enti legittimati di cui al paragrafo 2, con l'indicazione del loro scopo. Tale elenco è pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea; le modifiche apportate a tale elenco sono pubblicate senza indugio; è pubblicato ogni sei mesi un elenco aggiornato".

⁷² Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

⁷³ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁷⁴ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

⁷⁵ Nonché, ovviamente, le convenzioni in vigore tra gli Stati membri, come la Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 30 ottobre 2007.

⁷⁶ Sul tema, cfr. C. SCHEPISI, *Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 1053 ss.; Z. S. TANG, *Consumer Collective Redress in European Private International Law*, in *Journal of Private International Law*, 2011, p. 101 ss.; O. FERACI, *Questioni internazionali privatistiche in tema di cross-border collective redress nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 914 ss.

Senza dubbio, come si è detto, il c.d. *Dieseltgate*, mettendo in luce le lacune presenti nel sistema giuridico dell'Unione, ha contribuito in maniera sostanziale a sbloccare la situazione e a convincere anche gli Stati membri più riluttanti a raggiungere, ben otto anni dopo l'adozione della raccomandazione del 2013, un compromesso ragionevole.

D'altro canto, la stessa Commissione europea aveva rilevato come gli Stati membri avessero dato alla raccomandazione un seguito estremamente limitato⁷⁷: circostanza, quest'ultima, che rendeva necessario che la materia venisse regolata attraverso strumenti giuridicamente vincolanti⁷⁸.

L'obiettivo della direttiva, muovendo dal presupposto che quella del 2009 sui provvedimenti inibitori non ha affrontato adeguatamente le problematiche relative all'applicazione della normativa in materia di protezione dei consumatori, è quello di migliorare l'azione di deterrenza contro le pratiche illecite e ridurre il danno per i consumatori in un mercato sempre più globalizzato e digitalizzato, rafforzando i meccanismi procedurali per la protezione degli interessi collettivi dei consumatori, così da includere sia i provvedimenti inibitori sia quelli risarcitori.

Il primo aspetto da prendere in considerazione, quindi, è quello dell'ambito di applicazione. A tal riguardo, si è già detto che nella direttiva del 2009 era stato utilizzato il sistema della lista, secondo il quale la stessa era applicabile alle potenziali violazioni degli interessi collettivi contemplati in un preciso elenco di quattordici direttive e due regolamenti in materia di tutela dei consumatori.

Da questo punto di vista, il sistema adottato nella nuova direttiva è lo stesso, anche se il nuovo elenco, di cui all'allegato I della direttiva, è decisamente più ampio rispetto a quello precedente, essendo composta da sessantasei atti legislativi, tra direttive e regolamenti⁷⁹. In questo modo quindi, si è inteso ampliare l'ambito di applicazione della direttiva 2009/22 attraverso l'inserimento di altri strumenti settoriali rilevanti per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori, indipendentemente dal fatto che essi vengano denominati consumatori o in altro modo, tra cui anche quelli concernenti la protezione dei dati, come il GDPR.

Proprio per questo motivo, quindi, come sottolineato dal Parlamento europeo⁸⁰ e come indicato nella direttiva stessa⁸¹, sarebbe opportuno che, al fine di garantire una risposta adeguata alle violazioni del diritto dell'Unione, la cui forma e il cui volume evolvono rapidamente, si valuti se sia opportuno modificare l'elenco presente nella direttiva ogni volta che viene adottato un nuovo atto dell'Unione in materia di tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

Su questo punto, tuttavia, la raccomandazione del 2013 proponeva un approccio differente, suggerendo di adottare uno strumento a carattere trasversale che non

⁷⁷ Relazione COM(2018)40 final.

⁷⁸ Pertanto, ancor prima di esaminarne il contenuto, si deve concordare con chi in dottrina ha accolto l'adozione della direttiva in questione con un termine semplice e diretto: "*finally!*" (P. ROTT, *op. cit.*).

⁷⁹ Relativamente ai rapporti tra la direttiva e l'elenco contenuto all'allegato I della stessa, al 14° 'considerando' viene specificato che "la direttiva dovrebbe lasciare impregiudicati gli atti giuridici elencati nell'allegato I e non dovrebbe pertanto modificare o ampliare le definizioni stabilite in tali atti giuridici né sostituire il meccanismo di applicazione che potrebbe essere contenuto in tali atti".

⁸⁰ Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 26 marzo 2019 in vista dell'adozione della direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, P8_TC1-COD (2018)0089.

⁸¹ Direttiva 2020/1828, 17° 'considerando'.

fosse applicabile solo ad una lista tassativa di atti legislativi ma a tutte le violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, cioè tutte le situazioni in cui la violazione di norme stabilite a livello sovranazionale ha causato o può causare un danno a persone fisiche o giuridiche⁸².

In teoria, in futuro, le istituzioni potrebbero tornare a discutere dell'ambito di applicazione della direttiva, adottando un approccio estensivo. Difatti, già nella proposta presentata dalla Commissione era stato esplicitamente annunciato che, dopo la sua entrata in vigore, oltre a revisionare la lista contenuta nell'allegato I, la questione dell'ambito di applicazione della direttiva avrebbe ricevuto particolare attenzione. Tale impegno è stato poi inserito anche nel testo definitivo della direttiva⁸³. Tuttavia, la posizione assunta dal Consiglio durante l'*iter* legislativo non sembra orientarsi in questa direzione. In tal senso, vale la pena di richiamare la posizione espressa dalla detta istituzione in prima lettura, ove ha affermato che “for the avoidance of doubt, the scope of this Directive should be set out as precisely as possible in Annex I. Where the legal acts listed in Annex I contain provisions that do not relate to consumer protection, Annex I should refer to the specific provisions that protect consumers' interests”⁸⁴.

Altro punto da prendere in esame è quello concernente la legittimazione ad agire, in merito al quale la direttiva mantiene il sistema dei c.d. *qualified entities*⁸⁵, operando, però, una profonda distinzione tra i legittimati ad agire a livello nazionale e coloro che possono intentare azioni transfrontaliere.

In merito alla prima categoria, infatti, l'art. 4, par. 2, si limita a stabilire che gli Stati membri garantiscono che gli enti, in particolare le organizzazioni di consumatori, comprese quelle che rappresentano soggetti di più di uno Stato membro, siano idonei a essere designati come enti legittimati al fine di intentare azioni rappresen-

⁸² A tal riguardo, al 7° ‘considerando’ della raccomandazione veniva specificato: “la protezione dei consumatori, la concorrenza, la tutela dell'ambiente, la protezione dei dati personali, la normativa sui servizi finanziari e la tutela degli investitori, rientrano fra i settori in cui l'intervento complementare dei privati per assicurare il rispetto dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione nella forma di ricorso collettivo rappresenta un valore. I principi stabiliti nella presente raccomandazione dovrebbero essere applicati in modo orizzontale e paritario in detti settori, così come in altri in cui risultino pertinenti delle azioni collettive inibitorie o risarcitorie riguardo a violazioni dei diritti conferiti dalle norme dell'Unione”.

⁸³ A tal riguardo, l'art. 23 della direttiva stabilisce che “non prima del 26 giugno 2028, la Commissione procede a una valutazione di quest'ultima e presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione in cui espone le sue principali conclusioni. La valutazione è svolta secondo gli orientamenti della Commissione per legiferare meglio. Nella relazione, la Commissione esamina in particolare l'ambito di applicazione della presente direttiva definito nell'articolo 2 e nell'allegato I nonché il funzionamento e l'efficacia della stessa in situazioni transfrontaliere, anche per quanto concerne la certezza del diritto”.

⁸⁴ Position of the Council at first reading with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC, 21 ottobre 2020.

⁸⁵ Tale sistema, come si è visto, era sostanzialmente già previsto dalla direttiva sulle azioni inibitorie. A tal riguardo, si ricorda che, ai sensi dell'art. 3 di quest'ultima, erano considerati enti legittimati a proporre ricorsi e azioni inibitorie qualsiasi organismo o organizzazione, debitamente costituito secondo la legislazione di uno Stato membro, che avesse un legittimo interesse a far rispettare le disposizioni di cui all'art. 1 della stessa direttiva e in particolare: a) uno o più organismi pubblici indipendenti, specificamente preposti alla tutela degli interessi di cui all'art. 1, negli Stati membri in cui esistono simili organismi; e/o b) le organizzazioni aventi lo scopo di tutelare gli interessi di cui all'art. 1, secondo i criteri stabiliti dal loro diritto nazionale.

tative. Tale disposizione ha una portata evidentemente più generica rispetto a quella di cui alla raccomandazione del 2013, in cui si proponeva che le organizzazioni dei consumatori, ai fini della designazione, dovessero soddisfare alcuni criteri essenziali, segnatamente a) lo scopo non lucrativo dell'organizzazione; b) l'esistenza di un nesso diretto tra gli obiettivi delle stessa e i diritti conferiti dalle norme dell'Unione di cui si lamenta la violazione e per i quali l'azione è esperita; c) il possesso di sufficienti risorse finanziarie e umane per rappresentare una molteplicità di ricorrenti.

Tra l'altro, con riferimento all'attività di designazione, vale la pena di sottolineare che il testo dell'art. 4 è stato modificato nel corso dell'*iter* legislativo, assumendo nella versione definitiva una forma più flessibile rispetto a quella originale. La proposta inizialmente presentata dalla Commissione, infatti, sanciva che nel caso in cui fossero soddisfatti i criteri anzidetti "lo Stato designa un soggetto come ente legittimato"⁸⁶.

Nella versione definitiva, invece, è stata utilizzata la citata formula, secondo cui gli Stati membri garantiscono che gli enti in questione "siano idonei a essere designati" come enti legittimati al fine di intentare azioni rappresentative nazionali, azioni transfrontaliere o entrambe⁸⁷.

A tal riguardo, però, occorre anche rilevare che nel testo finale della direttiva è stata inserita una modifica proposta dal Parlamento europeo in sede di prima lettura, ove tale istituzione aveva proposto di aggiungere che gli Stati membri o i loro organi giurisdizionali avrebbero designato, nei rispettivi territori, "almeno un ente rappresentativo"⁸⁸. L'art. 1, infatti, nel definire l'oggetto e lo scopo della direttiva, stabilisce che gli Stati membri, sebbene possano adottare o mantenere in vigore i mezzi procedurali per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori a livello nazionale, "provvedono affinché almeno un meccanismo procedurale che consenta agli enti legittimati di intentare azioni rappresentative al fine di ottenere provvedimenti sia inibitori che risarcitori sia conforme alla presente direttiva".

A parte tale precisazione, però, si ritiene che la scelta operata dal legislatore dell'Unione sia chiaramente volta a soddisfare la richiesta del Consiglio di lasciare agli Stati membri un margine di discrezionalità per quanto riguarda la designazione degli enti legittimati a intentare azioni rappresentative nazionali⁸⁹. Taluni Stati, come l'Austria, avevano addirittura affermato che "from the viewpoint of subsidiarity, the scope of the directive should be limited to cross-border cases, as the principle of subsidiarity applies at national level"⁹⁰.

⁸⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2018, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, COM(2018)184 final.

⁸⁷ Art. 4, par. 2, direttiva 2020/1828.

⁸⁸ Cfr. Commissione giuridica del Parlamento europeo, 7 dicembre 2018, Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, A8-0447/2018.

⁸⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo a norma dell'art. 294, par. 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, del 5 novembre 2020, riguardante la posizione adottata dal Consiglio in merito all'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, COM(2020)693 final.

⁹⁰ Reasoned Opinion of the European Affairs Committee of the Federal Council pursuant to Article 23g (1) of the Austrian Constitution in conjunction with Article 6 of Protocol No. 2 on the application

In questo modo, tuttavia, rimangono aperte alcune problematiche sulle quali si discute da lungo tempo. Ad esempio, quella messa in luce dall'Ufficio europeo delle unioni dei consumatori, il quale, già con riferimento alla direttiva sulle azioni inibitorie, aveva sottolineato che “the Member States [were] not forced to grant consumer organisations legal standing”, potendo riservare tale competenza agli organi pubblici⁹¹. Infatti, la nuova direttiva, pur utilizzando l'espressione “in particolare le organizzazioni dei consumatori”, lascia gli Stati liberi di scegliere quali enti possano agire sul piano nazionale.

Proprio su quest'aspetto, in dottrina si è, quindi, affermato che “the freedom left to Member States to set rules specifying which qualified entities may seek all of the measures and which qualified entities may seek only one or more of these measures might lead to potential problems”, sottolineando, ad esempio, che “depending on the limits set by the national legislator to certain qualified entities, this might lead to differences in the potential for development of the jurisprudence in Member States. Which qualified entities will be designated to represent collective consumer interests, in which type of procedure and to which extent will depend on the choices of the national legislator”⁹².

Con riferimento, invece, agli enti legittimati ad intentare azioni transfrontaliere, la direttiva ha un'impostazione ben più articolata, persino più dettagliata di quella prevista dalla raccomandazione del 2013. In linea con quest'ultima, infatti, stabilisce, all'art. 4, par. 3, che gli Stati membri designano, come enti legittimati ad agire sul piano transnazionale, le organizzazioni dei consumatori che possano dimostrare almeno 12 mesi di attività pubblica effettiva nella tutela degli interessi dei consumatori, il cui oggetto sociale dimostri un interesse legittimo a tutelare gli interessi dei consumatori previsti dalle disposizioni della normativa dell'Unione di cui all'allegato I della medesima direttiva e che non perseguano scopo di lucro.

In aggiunta, però, l'art. 4, par. 3, lett. e) della direttiva dispone, altresì, che le dette organizzazioni siano indipendenti e non influenzate da persone diverse dai

of the principles of subsidiarity and proportionality, 27 June 2018, 25/SB-BR/2018.

⁹¹ BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *op. cit.*, p. 11. A tal riguardo, tra l'altro, il Bureau aveva rilevato che “this is reflected in the legislation of the Member States. In Poland, the injunction procedure is an administrative procedure where only one official body may initiate proceedings, whereas in Spain and Portugal, it seems that any individual consumer may bring an injunction action. In Germany, the legislator has introduced very restrictive rules regarding the admission of qualified entities, whereas in the Netherlands, any association with legal personality can bring an injunction action as long as this is covered by the scope of the association's internal statutes. This makes it rather easy to create special associations that have standing for specific problems. Such an ad-hoc creation of an association with standing is impossible in Germany where consumer organizations that seek registration must have existed for at least one year. This status quo is not satisfactory, as it allows Member States to create too many obstacles for consumer organizations that wish to defend consumer interests in court. Even where public law instruments exist, and where public consumer protection authorities are the main actors in the enforcement of consumer law, there is still a need for complementary rights of private actors, in particular consumer organizations, in cases where the public body decides, for whatever reasons, not to take action. The same would apply, by the way, to collective redress mechanisms, where the EU Commission's Recommendation on Collective Redress also provides the option for Member States to completely replace the designation of qualified private entities by empowering certain ‘public authorities’ to bring representative actions”.

⁹² P. PORETTI, *Collective Redress in the European Union Current Issues and Future Outlook*, in D. DUIĆ, T. PETRAŠEVIĆ (eds.), *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, III, *EU and Member States – Legal and Economic Issues*, Osijek, 2019, p. 345.

consumatori, in particolare da professionisti che hanno un interesse economico a intentare un'azione rappresentativa e che, a tal fine, dispongano di procedure stabilite per prevenire tale influenza nonché conflitti di interessi tra gli erogatori di finanziamenti e i consumatori stessi. In altre parole, la disposizione in parola serve ad evitare una prassi emersa in altri ordinamenti, come quello statunitense, nei quali “there is empirical evidence that class action settlements often do not appear to be made in the class’s best interests”⁹³.

Tale disposizione intende, pertanto, creare una sistema di salvaguardia teso a limitare un rischio più volte richiamato, cioè quello di abusi o conflitti di interessi⁹⁴. A tal fine, potrebbe rivelarsi efficace anche il meccanismo di controllo previsto all’art. 5 della direttiva, ai sensi del quale “se uno Stato membro o la Commissione solleva riserve riguardo al soddisfacimento dei criteri elencati all’articolo 4, paragrafo 3, da parte di un ente legittimato, lo Stato membro che ha designato tale ente legittimato indaga sulle riserve sollevate. Se del caso, gli Stati membri revocano la designazione di detto ente legittimato qualora non soddisfi più uno o più di tali criteri”.

Infine, per concludere sui criteri necessari per la designazione quale ente legittimato ad intentare azioni transfrontaliere, all’art. 4, par. 3, lett. f), è stato aggiunto, su iniziativa del Parlamento europeo, che si deve trattare di organizzazioni che rendono pubbliche, con un linguaggio semplice e comprensibile in particolare sul loro sito *web*, le informazioni tese a dimostrare il soddisfacimento dei criteri anzidetti nonché le informazioni sulle fonti del loro finanziamento, sulla struttura organizzativa, gestionale e partecipativa, come pure sul suo oggetto sociale e sulle sue attività.

Quest’ultimo, invero, è un obbligo che non serve solo ad evitare possibili conflitti d’interesse, ma, più in generale, a rafforzare il principio di trasparenza, a tutela degli interessi dei cittadini. Tra l’altro, una simile previsione è contenuta anche in altre norme riguardanti materie simili, come il regolamento 2019/1150 sulla trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*, ai sensi del quale le organizzazioni e le associazioni che hanno un legittimo interesse a rappresentare gli utenti commerciali o gli utenti titolari di siti *web* aziendali, come pure gli organismi pubblici istituiti negli Stati membri, hanno il diritto di adire i giudici nazionali competenti nell’Unione, in conformità del diritto dello Stato membro in cui l’azione è promossa, per far cessare o vietare qualsiasi caso d’inadempimento delle pertinenti prescrizioni del regolamento in parola da parte di fornitori di servizi di intermediazione *online* o di fornitori di motori di ricerca *online*⁹⁵.

⁹³ A. STÖHR, *op. cit.*, p. 1615.

⁹⁴ Sempre con riferimento al contenimento di comportamenti abusivi o di conflitti d’interessi, va richiamato anche l’art. 12 della direttiva sulla ripartizione delle spese delle azioni risarcitorie, ai sensi del quale “gli Stati membri provvedono affinché la parte soccombente in un’azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori sia tenuta a pagare le spese del procedimento sostenute dalla parte vincitrice in base alle condizioni e alle deroghe previste dal diritto nazionale applicabile ai procedimenti giudiziari in generale”.

⁹⁵ Art. 14, par. 1, regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*. Lo stesso articolo, inoltre, prevede una disciplina sulla legittimazione ad agire simile a quella di cui alla direttiva in esame. L’art. 14, par. 3, infatti, stabilisce: “le organizzazioni o le associazioni hanno il diritto di cui al paragrafo 1 soltanto se soddisfano tutti i seguenti requisiti: a) sono debitamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro; b) perseguono obiettivi nell’interesse collettivo di un gruppo di utenti commerciali o di utenti titolari di siti *web* aziendali che rappresentano in via continuativa; c)

La direttiva 2020/1828, inoltre, dispone che la Commissione, sulla base delle informazioni ricevute dagli Stati membri, rediga un elenco degli enti legittimati ad agire e lo renda pubblico⁹⁶. Tale passaggio serve anche a favorire la fruibilità delle azioni rappresentative da parte dei consumatori, mettendo questi ultimi a conoscenza delle organizzazioni che possono tutelare i loro interessi in quanto classe.

A tal riguardo, occorre rilevare che nella proposta legislativa si era pensato di affidare tale compito ai singoli Stati membri⁹⁷. Una simile soluzione, da un lato, avrebbe avuto il pregio di facilitare la pubblicità degli elenchi a livello nazionale, ma, dall'altro lato, avrebbe potuto risultare meno efficace per le azioni transfrontaliere nelle quali è evidentemente preferibile un sistema accentrato di comunicazione.

Passando, invece, alle tipologie di azioni esperibili, come anticipato, la grande novità della direttiva 2020/1828 è costituita dal fatto che questa disciplina sia le azioni a carattere inibitorio che quelle di natura risarcitoria. Il suo obiettivo, infatti, è quello di contenere il pregiudizio arrecato ai consumatori da violazioni del diritto dell'Unione quando un ampio numero di consumatori sia danneggiato dalla stessa pratica illecita, per ottenere la loro cessazione e il risarcimento dei danni⁹⁸.

Più di recente, la Commissione aveva rilevato come, in materia di ricorsi collettivi, fossero proprio i meccanismi nazionali di natura risarcitoria a presentare le più ampie divergenze in termini di efficacia e di modalità, in un contesto nel quale più di un terzo degli Stati membri non prevedeva neppure strumenti di tutela collettiva⁹⁹.

Per tale motivo, l'adozione della direttiva 2020/1828 costituisce un importante passo in avanti in termini di tutela dei consumatori nell'Unione europea, visto che questi ultimi, tipicamente, agiscono solo a seguito di un danno subito, al fine di ottenere un risarcimento.

In linea generale, l'art. 7, par. 4 della direttiva stabilisce che “gli Stati membri garantiscono che gli enti legittimati abbiano il diritto di chiedere almeno i seguenti provvedimenti: a) provvedimenti inibitori; b) provvedimenti risarcitori”.

Per garantire l'efficacia procedurale delle azioni rappresentative, la direttiva lascia gli Stati membri liberi di decidere se gli enti legittimati possano richiedere provvedimenti inibitori e provvedimenti risarcitori nell'ambito di un'unica azione rappresentativa oppure nell'ambito di azioni rappresentative distinte. Nella prima circostanza, gli enti legittimati possono chiedere tutti i provvedimenti pertinenti

non hanno scopo di lucro; d) il loro processo decisionale non è indebitamente influenzato da finanziatori terzi, in particolare da fornitori di servizi di intermediazione online o da fornitori di motori di ricerca online. A tal fine le organizzazioni e le associazioni divulgano in maniera completa e pubblicamente le informazioni sulla loro composizione e sulle loro fonti di finanziamento”.

⁹⁶ Art. 5, par. 1.

⁹⁷ Art. 4 della proposta COM(2018)184 final: “gli Stati membri garantiscono che le azioni rappresentative possano essere intentate da enti legittimati designati, su loro richiesta, anticipatamente a questo scopo dagli Stati membri e inseriti in un elenco accessibile al pubblico”.

⁹⁸ Si tratta di un risultato atteso da lungo tempo, del quale si discuteva dal 2005, seppur inizialmente solo in chiave settoriale: cfr. il libro verde COM(2005)672 def., e il libro bianco del 2 aprile 2008 in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def.

⁹⁹ Relazione COM(2018)40 final, p. 22. Segnatamente, la Commissione aveva affermato: “nove Stati membri non hanno ancora previsto alcuna possibilità di richiedere collettivamente un risarcimento nelle situazioni di danno collettivo definite nella raccomandazione. Inoltre, in alcuni Stati membri che prevedono formalmente tale possibilità, nella pratica le persone interessate non la utilizzano per via delle rigide condizioni stabilite nella legislazione nazionale, della lunghezza dei procedimenti o degli eccessivi costi percepiti rispetto ai benefici previsti di tali azioni”.

nel momento in cui viene proposta l'azione rappresentativa oppure presentare una prima istanza di provvedimenti inibitori e, successivamente, chiedere l'emissione di provvedimenti risarcitori.

Per quanto concerne la definizione di provvedimento inibitorio, l'art. 8 della direttiva 2020/1828 ricalca sostanzialmente quanto già previsto dalla precedente direttiva 2009/22, stabilendo che si tratta di un provvedimento, provvisorio o definitivo, teso a far cessare una pratica o, se del caso, a vietarla. Sempre confermando la disciplina pregressa, inoltre, il par. 4 del medesimo articolo, al fine di velocizzare la cessazione delle azioni lesive degli interessi dei consumatori, stabilisce che gli Stati membri possono introdurre disposizioni nel loro diritto nazionale o mantenere disposizioni legislative nazionali conformemente alle quali un ente legittimato può chiedere un provvedimento inibitorio soltanto dopo aver avviato consultazioni con il professionista interessato affinché quest'ultimo, entro un termine di due settimane, ponga fine al comportamento contestato.

Infine, facendo seguito alla raccomandazione del 2013, la direttiva 2020/1828 definisce alcuni aspetti specifici dell'azione inibitoria, segnatamente la necessità che gli Stati a) prevedano azioni celeri, anche con procedimenti di tipo sommario; b) infliggano sanzioni in caso di mancato rispetto dei provvedimenti inibitori¹⁰⁰.

Con riferimento alle azioni risarcitorie, la direttiva stabilisce che queste ultime sono tese ad imporre al professionista di offrire ai consumatori interessati rimedi quali un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione di un contratto o il rimborso del prezzo pagato, a seconda di quanto sia opportuno e previsto dal diritto dell'Unione europea.

A tal riguardo, vale la pena di sottolineare che il testo approvato, a differenza della proposta presentata dalla Commissione, non subordina la possibilità di intentare un'azione risarcitoria al previo esaurimento di quella inibitoria¹⁰¹. Anzi, come si è detto, l'art. 7, par. 5 della direttiva dispone che gli Stati membri possano consentire agli enti legittimati di richiedere i provvedimenti inibitori e risarcitori anche in un'unica azione. Si tratta di una modifica apprezzabile, perché semplifica l'accesso alle azioni risarcitorie e velocizza il riconoscimento di un eventuale rimedio, rafforzando, così, la tutela dei consumatori.

Altro aspetto da prendere in esame è, poi, quello relativo al meccanismo di partecipazione alle azioni rappresentative. Su tale aspetto, la direttiva 2020/1828 opera una chiara distinzione tra i due tipi di procedura, cioè quella inibitoria e quella risarcitoria.

¹⁰⁰ Art. 17.

¹⁰¹ In tale senso, l'art. 5, par. 3, della proposta di direttiva stabiliva che “gli Stati membri garantiscono che gli enti legittimati siano autorizzati a intentare azioni rappresentative volte all'emanazione di provvedimenti tesi ad eliminare gli effetti perduranti della violazione. Tali provvedimenti sono chiesti sulla base di un'eventuale decisione definitiva che accerti che la pratica costituisce una violazione del diritto dell'Unione di cui all'allegato I che lede gli interessi collettivi dei consumatori, ivi compreso un decreto ingiuntivo definitivo di cui al paragrafo 2, lettera b)”. Inoltre, l'art. 6, par. 1, della stessa disponeva che “[a]i fini dell'articolo 5, paragrafo 3, gli Stati membri garantiscono che gli enti legittimati abbiano diritto di intentare azioni rappresentative di natura risarcitoria, che obblighino il professionista a provvedere, tra l'altro, all'indennizzo, alla riparazione, alla sostituzione, alla riduzione del prezzo, alla risoluzione del contratto o al rimborso del prezzo pagato, a seconda dei casi. Uno Stato membro può richiedere il mandato dei singoli consumatori interessati prima di adottare una decisione ricognitiva o di emanare un decreto di risarcimento”.

Per quanto concerne la prima, l'art. 8, par. 3, prevede un sistema di *opt-out*, stabilendo che, affinché un ente legittimato possa chiedere un provvedimento inibitorio, i singoli consumatori non sono tenuti a manifestare la volontà di farsi rappresentare dallo stesso.

Invece, nell'ambito delle azioni risarcitorie, l'art. 9, par. 2, lascia gli Stati membri liberi di decidere quale meccanismo scegliere, disponendo che gli stessi “stabiliscono norme su come e in quale fase di un'azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori i singoli consumatori interessati da tale azione rappresentativa possano esprimere esplicitamente o tacitamente la propria volontà di essere rappresentati o meno dall'ente legittimato in detta azione rappresentativa e di essere vincolati o meno dall'esito dell'azione stessa, entro un limite di tempo appropriato dopo la proposizione di detta azione rappresentativa”.

La soluzione individuata dal legislatore dell'Unione rispecchia l'approccio ondivago che le istituzioni europee hanno manifestato negli anni relativamente ai sistemi di *opt-in* e *opt-out*. Come detto, infatti, in un primo momento le stesse erano orientate per l'*opt-in*. Successivamente, invece, hanno mostrato una maggiore apertura, o addirittura una preferenza, per l'*opt-out*¹⁰². Proprio per questo motivo, non stupisce il fatto che, nell'adottare la direttiva 2020/1828, si sia deciso di non prendere una posizione ferma a favore dell'uno o dell'altro meccanismo, lasciando un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, i quali, si ribadisce, tendono a privilegiare l'*opt-in* o, al massimo, sistemi ibridi.

La scelta operata, benché abbia il vantaggio di tener conto delle diverse prassi seguite dagli Stati membri, è stata oggetto di critica in dottrina, poiché è stato affermato che “another critical issue is an opt-in requirement for redress actions that can be an impediment in mass damage cases, in particular when the individual damage is modest”¹⁰³.

Invero, anche durante l'*iter* legislativo sono state espresse talune perplessità al riguardo. Ad esempio, il Comitato economico e sociale, nel suo parere, ha affermato che, in generale, i consumatori dovrebbero essere liberi di decidere se desiderino partecipare o meno ad un'azione collettiva. Inoltre, ha precisato, che, in particolare, una clausola di *opt-in* sarebbe opportuna per i casi che comportino un numero limitato di danneggiati che hanno sofferto un pregiudizio considerevole, mentre quella di *opt-out* sarebbe più appropriata per i casi che coinvolgano un gran numero di danneggiati che hanno subito una perdita limitata¹⁰⁴.

Anche all'interno del Parlamento europeo, in sede di commissioni parlamentari, è stata espressa una posizione di questo tipo. In tale senso, nel parere della commissione per i trasporti e il turismo è stato affermato: “il relatore del parere è contrario alle azioni rappresentative di diritto privato senza il mandato dei consumatori interessati, poiché la scelta di discostarsi dal sistema di *opt-in* non corrisponde alla tradizione giuridica europea. Il presupposto per il ricorso collettivo deve essere il consenso del consumatore a far valere i propri diritti. Tuttavia, è lecito presumere che, applicando un sistema di *opt-in* alle cosiddette controversie di modesta entità,

¹⁰² A tal riguardo cfr. R. AMARO E AL., *op. cit.*, p. 86.

¹⁰³ P. ROTT, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁴ Parere del Comitato economico e sociale europeo, del 20 settembre 2018, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, 2018/0089 (COD), par. 4.12.

non sarà possibile raccogliere un ampio consenso a livello delle parti presumibilmente lese, poiché non beneficeranno direttamente del possibile risarcimento”¹⁰⁵.

Effettivamente, al fine di uniformare maggiormente le normative nazionali, il legislatore dell’Unione avrebbe potuto regolare tale aspetto con più precisione, riducendo il margine di discrezionalità lasciato agli Stati. Ad esempio, come suggerito dal Comitato economico e sociale, avrebbe potuto indicare almeno il criterio che a livello nazionale si dovrebbe seguire per definire il meccanismo da adottare.

Invece, la direttiva 2020/1828 rimanda tutto alla volontà degli Stati, prevedendo un’unica eccezione, cioè quella in cui i singoli consumatori non risiedono abitualmente nello Stato membro dell’organo giurisdizionale o dell’autorità amministrativa dinanzi cui è stata proposta un’azione rappresentativa. In tali circostanze, infatti, deve sempre essere applicato il sistema dell’*opt-in*¹⁰⁶.

Sempre con riferimento alla partecipazione alle azioni rappresentative, la direttiva in esame prevede, infine, due disposizioni che vale la pena mettere in luce.

In primo luogo, l’art. 9, par. 4, stabilisce che qualora i consumatori esprimano esplicitamente o tacitamente la volontà di essere rappresentati da un ente legittimato nell’ambito di un’azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori, a prescindere che l’azione rappresentativa sia intentata nell’ambito di un meccanismo di partecipazione o di non partecipazione, non dovrebbero più poter essere rappresentati, nell’ambito di altre azioni rappresentative, con la stessa *causa petendi* e con analogo *petitum*, nei confronti dello stesso professionista né intentare azioni individuali.

In questo modo si vuole limitare il rischio dell’abuso dei ricorsi, evitando che i consumatori possano ricevere più di un indennizzo per la stessa causa nei confronti dello stesso professionista. Allo stesso tempo, però, per non limitare eccessivamente la tutela dei consumatori, nella direttiva viene anche precisato che quanto appena detto non dovrebbe valere se un consumatore, dopo aver esplicitamente o tacitamente espresso la volontà di essere rappresentato nell’ambito di un’azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori, sceglie successivamente di rinunciare a partecipare a tale azione rappresentativa conformemente al diritto nazionale, per esempio qualora un consumatore rifiuti successivamente di essere vincolato da una transazione¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Parlamento europeo, Parere della commissione per i trasporti e il turismo destinato alla Commissione giuridica, del 26 novembre 2018, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

¹⁰⁶ Ai sensi dell’art. 9, par. 3, della direttiva 2020/1828, infatti, è previsto che “fermo restando il paragrafo 2, gli Stati membri provvedono affinché i singoli consumatori che non risiedono abitualmente nello Stato membro dell’organo giurisdizionale o dell’autorità amministrativa dinanzi cui è stata proposta un’azione rappresentativa siano tenuti a esprimere esplicitamente la propria volontà di essere rappresentati in tale azione rappresentativa al fine che tali consumatori siano vincolati dall’esito di detta azione rappresentativa”.

¹⁰⁷ In materia di transazioni concernenti i risarcimenti, l’art. 11 della direttiva 2020/1828 stabilisce: “1. Ai fini dell’approvazione di transazioni, gli Stati membri garantiscono che in un’azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori: a) l’ente legittimato e il professionista possano proporre congiuntamente all’organo giurisdizionale o all’autorità amministrativa una transazione concernente il risarcimento per i consumatori interessati; o b) l’organo giurisdizionale o l’autorità amministrativa, dopo aver consultato l’ente legittimato e il professionista, possano invitare l’ente legittimato e il professionista a raggiungere una transazione concernente il risarcimento entro un limite di tempo ragionevole. 2. Le transazioni di cui al paragrafo 1 sono soggette al controllo dell’organo giurisdizionale o dell’au-

In secondo luogo, al fine di garantire la massima adesione alle azioni rappresentative, l'art. 12, par. 2, della direttiva 2020/1828, concernente la ripartizione delle spese di un'azione rappresentativa volta a ottenere provvedimenti risarcitori, dispone che i singoli consumatori interessati da tale azione rappresentativa non sopportino le spese del procedimento. In questo modo, quindi, si vuole evitare che il consumatore possa essere scoraggiato a prendere parte ad un'azione risarcitoria per il timore di dover affrontare oneri economici eccessivi in caso di insuccesso.

La norma in questione, per completezza, va letta congiuntamente all'art. 20 della direttiva, in materia di assistenza agli enti legittimati, secondo cui gli Stati membri adottano misure intese a garantire che le spese di procedimento non impediscano agli enti legittimati l'effettivo esercizio del loro diritto di intentare azioni rappresentative, regolando, ad esempio, la forma di finanziamento pubblico, compreso il sostegno strutturale agli enti legittimati, l'applicazione di diritti amministrativi e giudiziari contenuti o l'accesso al patrocinio a spese dello Stato.

Per concludere, però, l'esame della direttiva, occorre svolgere qualche riflessione su un aspetto cruciale, cioè quello delle azioni transfrontaliere. In tema di mercato digitale, infatti, le principali violazioni di massa dei diritti dei consumatori sono proprio quelle con implicazioni transfrontaliere.

A tal riguardo, si è già visto come, con riferimento alla definizione dell'ente legittimato ad agire, il legislatore dell'Unione abbia operato una netta distinzione tra questa tipologia di azioni e quelle nazionali. Tralasciando, però quest'aspetto, al fine di rendere più efficaci le azioni transfrontaliere, la direttiva si limita a garantire il riconoscimento reciproco della legittimità degli enti designati in uno Stato membro ad agire per intentare azioni rappresentative in un altro Stato membro. Inoltre, dispone che gli enti legittimati di diversi Stati membri possano unire le forze in un'unica azione rappresentativa dinanzi a un singolo foro, fatte salve le relative norme sulla competenza giurisdizionale.

Tuttavia, la direttiva non affronta le problematiche di diritto internazionale privato che sono state messe in luce nel corso del presente lavoro e che, come si è visto, costituiscono tutt'oggi il principale nodo da sciogliere in materia di azioni transfrontaliere. Proprio per tale motivo, si condivide l'idea espressa in dottrina secondo cui “once again fails to clearly solve the issue of private international law rules applicable for the resolution of mass cases, in particular rules concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgements and applicable law” rilevando

torità amministrativa. L'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa valuta se debba rifiutare di approvare una transazione che sia contraria a disposizioni imperative del diritto nazionale o comprendente condizioni che non possono essere eseguite tenendo conto dei diritti e degli interessi di tutte le parti e, in particolare, di quelli dei consumatori interessati. Gli Stati membri possono prevedere norme per consentire all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa di rifiutare di approvare una transazione sulla base del fatto che quest'ultima è iniqua. 3. Se l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa non approva la transazione, essa prosegue l'esame dell'azione rappresentativa interessata. 4. Le transazioni approvate sono vincolanti per l'ente legittimato, il professionista e i singoli consumatori interessati. Gli Stati membri possono stabilire norme che concedono ai singoli consumatori interessati da un'azione rappresentativa e dalla transazione che ne consegue di accettare o rifiutare di essere vincolati dalle transazioni di cui al paragrafo 1. 5. I risarcimenti ottenuti mediante una transazione approvata in conformità del paragrafo 2 non pregiudicano eventuali rimedi supplementari disponibili per i consumatori ai sensi del diritto nazionale o dell'Unione che non sono stati oggetto di tale transazione”.

altresì che “in the context of a multiplication of cross border mass harm situations, this comes as a major disappointment”¹⁰⁸.

6. La direttiva 2020/1828 costituisce un importante passo in avanti in materia di tutela degli interessi collettivi dei consumatori. L’adozione di uno strumento che, finalmente, regoli a livello di Unione europea le azioni risarcitorie è, infatti, da considerarsi come un fondamentale traguardo che il legislatore sovranazionale si prefissava di raggiungere da diverso tempo.

Perciò il risultato ottenuto va accolto con grande soddisfazione. Tuttavia, ciò non significa che la disciplina introdotta non presenti elementi critici o sia da considerarsi pienamente esaustiva, anche perché, trattandosi di una questione su cui si partiva da posizioni molto distanti, sia tra gli Stati membri che tra gli *stakeholders*, era chiaramente necessario trovare un compromesso che permettesse di portare a conclusione l’*iter* legislativo.

Per quanto riguarda gli aspetti problematici, dall’esame svolto ne sono emersi svariati. In primo luogo, si è visto come un punto su cui si potrebbe tornare a discutere è quello dell’ambito di applicazione. In tal senso, infatti, la direttiva 2020/1828 ha mantenuto lo stesso sistema di quella sulle azioni inibitorie, cioè quello della lista, benché quest’ultima sia stata considerevolmente ampliata. Successivamente, al fine di rafforzare l’efficacia della tutela offerta, si potrebbe pensare di rivedere tale sistema, estendendo l’ambito di applicazione a tutte le violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione, cioè tutte le situazioni in cui la violazione di norme stabilite a livello di Unione ha causato o può causare un danno a persone fisiche o giuridiche. In ogni caso, sarà necessario aggiornare tempestivamente la lista ogni qual volta sarà adottato un nuovo strumento legislativo in materia di consumatori.

In secondo luogo, una questione che suscita perplessità è quella relativa al sistema di designazione degli enti legittimati. Al riguardo, infatti, risulta criticabile l’idea di lasciare agli Stati massima discrezionalità rispetto ai criteri di legittimazione degli enti nazionali, soprattutto se si tiene conto che, allo stato attuale, le legislazioni nazionali in materia risultano abbastanza eterogenee.

In terzo luogo, un aspetto su cui si sarebbe potuto optare per una disciplina più dettagliata è quello relativo al meccanismo di partecipazione alle azioni rappresentative. Anche in questo caso, infatti, la direttiva 2020/1828 lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati. Da questo punto di vista, però, si deve rilevare che, al momento, le legislazioni dei Paesi membri presentano un maggior grado di omogeneità, orientandosi sostanzialmente verso la clausola dell’*opt-in*, con le dovute varianti specifiche.

In quarto luogo, la direttiva avrebbe potuto affrontare più approfonditamente la questione delle azioni transfrontaliere. Su questo punto, infatti, il legislatore ha volontariamente evitato di toccare le questioni di diritto internazionale privato, introducendo solo qualche elemento essenziale a carattere sovranazionale, come il riconoscimento reciproco degli enti legittimati ad agire.

Infine, un aspetto per il quale la direttiva è stata oggetto di critica in dottrina è quello relativo all’assenza di norme in materia di risoluzione alternativa delle controversie. In tal senso, è stato osservato che “the Proposal is firmly based on a model

¹⁰⁸ A. BIARD, *Collective Redress in the EU: A Rainbow behind the Clouds?*, in *ERA Forum*, 2018, p. 201.

of private enforcement through court litigation, based on piggy-backing (curiously) on an injunction mechanism” e che “it is time to abandon old technology that does not work well and adopt new technology that works better”¹⁰⁹.

A tal riguardo, però, va rilevato che la direttiva apre alla possibilità di istituire in futuro uno strumento molto utile in termini di risoluzione alternativa delle controversie, cioè quello dell'*ombudsman*. L'art. 23, infatti, stabilisce che, entro il 26 giugno 2028, la Commissione effettuerà una valutazione per stabilire se le azioni rappresentative transfrontaliere possano essere meglio affrontate a livello dell'Unione attraverso l'istituzione di un mediatore europeo per le azioni rappresentative per provvedimenti inibitori e provvedimenti risarcitori e presenterà una relazione sulle principali conclusioni al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, corredandola, se del caso, di una proposta legislativa.

In tale seno, l'istituzione della figura del mediatore europeo, quale strumento alternativo di risoluzione delle controversie concernenti la buona amministrazione, si è dimostrata un'idea di successo, che ha contribuito a rafforzare il principio di trasparenza e ad avvicinare i cittadini all'Unione¹¹⁰. Di conseguenza, si ritiene che l'idea di replicare tale modello anche nel settore dei ricorsi collettivi possa dimostrarsi vincente e sia idonea a rafforzare la tutela dei consumatori europei. Sarà, quindi, interessante monitorare le scelte che il legislatore dell'Unione assumerà nei prossimi anni su quest'aspetto.

Abstract

Recent Innovations in the Field of Representative Actions to Protect the Collective Interests of Consumers in the European Union

This article analyzes the directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, adopted on 25 November 2020. The directive is one element of the New Deal for consumers, whose aim is to modernise existing rules to fill the current legal gap in the European Union consumer law acquis, providing also better redress opportunities for consumers.

The European institutions have been discussing about the establishment of a collective redress mechanism for a long time. Thus, the adoption of the directive was somewhat expected by scholars and expertise in the field of consumers protection.

The author examines the mechanism provided by the directive with the aim to make some considerations on its innovative character, as well as to evaluate whether and to what extent the expectations have been met.

¹⁰⁹ C. HODGES, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁰ Sul tema, cfr. F. BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, Bari, 2020.

Matteo Del Chicca*

Alcune recenti relazioni diplomatiche intrattenute dalla Russia con l'Unione europea e con una parte dei suoi Stati membri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le misure restrittive adottate dall'UE e la dichiarazione dell'Alto rappresentante dell'Unione a proposito dell'arresto di Alexei Navalny. – 3. Le dichiarazioni di *personae non gratae* emesse da Russia, Germania, Polonia e Svezia. – 4. Le nuove misure restrittive irrogate dall'UE, alcune ulteriori dichiarazioni di *personae non gratae* prodotte e la solidarietà espressa a favore di uno Stato terzo rispetto all'UE. – 5. Le dichiarazioni di *personae non gratae* rilasciate in solidarietà con la Repubblica Ceca. – 6. Considerazioni strutturali sulle motivazioni che hanno accompagnato le dichiarazioni di *personae non gratae*. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Nei primi mesi del 2021 si sono verificati molteplici episodi particolarmente significativi, che hanno attestato un andamento non propizio delle relazioni diplomatiche intercorse tra la Russia, l'Unione europea e una ragguardevole parte dei suoi Stati membri.

Le cause di tali disarmonie risultano tanto molteplici e complesse che una disamina adeguata delle stesse eccederebbe i limiti propri del presente contributo. In questa sede ci si limita sommariamente a ricordare che tra tali cause sono annoverabili, ad esempio, la detenzione e il tentato omicidio di Alexei Navalny¹, la distruzione di un deposito di munizioni avvenuta nel 2014 nella Repubblica Ceca² (alle quali avremo occasione di svolgere qualche richiamo), la crisi ucraina e l'intervento russo³, così

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa.

¹ *Infra*, paragrafi 2 e 4.

² *Infra*, paragrafi 4 e 5.

³ Sull'argomento cfr., ad esempio: A. DE GUTTRY, *Crisi Ucraina: quel referendum è illegittimo*, in *Ispionline*, 7 aprile 2014; E. SCISO, *La crisi ucraina e l'intervento russo: profili di diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 992 ss.; M. FORNARI, *Conflitto in Ucraina, orsi fantasiosi e programmi malevoli*, *ivi*, 2017, p. 1156 ss.; G. PALMISANO, *La verifica delle credenziali nell'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e la crisi delle sanzioni alla delegazione russa*, *ivi*, 2018, p. 780 ss.; M. VENTURA, *Condizionalità e realizzazione progressiva degli obblighi internazionali nelle relazioni esterne dell'Unione europea*, *ivi*, 2019, p. 45 ss.; P. PUSTORINO, *Diritto internazionale e complicità fra Stati: considerazioni sull'elemento soggettivo dell'illecito*, *ivi*, 2020, p. 661 ss. Si veda anche Corte internazionale di giustizia, sentenza dell'8 novembre 2019, *Application of the international convention for the suppression of the financing of terrorism and of the international convention on the elimination of all forms of racial discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary objections, p. 558 ss.

come, in senso più ampio, il deperimento delle relazioni diplomatiche tra Russia e Stati Uniti⁴. Come noto, alcune delle cause ora citate si sono per lo più originate in un periodo precedente a quello preso in considerazione nella presente trattazione; comunque, nei primi mesi del 2021 si è potuto osservare un sostanziale deterioramento dei rapporti diplomatici tra l'UE (e una buona parte dei suoi Stati membri) e la Russia⁵: ci si riferisce, ad esempio, alle svariate dichiarazioni di *persona non grata* che sono state emesse, nel periodo indicato, dalla Russia (da una parte) e da Bulgaria, Estonia, Germania, Italia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Svezia (dall'altra), nei confronti di un cospicuo numero di agenti diplomatici, tanto russi quanto appartenenti ai citati Stati membri dell'UE⁶. A ciò si potrebbero aggiungere le plurime comunicazioni ufficiali – rilasciate dall'UE per mezzo dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza⁷, ovvero da membri del Parlamento europeo⁸, dal portavoce del Servizio europeo per l'azione esterna⁹, nonché dai Capi di Stato o di governo di più Stati membri dell'UE¹⁰ – che certamente non hanno contribuito a favorire una distensione dei rapporti diplomatici tra Russia e UE. A tal proposito, si dovrebbero per di più considerare le misure restrittive adottate dall'UE nei confronti di dieci cittadini e un istituto di ricerca russi¹¹.

Può essere pertanto utile verificare se gli atti ora elencati – posti in essere dalla Federazione Russa, dall'UE e dagli Stati membri dell'UE citati – siano adeguati a quanto l'ordinamento internazionale prevede in materia, ovvero se il corso intrapreso da tali soggetti necessiti di alcuni correttivi, in special modo alla luce tanto della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche (da qui in seguito “Convenzione di Vienna”)¹², quanto del Trattato sull'UE. Non si mancherà tra l'altro di prestare attenzione al ruolo svolto dalla solidarietà (prevista dal TUE anche nell'ambito dell'azione esterna dell'UE)¹³ all'interno di alcune delle relazioni diplomatiche che verranno esaminate.

⁴ Cfr., ad esempio: K. ROGERS, E. SULLIVAN, *Trump and Western Allies Expel Scores of Russians in Sweeping Rebuke Over U.K. Poisoning*, in *New York Times*, 26 marzo 2018; *Press release on Deputy Foreign Minister Sergey Ryabkov's meeting with US Ambassador to Russia Jon Huntsman*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, 29 marzo 2018; *US officials seize the residence of the Russian Consul General in Seattle*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Briefing by Foreign Ministry Spokeswoman Maria Zakharova, Moscow, 26 aprile 2018; *Removal of a Russian flag by US authorities*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Briefing by Foreign Ministry Spokeswoman Maria Zakharova, Moscow, 4 maggio 2018; *Comment by the Information and Press Department on the new US sanctions against Russia*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Press release, 9 maggio 2018. Come noto, tale logoramento è stato anche determinato da presunte ingerenze russe nelle elezioni presidenziali statunitensi e da attacchi *hacker* subiti da agenzie federali degli Stati Uniti; cfr. ad esempio, A. BONFANTI, *Attacchi cibernetici in tempo di pace: le intrusioni nelle elezioni presidenziali statunitensi del 2016 alla luce del diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 694-728.

⁵ Il presente contributo è aggiornato al 30 aprile 2021.

⁶ *Infra*, paragrafi 3-5.

⁷ *Infra*, paragrafi 2 e 5.

⁸ *Infra*, par. 3.

⁹ *Infra*, par. 5.

¹⁰ *Infra*, paragrafi 3-5.

¹¹ *Infra*, paragrafi 2 e 4.

¹² Tale Convenzione, come noto, è stata adottata dalla United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities svoltasi a Vienna ed è rinvenibile in *United Nations Treaty Series*, D, 1964, p. 95 ss.

¹³ Ci si riferisce, in particolare, alla solidarietà prevista dagli articoli 21 e 24 TUE. Come noto, essa viene richiamata anche nel preambolo e negli articoli 2, 3 e 31 del medesimo Trattato, nonché nel preambolo

La scelta metodologica seguita nel presente contributo condurrà inizialmente ad una rassegna di talune premesse fattuali e giuridiche¹⁴, che hanno contribuito a generare le molteplici e rilevanti dichiarazioni di *personae non gratae* incorse nei primi mesi del 2021 tra la Russia, da una parte, e non pochi Stati membri dell'UE, dall'altra. Successivamente, verranno analizzate le prime di tali dichiarazioni, emesse nel gennaio 2021 da Russia, Germania, Polonia e Svezia, al fine di valutare se – in tali circostanze – le norme della Convenzione di Vienna hanno potuto trovare una piena e corretta applicazione¹⁵. Sempre seguendo la sequenza cronologica degli eventi, sarà quindi messo in evidenza come la solidarietà abbia contraddistinto alcune dichiarazioni di *personae non gratae* rilasciate nei mesi successivi: a tal proposito, si avrà l'opportunità di constatare che essa è stata evocata in un primo momento nelle dichiarazioni di *personae non gratae* emesse nei confronti di tre agenti diplomatici russi da uno Stato membro dell'UE (la Polonia) in “piena solidarietà” con uno Stato terzo rispetto all'UE (gli Stati Uniti)¹⁶; in seguito, una nitida solidarietà è stata espressa nelle dichiarazioni di *personae non gratae* che sono state prodotte nei confronti di agenti diplomatici russi anche da altri Stati membri dell'UE (Estonia, Lettonia, Lituania e Slovacchia), in queste occasioni a sostegno di uno Stato membro della stessa organizzazione internazionale (la Repubblica Ceca)¹⁷. Le dichiarazioni di *persona non grata* passate in rassegna offriranno lo spunto per proporre qualche considerazione in merito a tali atti, con particolare riferimento alle motivazioni che più frequentemente li accompagnano¹⁸. L'occasione sarà altresì propizia per svolgere qualche commento a proposito di certe comunicazioni ufficiali prodotte in seno all'UE¹⁹, nonché in merito ad alcune misure restrittive destinate dall'UE a dieci cittadini e ad un istituto di ricerca russi nel periodo preso in esame²⁰.

2. Tra le premesse alle numerose dichiarazioni di *persona non grata* succedutesi nei primi mesi del 2021 sono senz'altro da segnalare un regolamento²¹ e una decisione (PESC)²² del Consiglio dell'UE (da qui in poi “Consiglio”), entrambi del 14

e negli articoli 67, 80, 122, 194 e 222 TFUE). In dottrina cfr., ad esempio: M. CREMONA, *EU Enlargement: Solidarity and Conditionality*, in *European Law Review*, 2005, p. 3 ss.; C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing New Challenges of the Union*, Torino, 2017; T. RUSSO, *La solidarietà come valore fondamentale dell'Unione europea: prospettive e problematiche*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 667 ss.; ID., *Solidarietà e democrazia nella crisi economica degli Stati della zona euro: considerazioni sul caso Anagnostakis*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 9, p. 1 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018; ID., *La “nuova” solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 35, p. 16 ss.; F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Torino, 2020.

¹⁴ *Infra*, par. 2.

¹⁵ *Infra*, par. 3.

¹⁶ *Infra*, par. 4.

¹⁷ *Infra*, par. 5.

¹⁸ *Infra*, par. 6.

¹⁹ *Infra*, paragrafi 2, 3 e 5.

²⁰ *Infra*, paragrafi 2 e 4.

²¹ Regolamento di esecuzione (UE) n. 2020/1480 del Consiglio, del 14 ottobre 2020, che attua il regolamento (UE) n. 2018/1542, relativo a misure restrittive contro la proliferazione e l'uso delle armi chimiche (in seguito: regolamento di esecuzione 2020/1480).

²² Decisione 2020/1482/PESC del Consiglio, del 14 ottobre 2020, che modifica la decisione 2018/1544/PESC, relativa a misure restrittive contro la proliferazione e l'uso delle armi chimiche (in

ottobre 2020, mediante i quali tale istituzione ha adottato alcune misure restrittive nei confronti di sei cittadini russi e un istituto di ricerca della Federazione Russa, ritenuti responsabili del tentato omicidio di Alexei Navalny per mezzo di un agente nervino tossico del gruppo “Novichok”²³. Tali atti hanno consentito la modifica del regolamento²⁴ e della decisione (PESC) del 15 ottobre 2018²⁵ – adottati per contrastare la proliferazione e l’uso delle armi chimiche – permettendo l’inserimento dei soggetti citati negli elenchi delle persone fisiche e delle entità²⁶ sottoposte a misure restrittive di non modesta entità: in particolare, gli Stati membri dell’UE sono tenuti ad adottare le misure necessarie per impedire l’ingresso o il transito nel loro territorio di tali soggetti, le cui risorse economiche e i cui fondi sono congelati²⁷. Tali misure appaiono pertanto particolarmente significative²⁸, perché vanno ad incidere tanto sulla libertà di circolazione, quanto sulle disponibilità economiche dei destinatari: a tal proposito, val la pena segnalare che esse sono state adottate senza aver posto in essere alcun procedimento giudiziario a carico dei sei cittadini e dell’istituto di ricerca russi²⁹. Sotto tale profilo, va ricordato che il regolamento dell’UE in virtù

seguito: decisione 2020/1482/PESC).

²³ Cfr. gli allegati al regolamento di esecuzione 2020/1480 e alla decisione 2020/1482/PESC.

²⁴ Regolamento (UE) n. 2018/1542 del Consiglio, del 15 ottobre 2018, relativo a misure restrittive contro la proliferazione e l’uso delle armi chimiche (in seguito: regolamento 2018/1542).

²⁵ Decisione 2018/1544/PESC del Consiglio, del 15 ottobre 2018, relativa a misure restrittive contro la proliferazione e l’uso delle armi chimiche (in seguito: decisione 2018/1544/PESC). L’adozione di tali due atti normativi – regolamento e decisione (PESC) – non deve sorprendere: le misure restrittive dell’UE si fondano infatti tanto su una decisione (PESC) del Consiglio, che viene adottata *ex art.* 29 TUE, quanto su un regolamento, necessario per attuare certe disposizioni della decisione (PESC) e la cui base giuridica è rinvenibile nell’art. 215 TFUE.

²⁶ Come previsto *ex art.* 12 del regolamento 2018/1542 ed *ex art.* 4 della decisione 2018/1544/PESC.

²⁷ Le misure restrittive sono previste *ex* articoli 2-6 e 8-10 del regolamento 2018/1542 ed *ex* articoli 2-3 della decisione 2018/1544/PESC.

²⁸ Sulle misure restrittive adottabili dall’UE la letteratura, come noto, è amplissima. Cfr., ad esempio: A. DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993; L. PALADINI, *Le misure restrittive adottate nell’ambito della PESC: prassi e giurisprudenza*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2009, p. 341 ss.; C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2010; M. E. BARTOLONI, *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 222 ss.; C. PORTELA, *Are European Union sanctions “targeted”?*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2016, p. 912 ss.; S. POLI, *Le misure restrittive dell’Unione europea per sviamento di fondi pubblici alla luce della sentenza Azarov*, in *European Papers*, 2016, p. 715 ss.; ID., *L’Unione europea e le misure restrittive individuali a carattere economico: tendenze evolutive del quadro normativo e giurisprudenziale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 475 ss.; ID., *The Common Foreign Security Policy After Rosneft: Still Imperfect but Gradually Subject to the Rule of Law*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1799 ss.; N. RONZITTI (ed.), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden, 2016, in particolare M. GESTRI, *Sanctions Imposed by the European Union: Legal and Institutional Aspects*, pp. 70-102, e J. KRAUSE, *Western Economic and Political Sanctions as Instruments of Strategic Competition with Russia – Opportunities and Risks*, pp. 270-286; C. MORVIDUCCI, *Le misure restrittive dell’Unione europea e il diritto internazionale: alcuni aspetti problematici*, in *Eurojus*, 2019, pp. 77-96. Cfr. anche *infra*, nota 32.

²⁹ Il 4° e 5° ‘considerando’ tanto del regolamento di esecuzione 2020/1480, quanto della decisione 2020/1482/PESC, si limitano a precisare quanto segue: “(4) Il 2 settembre 2020 il governo della Repubblica federale di Germania ha reso noto che un laboratorio specializzato delle forze armate federali aveva trovato elementi di prova a dimostrazione del fatto che Alexei Navalny era stato avvelenato per mezzo di un agente nervino tossico del gruppo Novichok. Tale conclusione è stata successivamente confermata da laboratori in Francia e Svezia, come annunciato il 14 settembre 2020. (5) Nelle conclu-

del quale tali particolari misure possono essere adottate, vale a dire quello del 2018 citato, nell'affermare il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, richiama in particolare l'osservanza di alcuni di tali diritti: il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale³⁰ e il diritto alla protezione dei dati personali³¹. Tuttavia, tale regolamento manca di sottolineare la rilevanza del diritto alla presunzione di innocenza e dei diritti della difesa, che in effetti – perlomeno nel caso di specie – non sembrano aver avuto una piena e soddisfacente applicazione³².

All'irrogazione di tali misure restrittive è poi seguita, il 18 gennaio 2021, una dichiarazione ufficiale – rilasciata dall'Alto rappresentante dell'Unione a nome e per conto dell'UE – mediante la quale viene reiterata alle autorità russe la richiesta di svolgere le dovute indagini per il tentato omicidio di Alexei Navalny tempestivamente, in assoluta trasparenza e accettando a tal fine la piena collaborazione della Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons³³. In aggiunta, all'interno della medesima dichiarazione ufficiale, l'UE deplora fermamente l'arresto dello stesso Navalny, attuato dalla polizia di Mosca subito dopo il ritorno di tale politico presso il territorio russo³⁴. Nel far ciò, l'UE ha inoltre svolto una valutazione negativa, sotto diversi profili, della condotta realizzata dal governo russo nei confronti di Navalny, che a suo avviso confermerebbe una prolungata tendenza dello stesso a restringere gli spazi delle opposizioni politiche, della società civile e delle opinioni

sioni dell'1 e 2 ottobre 2020, il Consiglio europeo ha condannato il tentato omicidio di Alexei Navalny. L'uso di armi chimiche costituisce una grave violazione del diritto internazionale. Il Consiglio europeo ha invitato le autorità della Federazione russa a cooperare pienamente con l'Organizzazione per la proibizione delle armi chimiche al fine di garantire un'indagine internazionale imparziale e di assicurare i responsabili alla giustizia”.

³⁰ Si fa evidentemente riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la cui rubrica recita per l'appunto “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”.

³¹ Si allude a quanto previsto *ex art.* 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, rubricato “Protezione dei dati di carattere personale”.

³² Ci si riferisce, come noto, all'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la cui rubrica indica espressamente “Presunzione di innocenza e diritti della difesa”. Sul tema della tutela del diritto alla difesa nelle misure restrittive adottabili dall'UE cfr., ad esempio: J. PAFFARINI, *I diritti della difesa e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva delle persone soggette a provvedimenti di congelamento. La Corte di Giustizia ritorna sui limiti alla discrezionalità del Consiglio nella cooperazione con i paesi terzi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 881 ss.; S. POLI, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sugli atti PESC intesi a consolidare la rule of law: il caso delle misure restrittive sullo sviamento di fondi pubblici*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 301 ss.; C. CHALLET, *Reflections on Judicial Review of EU Sanctions Following the Crisis in Ukraine by the Court of Justice of the European Union*, *College of Europe – Research Papers in Law*, 4/2020; G. VITALE, *La giurisprudenza dell'Unione in materia di misure restrittive. L'obbligo di motivazione della misura e la tutela giurisdizionale effettiva dei destinatari*, in *Eurojus*, 2021, p. 274 ss. Si ricorda infine che la lesione del diritto alla difesa del destinatario, provocata da una misura restrittiva adottata dall'UE, è stata evocata, ad esempio, nella nota sentenza del Tribunale del 26 ottobre 2015, causa T-290/14, *Portnov*, punto 33.

³³ *Russia: Declaration by the High Representative on behalf of the EU on the arrest of Alexei Navalny upon his return*, Council of the EU, Press release 21/21, 18 gennaio 2021: “(...) the European Union will continue to call upon the Russian authorities to urgently investigate the assassination attempt on Mr Navalny in full transparency and without further delay, and to fully cooperate with the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW) to ensure an impartial international investigation”.

³⁴ *Ibidem*: “The European Union condemns the detention of the Russian opposition politician Alexei Navalny upon his return to Moscow on 17 January and calls for his immediate release”.

indipendenti³⁵: tra le altre cose, l'UE denuncia una "politicizzazione" del sistema giudiziario russo, reputandola inaccettabile³⁶.

Siffatte valutazioni sono state presumibilmente espresse anche per dare attuazione, *inter alia*, alle norme previste dal capo 1 del titolo V del TUE; in particolare, si ricorda che l'art. 21, par. 1, co. 1, del Trattato citato fonda l'azione dell'Unione sulla scena internazionale su determinati principi, "che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale"³⁷. A tal riguardo, va inoltre menzionato uno degli obiettivi stabiliti per l'azione esterna dell'UE dal par. 2, lett. b), dell'articolo citato, vale a dire il "consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale"³⁸.

Sebbene dunque dotate di un appropriato fondamento giuridico ai sensi del diritto dell'UE³⁹, il rischio è che alcune interferenze – come quelle eventualmente rilevabili nelle misure restrittive poc'anzi richiamate, ovvero nella comunicazione ufficiale ora analizzata – potrebbero anche essere percepite dallo Stato destinatario

³⁵ *Ibidem*: "This detention confirms a continuous negative pattern of shrinking space for the opposition, civil society and independent voices in the Russian Federation".

³⁶ *Ibidem*: "Politicisation of the judiciary is unacceptable and Mr Navalny's rights must be respected".

³⁷ Si ricorda che l'art. 21, par. 1, dispone quanto segue: "[l]'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale. L'Unione si adopera per sviluppare relazioni e istituire partenariati con i paesi terzi e con le organizzazioni internazionali, regionali o mondiali, che condividono i principi di cui al primo comma. Essa promuove soluzioni multilaterali ai problemi comuni, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite".

³⁸ L'art. 21, par. 2, TUE stabilisce quanto segue: "[l]'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di: a) salvaguardare i suoi valori, i suoi interessi fondamentali, la sua sicurezza, la sua indipendenza e la sua integrità; b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale; c) preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale, conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne; d) favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà; e) incoraggiare l'integrazione di tutti i paesi nell'economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali; f) contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile; g) aiutare le popolazioni, i paesi e le regioni colpiti da calamità naturali o provocate dall'uomo; h) promuovere un sistema internazionale basato su una cooperazione multilaterale rafforzata e il buon governo mondiale".

³⁹ Sui valori dell'Unione europea e la sua azione esterna la letteratura, come noto, è particolarmente vasta; cfr. *amplius*: J.-F. FLAUS, *Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union Européenne*, in S. LECLERC, J. F. AKANDJI-KOMBE, M. J. REDOR (dirs.), *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999, p. 166 ss.; E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002; G. SCALESE, *Le fonti della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione Europea*, Napoli, 2015; E. SCISO, C. MORVIDUCCI, R. BARATTA (a cura di), *I valori dell'Unione Europea e l'azione esterna*, Torino, 2016; M. VENTURA, *op. cit.*; S. VELLUTI, *The Role of the EU in the Promotion of Human Rights and International Labour Standards in Its External Trade Relations*, Cham, 2020.

come una indebita ingerenza nei propri affari interni, esponendo così tali condotte alla possibile critica di conculcare il principio dell'ordinamento internazionale che proibisce tale tipo di immistioni⁴⁰. È inoltre da considerare che la richiesta di scarcerazione di Navalny – inoltrata dall'UE alla Russia – potrebbe apparire, in tale circostanza, senza un opportuno fondamento giudiziario, in grado di fornire una adeguata base giuridica per tale richiesta. In senso contrario, è altresì doveroso rammentare che, secondo il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, la misura adottata dalla Russia, che aveva inflitto la pena detentiva a Navalny, era stata considerata “arbitrary and manifestly unreasonable” dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e pertanto “(...) judgment ordering Alexei Navalny's imprisonment in a correctional colony for three and a half years defies all credibility and contravenes Russia's international human rights obligations”⁴¹.

Tali questioni meriterebbero certamente una più approfondita valutazione, che andrebbe oltre i limiti della presente trattazione; in questa sede ci si limita a segnalare che un presupposto di elevato rilievo per la richiesta di scarcerazione di Navalny è stato prodotto solo successivamente alla dichiarazione dell'UE del 18 gennaio 2021 ora in commento: infatti, la *interim measure* con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha intimato alla Russia di scarcerare Navalny, ex art. 39 del regolamento della Corte⁴², è stata adottata dalla stessa Corte di Strasburgo il 16 febbraio 2021⁴³.

Ad ogni modo, va da sé che le condotte tenute dall'UE nelle situazioni ora analizzate (tanto nelle misure restrittive adottate, quanto nella dichiarazione ufficiale

⁴⁰ Si allude a tale possibilità anche nella stessa replica offerta dal Ministro russo degli affari esteri in tale circostanza: cfr. *Foreign Minister Sergey Lavrov's remarks and answers to media questions at a news conference on the results of Russian diplomacy in 2020*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Moscow, 18 gennaio 2021. Come noto, il principio di non ingerenza è stato enunciato nell'art. 2, par. 7, della Carta delle Nazioni Unite. Su tale principio (anche escludendone gli sviluppi dettati dall'intervento per ragioni umanitarie e *similia*) la bibliografia è particolarmente ampia; cfr., ad esempio: E. DAVID, *Portée et limite du principe de non-intervention*, in *Revue belge de droit international*, 1990, p. 350 ss.; B. CONFORTI, *Le principe de non-intervention*, in M. BEDJAOUI (dir.), *Droit international: bilan et perspectives*, Paris, 1991, p. 489 ss.; N. RONZITTI, *Non ingerenza negli affari interni di un altro Stato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IV, 1996, p. 166 ss.; A. CASSESE, *Ex iniuria ius oritur. Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 23 ss.

⁴¹ Consiglio d'Europa, Statement of the Commissioner for Human Rights, *Navalny judgment contravenes Russia's international human rights obligations*, Strasburgo, 2 febbraio 2021. Si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 15 novembre 2019, *Case of Navalnyy v. Russia*.

⁴² Si ricorda che l'art. 39 delle *Rules of Court* della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui rubrica recita “Interim measures”, dispone quanto segue: “1. The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed pursuant to paragraph 4 of this Rule may, at the request of a party or of any other person concerned, or of their own motion, indicate to the parties any interim measure which they consider should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings. 2. Where it is considered appropriate, immediate notice of the measure adopted in a particular case may be given to the Committee of Ministers. 3. The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed pursuant to paragraph 4 of this Rule may request information from the parties on any matter connected with the implementation of any interim measure indicated. 4. The President of the Court may appoint Vice-Presidents of Sections as duty judges to decide on requests for interim measures” (cfr. la nuova edizione delle *Rules of Court* con le modifiche apportate dalla Plenary Court il 2 giugno 2021, Strasbourg, Registry of the Court, 2 giugno 2021).

⁴³ *The Court grants an interim measure in favour of Aleksey Navalnyy and asks the Government of Russia to release him*, Press release issued by the Registrar of the European Court of Human Rights, 17 febbraio 2021.

enunciata il 18 gennaio 2021) hanno concorso ad un deterioramento dei rapporti diplomatici tra UE e Russia, che si è riverberato – come avremo ora occasione di approfondire – anche nelle relazioni che quest’ultima ha intrattenuto con una notevole parte di Stati membri dell’UE.

3. Pochi giorni dopo la dichiarazione dell’UE del 18 gennaio 2021, relativa all’arresto di Navalny, a quanto risulta alcuni agenti diplomatici di Stati membri dell’UE avrebbero partecipato a due manifestazioni svoltesi su territorio russo a supporto dello stesso Navalny⁴⁴. Il 5 febbraio 2021, in concomitanza con un incontro tra l’Alto rappresentante dell’Unione e il Ministro degli affari esteri della Federazione Russa, il governo russo ha dichiarato tre agenti diplomatici di Stati membri dell’UE (Germania, Polonia e Svezia) *personae non gratae*⁴⁵.

Ora, a tal riguardo va anzitutto tenuto presente che la dichiarazione di *persona non grata*, prevista ex art. 9 della Convenzione di Vienna⁴⁶, può essere espressa in qualsiasi momento dallo Stato accreditario, senza che esso sia tenuto a fornire alcuna motivazione: in altri termini, per la Convenzione citata se fornire o meno tale motivazione è una libera scelta, rimessa integralmente alla discrezionalità dello Stato⁴⁷. Comunque, nella prassi (anche recente) non è raro osservare che lo Stato accreditario corrobora la dichiarazione di *persona non grata* con una motivazione, se non altro con l’intento di evitare un più grave pregiudizio alle relazioni diplomatiche con lo Stato accreditante, che riceve tale dichiarazione; nondimeno, in alcuni casi tale motivazione potrebbe anche contribuire ad enfatizzare un rapporto problematico, che lo Stato accreditario intrattiene con lo Stato accreditante; d’altra parte, la motivazione appare non di rado anche volta a chiarire alla comunità internazionale le ragioni che hanno indotto lo Stato accreditario a produrre la dichiarazione di *persona non grata*⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. *Violation of diplomatic and consular law by the expelled foreign diplomats and consular officials*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Briefing by Foreign Ministry Spokeswoman Maria Zakharova, Moscow, 11 febbraio 2021.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Si ricorda che l’art. 9 della Convenzione di Vienna prevede quanto segue: “1. The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is *persona non grata* or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. A person may be declared *non grata* or not acceptable before arriving in the territory of the receiving State. 2. If the sending State refuses or fails within a reasonable period to carry out its obligations under paragraph 1 of this article, the receiving State may refuse to recognize the person concerned as a member of the mission”. Per una ermeneutica di tale articolo cfr., ad esempio: E. DENZA (ed.), *Diplomatic Law – Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, 2016, p. 61 ss.

⁴⁷ “The fact that the draft does not say whether or not the receiving State is obliged to give reasons for its decision to declare *persona non grata* a person proposed or appointed, should be interpreted as meaning that this question is left to the discretion of the receiving State”, in *Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries*, Text adopted by the International Law Commission at its tenth session, in 1958, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (at para. 53), in *Yearbook of the International Law Commission*, II, 1958, p. 91.

⁴⁸ Tra i molteplici esempi di motivazioni, emersi anche nella prassi più recente, ci si limita a ricordare la dichiarazione di *persona non grata* rilasciata dall’Arabia Saudita il 6 agosto 2018 (anche tramite il *social media* Twitter) nei confronti di un agente diplomatico del Canada: l’Arabia Saudita ha motivato tale atto sulla base che il soggetto destinatario dello stesso avesse interferito negli affari interni sauditi

Possibilmente anche per tale ultimo motivo la Russia, sebbene non obbligata a farlo dalla Convenzione di Vienna (come poco sopra ricordato), ha optato per motivare le proprie dichiarazioni di *persona non grata* emesse nei confronti dei tre agenti diplomatici di Stati membri dell'UE⁴⁹. In tali motivazioni la Russia ha precisato che gli agenti diplomatici di Germania, Polonia e Svezia erano stati oggetto della dichiarazione di *persona non grata* poiché avevano partecipato ai raduni svoltisi a Mosca il 23 e il 31 gennaio 2021. In primo luogo, da tali condotte la Russia inferisce che gli agenti diplomatici in questione avrebbero violato l'ultima parte dell'art. 41, par. 1, della Convenzione di Vienna, che vieta all'agente diplomatico una ingerenza negli affari interni dello Stato accreditario⁵⁰. A ciò, la Russia poi aggiunge che tali raduni non erano stati autorizzati dall'amministrazione russa⁵¹ ed erano stati invece realizzati in aperta violazione del divieto di eventi pubblici, adottato dal governo russo per contrastare la diffusione della pandemia derivante dal Covid-19⁵². Partecipando a raduni caratterizzati da tali divieti, gli agenti diplomatici degli Stati membri dell'UE – secondo il governo russo – avrebbero deliberatamente e consapevolmente mancato di osservare le norme vigenti nello Stato accreditario⁵³, violando in tal modo quanto previsto in materia questa volta dalla prima parte del già richiamato art. 41, par. 1, della Convenzione di Vienna⁵⁴.

(cfr. *Foreign Ministry – Saudi Arabia government account, Statement*, on Twitter, 6 August 2018); per analoghi motivi il Montenegro ha dichiarato l'ambasciatore serbo *persona non grata* il 28 novembre 2020 (cfr. *Montenegro declares Serbia's ambassador persona non grata*, Reuters, 28 novembre 2020). Per fornire ulteriori esempi, si ricorda che in altre recenti occasioni la motivazione della dichiarazione di *persona non grata* si è poggiata sul presunto coinvolgimento del destinatario della stessa in attività di spionaggio: è il caso, ad esempio, della dichiarazione emessa dall'India nei confronti di due agenti diplomatici del Pakistan il 31 maggio 2020 (cfr. *Expulsion of two Pakistan High Commission Officials*, Government of India – Ministry of Foreign Affairs, Press release, 31 maggio 2020), ovvero di quella rilasciata dalla Norvegia nei confronti di un agente diplomatico russo il 29 agosto 2020 (cfr. N. BULL, T. BALMFORTH, *Norway expels Russian diplomat over spy case*, Reuters, 19 agosto 2020).

⁴⁹ Cfr. *Violation of diplomatic and consular law by the expelled foreign diplomats and consular officials*, cit.

⁵⁰ Si ricorda che l'art. 41 della Convenzione di Vienna stabilisce quanto segue: “1. Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State. 2. All official business with the receiving State entrusted to the mission by the sending State shall be conducted with or through the Ministry for Foreign Affairs of the receiving State or such other ministry as may be agreed. 3. The premises of the mission must not be used in any manner incompatible with the functions of the mission as laid down in the present Convention or by other rules of general international law or by any special agreements in force between the sending and the receiving State”.

⁵¹ Tale autorizzazione è richiesta dal seguente atto normativo della Federazione Russa: *Federal Law on Assemblies, Meetings, Demonstrations, Marches and Pickets*, 19 giugno 2004.

⁵² Cfr. Presidential Executive Order no. 316 of 11 May 2020, *On Procedure for Extending the Measures to Ensure Sanitary and Epidemiological Wellbeing of the Population in the Regions of the Russian Federation due to the Spread of the Novel Coronavirus Infection (COVID-19)*; si veda anche Executive Order of the Moscow Mayor no. 12-UM, 5 marzo 2020.

⁵³ *Violation of diplomatic and consular law by the expelled foreign diplomats and consular officials*, cit.: “Therefore, the participation of staff members of consulates general of Sweden and Poland and the Embassy of Germany in the January 23 and 31 rallies not only amounts to interference in the internal affairs of Russia but was also a deliberate and knowing disregard for the laws and rules of the receiving state”.

⁵⁴ Potrebbe essere utile ricordare nuovamente che la prima parte dell'art. 41, par. 1, della Convenzione di Vienna dispone quanto segue: “Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty

A proposito delle due motivazioni addotte dalla Russia, è da notare che essa ha evidentemente considerato l'interferenza nei propri affari interni, concretizzata dagli agenti diplomatici degli Stati membri dell'UE con la loro partecipazione ai raduni di Mosca, come il motivo principale per le dichiarazioni di *personae non gratae* rilasciate⁵⁵. Per sostenere che siffatte condotte possano costituire illecite intromissioni nei propri affari interni la Russia ha ricordato che la partecipazione a campagne politiche è stata indicata come un esempio di tali intrusioni, vietate dalla Convenzione di Vienna⁵⁶. Da questo punto di vista, non sembra di particolare evidenza che l'occasionale e liminale partecipazione a due manifestazioni, seppur caratterizzate da un esplicito dissenso politico, possa identificarsi in una chiara adesione ad una "campagna" politica, come invece potrebbero rivelare condotte più incisive e maggiormente continuate nel tempo.

A tal ultimo proposito, è doveroso citare il noto caso dell'ambasciata statunitense a Teheran: in tale occasione, infatti, la Corte internazionale di giustizia ha individuato nella dichiarazione di *persona non grata* un rimedio particolarmente idoneo, messo a disposizione dello Stato accredatario dalla Convenzione di Vienna, per rispondere ad eventuali violazioni dell'art. 41, par. 1, della medesima Convenzione⁵⁷. Nel farlo, la Corte internazionale di giustizia ha però ipotizzato come possibili inosservanze di tale norma i molteplici, gravi e continuati illeciti che – secondo l'Iran – erano stati commessi dagli agenti diplomatici statunitensi contro tale Stato⁵⁸, così configurando condotte di gran lunga più rilevanti e perduranti nel

of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State" (cfr. *supra*, nota 50. per il riferimento normativo completo). Per una disamina di altri casi recenti riguardanti la medesima violazione cfr., ad esempio: N. AHMAD, *The Obligation of Diplomats to Respect the Laws and Regulations of the Hosting State: A Critical Overview of the International Practices*, in *Laws*, 2020, n. 3, p. 1 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Diritto diplomatico-consolare internazionale ed europeo*, Torino, 2020.

⁵⁵ *Violation of diplomatic and consular law by the expelled foreign diplomats and consular officials*, cit.: "Several diplomatic scandals erupted in the past few weeks, including in connection with the unsavoury role played by a number of foreign diplomats, who directly interfered in the internal affairs of Russia in contravention of the Vienna Convention on Diplomatic Relations. This is why they have been expelled".

⁵⁶ *Ibidem*: "The commentary of the UN International Law Commission on the draft articles of the 1961 Vienna Convention cites participation in political campaigns as a conspicuous example of interference in the internal affairs of the receiving state in violation of the norms of diplomatic law". Si ricorda che la Commissione del diritto internazionale si era espressa nei seguenti termini: "The second sentence of paragraph 1 states the rule that persons enjoying diplomatic privileges and immunities must not interfere in the internal affairs of the receiving State; for example, they must not take part in political campaigns", in *Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, p. 104. Sulla rilevanza dei commentari della Commissione del diritto internazionale nell'ambito dell'ermeneutica cfr., ad esempio, G. GAJA, *Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission*, in *British Yearbook of International Law*, 2015, in special modo p. 17 ss.

⁵⁷ Cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 24 maggio 1980, *Case concerning United States diplomat and consular staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, pp. 38-40, paragrafi 83-85.

⁵⁸ Si ricorda che l'Iran non prese parte al procedimento di fronte alla Corte internazionale di giustizia e che pertanto le presunte condotte illecite degli agenti diplomatici statunitensi non furono in alcun modo provate, bensì meramente dichiarate dall'Iran in sedi extragiudiziali, *inter alia* mediante due lettere del Ministro degli esteri iraniano, del 9 dicembre 1979 e del 16 marzo 1980: cfr. Corte internazionale di giustizia, *ivi*, p. 18, par. 33, e p. 38, par. 82.

tempo, rispetto a quelle presuntivamente poste in essere dagli agenti diplomatici di Germania, Polonia e Svezia in Russia.

Piuttosto, sembrerebbe maggiormente pertinente la motivazione che il governo russo ha per converso addotto come secondaria, vale a dire il mancato rispetto delle “laws and regulations of the receiving State”, da parte degli agenti diplomatici, partecipando a manifestazioni vietate da più norme dell’ordinamento giuridico russo⁵⁹. In ogni caso, preme rilevare che le motivazioni addotte dal governo russo per l’emissione delle dichiarazioni di *persona non grata* non dovevano necessariamente fondarsi su una violazione delle norme previste dalla Convenzione di Vienna da parte degli agenti diplomatici destinatari⁶⁰.

Pochi giorni dopo tali accadimenti, per tutta risposta, ciascuno dei tre Stati destinatari degli atti prodotti dalla Russia (Germania, Polonia e Svezia) ha provveduto a dichiarare *persona non grata* un agente diplomatico russo in servizio presso il proprio territorio, così che un totale di tre agenti diplomatici della Federazione Russa ha conseguentemente abbandonato i territori di tali Stati membri dell’UE⁶¹. In tale circostanza, il Ministero tedesco degli affari esteri ha reiterato quanto era già stato espresso tanto dal Ministro svedese degli affari esteri, quanto dalla Cancelliera tedesca⁶², vale a dire che la dichiarazione di *persona non grata* prodotta dalla Federazione Russa “was in no way justified”, giacché l’agente diplomatico tedesco – destinatario di tale dichiarazione – stava meramente “observing developments in Russia by lawful means”⁶³. Di tenore simile appare la motivazione addotta per giustificare la dichiarazione di *persona non grata* rilasciata dalla Svezia, che il Ministro degli esteri svedese (su un *social media*) ha definito “a clear response to the unacceptable decision to expel a Swedish diplomat who was only performing

⁵⁹ *Violation of diplomatic and consular law by the expelled foreign diplomats and consular officials*, cit.: “The rallies that were held in Moscow and St Petersburg on January 23 and 31, 2021, had not been coordinated with the executive authorities of these constituent members of the Russian Federation, as stipulated in the Federal Law on Assemblies, Meetings, Demonstrations, Marches and Pickets dated June 19, 2004. Moreover, the organisers of these rallies stated publicly and deliberately that they had no intention to coordinate these events with the authorities. They said that this was their new tactic, and that they were doing this knowingly and deliberately. Consequently, anyone taking part in these events, including foreign diplomats and consular officials, were aware of violating the laws of the receiving state. They also violated the temporary ban on public events introduced in connection with the coronavirus pandemic. Presidential Executive Order No. 316 of May 11, 2020, On Procedure for Extending the Measures to Ensure Sanitary and Epidemiological Wellbeing of the Population in the Regions of the Russian Federation due to the Spread of the Novel Coronavirus Infection (COVID-19), allows the senior officials in the Russian regions to introduce special restrictions. Executive Order of the Moscow Mayor No. 12-UM dated March 5, 2020, prohibits public and other mass events in Moscow. Foreign diplomats were perfectly aware of this”.

⁶⁰ Cfr. *supra*, note 46 e 47.

⁶¹ *EU-Russia relations: MEPs condemn the decision by the Russian authorities to expel three EU diplomats*, statement co-signed by the Chair of the Committee on Foreign Affairs, the European Parliament’s standing rapporteur on Russia, and the Chair of the Delegation to the EU-Russia Parliamentary Cooperation Committee, in *European Parliament News*, Press Release, 8 febbraio 2021.

⁶² La Cancelliera tedesca Merkel aveva definito l’atto russo “not justified”, mentre il Ministro degli esteri svedese lo aveva dichiarato “completely unfounded” (cfr., ad esempio, *Russia expels three EU diplomats while Borrell visits*, Euractiv, 6 febbraio 2021).

⁶³ *Federal Foreign Office on declaring a staff member of the Russian Embassy in Berlin to be persona non grata*, German Federal Foreign Office, Press release, 8 febbraio 2021. La medesima dichiarazione è stata fatta anche su un noto *social media*: *Statement issued by a spokesperson on the expulsion of a staff member of the Russian Embassy in Berlin*, German Foreign Office, on Twitter, 8 febbraio 2021.

his duties”⁶⁴. Analogamente, il Ministero degli affari esteri polacco, nel motivare l’emissione della propria dichiarazione di *persona non grata* nei confronti dell’agente diplomatico russo, ha inteso precisare che essa è stata fatta in risposta alla “groundless (...) decision by the authorities of the Russian Federation to consider a Polish diplomat as a persona non grata”⁶⁵.

A proposito di tali affermazioni, si può anzitutto nuovamente osservare che le dichiarazioni di *persona non grata*, emesse dalla Federazione Russa, potevano legittimamente essere sprovviste di qualsiasi motivazione, dal momento che, in virtù della Convenzione di Vienna, tali dichiarazioni possono essere rilasciate dallo Stato accreditatario “at any time and without having to explain its decision”⁶⁶. Per tale aspetto, non risultano dunque adeguatamente fondate le motivazioni fornite, ad esempio, dalla Germania, oppure dalla Polonia, nella parte in cui definiscono “in no way justified”, ovvero “groundless”, le dichiarazioni russe. Per le medesime ragioni, non appare neppure pienamente condivisibile quanto espresso a tal riguardo anche da alcuni membri di alto profilo del Parlamento europeo, quando hanno fermamente condannato le dichiarazioni di *persona non grata* rilasciate dalla Russia definendole “utterly unjustified”⁶⁷.

C’è poi da aggiungere che gli stessi membri del Parlamento europeo hanno altresì ritenuto le dichiarazioni russe in commento contrarie alla lettera e allo spirito della Convenzione di Vienna, in quanto essa espressamente consente agli agenti diplomatici “to ascertain by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and report thereon to the Government of the sending State”⁶⁸, con ciò corroborando quanto accennato anche da Germania e Svezia nelle motivazioni che hanno accompagnato le proprie dichiarazioni di *persona non grata*, poc’anzi citate⁶⁹. Il riferimento, come noto, è all’art. 3, par. 1, lett. d), della Convenzione di Vienna⁷⁰, norma che tuttavia – in tale contesto – non appare appropriatamente evocata, per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, perché i membri del Parlamento europeo la ricollegano “to the letter and spirit of the Vienna convention”, ma tale norma, sebbene appartenga evidentemente alla “letter” della Convenzione, difficilmente potrebbe essere considerata come una parte essenziale dello “spirit” di tale accordo⁷¹. Infatti, l’art. 3, par. 1, si limita ad elencare – senza alcuna pretesa di completezza e con una prospettiva in parte esemplificativa – alcune funzioni tipiche di una missione diplomatica⁷², di

⁶⁴ Ann Linde (@AnnLinde), in *Twitter*, 8 febbraio 2021.

⁶⁵ *MFA statement on the decision to consider a Russian diplomat as a persona non grata*, Republic of Poland – Ministry of Foreign Affairs, Press release, 8 febbraio 2021.

⁶⁶ Cfr. *supra*, nota 46 per il riferimento normativo (art. 9 della Convenzione di Vienna).

⁶⁷ *EU-Russia relations: MEPs condemn the decision by the Russian authorities to expel three EU diplomats*, cit.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. *supra*, note 63 e 64.

⁷⁰ L’art. 3, par. 1, lett. d), della Convenzione di Vienna del 1961 precisa: “The functions of a diplomatic mission consist, inter alia, in: (...) (d) Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State”.

⁷¹ Cfr. anche *Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, p. 90.

⁷² L’art. 3, par. 1, della Convenzione di Vienna del 1961 stabilisce infatti quanto segue: “1. The functions of a diplomatic mission consist, inter alia, in: (a) Representing the sending State in the receiving State; (b) Protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, within

cui la lett. d) ne rappresenta soltanto una “*inter alia*”. In secondo luogo, l'accertamento delle condizioni e degli sviluppi dello Stato accreditatario deve svolgersi attraverso mezzi leciti, consentiti dal diritto (“by all lawful means”)⁷³: va da sé che tale piena e inderogabile osservanza delle norme dovrebbe principalmente rivolgersi all'ordinamento giuridico interno dello Stato accreditatario. Come sopra osservato, nel caso di specie sono invece ravvisabili alcuni dubbi in merito al rispetto di certe norme interne russe da parte degli agenti diplomatici destinatari delle dichiarazioni di *persona non grata* prodotte dalla Russia⁷⁴.

Comunque, per quanto concerne le condotte tenute da tali agenti diplomatici, poco rileva che esse fossero conformi al diritto (come hanno sostenuto, ad esempio, Germania, Svezia e alcuni membri del Parlamento europeo) o meno (come invece ha ritenuto la Russia): come si è infatti annotato, la dichiarazione di *persona non grata*, sempre in virtù della Convenzione di Vienna, non necessita di un illecito commesso dall'agente diplomatico verso il quale si rivolge per essere legittimamente emessa⁷⁵.

4. Nell'ambito delle dichiarazioni di *persona non grata* finora esaminate pare particolarmente significativo l'appello alla solidarietà – che dovrebbe realizzarsi tra gli Stati membri dell'UE in siffatte circostanze – invocata tanto dall'Alto rappresentante dell'Unione⁷⁶, quanto dal Presidente della Repubblica francese⁷⁷, nonché da membri eminenti del Parlamento europeo nella loro comunicazione ufficiale, poc'anzi citata⁷⁸. Avremo a breve modo di constatare che una solidarietà tra gli Stati membri dell'UE si è in effetti manifestata in alcune dichiarazioni di *persona non grata*, emesse dopo quelle fin qui prese in considerazione.

Successivamente agli accadimenti sinora vagliati, il Consiglio – riunitosi in composizione Affari esteri il 22 febbraio 2021 – ritiene che la Russia stia “drifting towards an authoritarian state and away from Europe”⁷⁹ e pertanto preannuncia che darà attuazione al nuovo “regime globale di sanzioni dell'Unione europea in materia

the limits permitted by international law; (c) Negotiating with the Government of the receiving State; (d) Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State; (e) Promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations”.

⁷³ Si veda anche *Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, p. 90, dove si sottolinea: “Only lawful means may be used by the mission in ascertaining these conditions and developments”.

⁷⁴ Cfr. *supra*, note 51, 52 e 59.

⁷⁵ Cfr. *supra*, nota 46 per il riferimento normativo (art. 9 della Convenzione di Vienna).

⁷⁶ *Russia: Statement by High Representative/Vice-President Josep Borrell on the expulsion of European diplomats*, European Union External Action Service, Brussels, 5 febbraio 2021: “I stressed the European Union’s unity and solidarity with the Member States concerned”.

⁷⁷ P. DALLISON, *EU Countries Expel Russian Diplomats*, in *Politico*, 8 febbraio 2021: “I condemn in the strongest terms, from beginning to end, what has happened here — from the poisoning [of Navalny] to (...) the expulsion of diplomats. I think diplomatic tensions cannot be solved in this way and I declare my solidarity with the three countries whose diplomats have been expelled”.

⁷⁸ *EU-Russia relations: MEPs condemn the decision by the Russian authorities to expel three EU diplomats*, cit.: “(...) we ask all EU Member States to show maximum solidarity with Germany, Poland and Sweden and take all appropriate steps to show the cohesiveness and strength of our Union”.

⁷⁹ Council of the European Union, Outcome of the 3785th Council meeting, 6295/21, 22 Febbraio 2021, p. 5.

di diritti umani”, istituito in virtù di un regolamento del Consiglio e di una decisione (PESC) adottati pochi mesi addietro⁸⁰.

Così, il 2 marzo 2021 il Consiglio ha per la prima volta applicato tale strumento⁸¹, imponendo misure significative a quattro cittadini russi, ritenuti responsabili di aver arbitrariamente posto in essere l’arresto e il procedimento penale (in esso comprendendo la sentenza conclusiva) nei confronti di Navalny, nonché di aver represso le proteste pacifiche realizzate a seguito dei trattamenti illeciti presuntivamente subiti dallo stesso Navalny⁸². Come era già accaduto per le misure irrogate nei confronti dei sei cittadini russi e dell’istituto di ricerca della Federazione Russa, ritenuti responsabili del tentato omicidio di Navalny, anche in questa circostanza il Consiglio ha inflitto le misure restrittive adottando un regolamento e una decisione (PESC)⁸³: essi hanno modificato i rispettivi atti istitutivi del “regime globale di sanzioni dell’Unione europea in materia di diritti umani”, inserendo i cittadini russi – destinatari delle misure – in un apposito elenco⁸⁴. Si rinnovano, a tal riguardo, le perplessità già manifestate a proposito delle analoghe misure precedentemente comminate dal Consiglio⁸⁵: anche quest’ultime, infatti, appaiono di grave entità – perché limitano sensibilmente la libertà personale dei destinatari (le cui risorse economiche e i cui fondi sono per di più congelati) – e vengono peraltro inflitte senza aver portato a compimento un appropriato *iter* giudiziario⁸⁶. A tal ultimo proposito, si può eventualmente comprendere che il Consiglio adotti misure sanzionatorie, simili a quelle ora in commento, anche senza che un procedimento giudiziario *ad hoc* si sia opportunamente concluso, a condizione però che sussistano particolari contesti applicativi: ad esempio, quando lo Stato di cui è cittadino il destinatario delle misure ha richiesto esplicitamente all’UE un’assistenza giudiziaria⁸⁷; oppure, quando le misure restrittive vengono adottate a guisa di misure cautelari, come provvedimenti

⁸⁰ Si tratta del regolamento (UE) n. 2020/1998 del Consiglio (in seguito: regolamento del Consiglio 2020/1998) e della decisione 2020/1999/PESC del Consiglio (in seguito: decisione 2020/1999/PESC), entrambi del 7 dicembre 2020 e relativi a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani. Tale strumento era stato presentato dal Consiglio come particolarmente efficace: cfr., al riguardo, *L’UE adotta un regime globale di sanzioni in materia di diritti umani*, Consiglio dell’UE, Comunicato stampa, 7 dicembre 2020. Per alcune prime osservazioni in merito cfr. anche, ad esempio: N. VAN DER HAVE, *The Proposed EU Human Rights Sanctions Regime – A First Appreciation*, in *Security and Human Rights*, 2019, p. 56 ss.; Y. MIADZVETSKAYA, *Habemus a European Magnitsky Act*, in *European Law Blog*, 13 gennaio 2021.

⁸¹ *Global Human Rights Sanctions Regime: EU sanctions four people responsible for serious human rights violations in Russia*, Council of the EU, Press release, 2 marzo 2021: “This is the first time that the EU imposes sanctions in the framework of the new EU Global Human Rights Sanctions Regime which was established on 7 December 2020”.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Si tratta del necessario meccanismo sanzionatorio dell’UE, imperniato sul doppio livello decisionale: cfr. *supra*, par. 2, in particolare le note 21, 22, 24, 25 e 28.

⁸⁴ Regolamento di esecuzione (UE) 2021/371 del Consiglio, del 2 marzo 2021, che attua il regolamento (UE) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, e decisione 2021/372/PESC del Consiglio, del 2 marzo 2021, che modifica la decisione 2020/1999/PESC relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani.

⁸⁵ Cfr. *supra*, par. 2.

⁸⁶ Per quanto concerne le misure che possono essere inflitte cfr. gli articoli 3-8 e 10-12 del regolamento del Consiglio 2020/1998 e gli articoli 2-4 della decisione 2020/1999/PESC.

⁸⁷ È ciò che è emerso, ad esempio, nel noto caso *Ezz*, nel quale un procuratore generale egiziano aveva chiesto al Consiglio che “i beni di alcuni ‘ex ministri, ufficiali e cittadini’ egiziani fossero congelati” (sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2015, causa C-220/14 P, *Ezz*, punto 21). Sebbene non ri-

provvisori e immediatamente esecutivi tesi ad evitare che il trascorrere del tempo possa provocare un pericolo per l'accertamento di un reato, per l'esecuzione di una sentenza, ovvero determinare l'aggravamento delle conseguenze di un illecito penale o l'agevolazione di altri reati⁸⁸. Tuttavia, le misure restrittive adottate il 2 marzo 2021 nei confronti di quattro cittadini russi per gravi violazioni e abusi dei diritti umani, poc'anzi rammentate, difficilmente potrebbero apparire come misure cautelari, dal momento che non era stato avviato alcun procedimento giudiziario nei confronti dei destinatari delle stesse per tali presunti illeciti. Inoltre, nessuno Stato ha richiesto l'assistenza giudiziaria dell'UE in tale circostanza: al contrario, la Russia – di cui sono cittadini i destinatari di tali misure restrittive – le ha risolutamente contestate⁸⁹.

A tali provvedimenti sanzionatori, che hanno partecipato ad inasprire le relazioni diplomatiche in esame, si deve poi aggiungere che – nello stesso periodo (marzo 2021) – la Bulgaria ha dichiarato *personae non gratae* due agenti diplomatici russi, sospettati di attività di spionaggio⁹⁰, ben presto seguita dall'Italia, che – sulla base di presupposti analoghi – destina il medesimo atto ad altri due agenti diplomatici russi⁹¹. In tali occasioni la risposta della Russia non è stata immediata, giacché il governo russo ha dichiarato *personae non gratae* due agenti diplomatici bulgari⁹² e uno italiano⁹³ il mese successivo ai medesimi atti, precedentemente prodotti da Bulgaria e Italia. Nel far ciò, la Russia ha definito l'atto italiano come “ostile e ingiustificato”⁹⁴, sebbene – come si è già avuto modo di osservare – tale tipologia di atti sfugga a simili valutazioni⁹⁵.

levi ai fini della presente indagine, si ricorda che il caso *Ezz* ha riguardato misure simili a quelle in commento, eppur diverse, dal momento che si trattava di misure restrittive per sviamento di fondi pubblici.

⁸⁸ È quanto sembra in parte essere richiamato anche nel citato caso *Ezz*: “[o]rbene, se il Consiglio dovesse attendere che siano state pronunciate condanne penali nei confronti di dette persone ad opera dei giudici egiziani, l'effetto utile della decisione 2011/172 sarebbe seriamente compromesso. Infatti, in una simile ipotesi, le persone interessate disporrebbero, nel corso del procedimento penale, del tempo necessario per trasferire i loro beni in Stati che non praticino alcuna forma di cooperazione con le autorità egiziane” (sentenza del Tribunale del 27 febbraio 2014, causa T-256/11, *Ezz*, punto 66). Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2016, causa T-545/13, *Al Matri*, punto 62. Ciò nondimeno, va ricordato che in sede giurisprudenziale è stato più volte escluso che tali misure possano assumere una connotazione penale; cfr., ad esempio: sentenza *Al Matri*, punto 64; sentenza del Tribunale del 27 settembre 2018, causa T-288/15, *Ezz*, punto 64.

⁸⁹ Cfr. *More EU sanctions against Russian individuals*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Briefing by Foreign Ministry Spokeswoman Maria Zakharova, Moscow, 4 marzo 2021.

⁹⁰ Cfr., ad esempio, *Bulgaria expels two Russian diplomats over suspected espionage*, Reuters, 22 marzo 2021.

⁹¹ Cfr., ad esempio, C. BALMER, A. AMANTE, *Italy arrests navy captain for spying, expels Russian diplomats*, Reuters, 31 marzo 2021.

⁹² *Russia expels two Bulgarian diplomats in spy row*, Reuters, 20 aprile 2021.

⁹³ *Об ответных мерах на объявление сотрудников военного атташата при Посольстве России в Италии «persona non grata»*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Press release, 26 aprile 2021. Si veda anche, ad esempio, *Russia expels Italian diplomat, calls in envoy*, Reuters, 26 aprile 2021.

⁹⁴ *Ibidem*: “(...) в качестве ответной меры на недружественные и ничем не обоснованные действия итальянских властей в отношении военного атташата при Посольстве России в Риме”, in *Об ответных мерах на объявление сотрудников военного атташата при Посольстве России в Италии «persona non grata»*”.

⁹⁵ Cfr. *supra*, par. 3 (nota 46 per il riferimento normativo).

Nello stesso mese in cui a Bulgaria ed Italia vengono recapitate le dichiarazioni della Russia (aprile 2021) la Polonia ha dichiarato *personae non gratae* tre agenti diplomatici russi, evocando nelle motivazioni una “full solidarity” con la politica adottata dagli Stati Uniti nei confronti della Federazione Russa⁹⁶. Così facendo, la Polonia ha chiaramente concretizzato una solidarietà che si può rivolgere anche a Stati terzi rispetto all’UE⁹⁷: tale espressione di solidarietà è ricollegabile tanto all’omonimo principio previsto dall’art. 21, par. 1, co. 1, TUE nello specifico contesto dell’azione esterna, quanto alla più generale previsione *ex art. 3, par. 5, TUE*⁹⁸.

Nello stesso periodo in cui sono incorsi tali eventi, la Repubblica Ceca ha dichiarato diciotto agenti diplomatici russi *personae non gratae*, sulla base del sospetto che essi afferissero ai servizi segreti della Russia e che tali servizi fossero a vario titolo responsabili dell’esplosione di un deposito di munizioni avvenuta nel 2014 su territorio ceco (a Vrbětice), che comportò il decesso di due cittadini della Repubblica Ceca⁹⁹. Va da sé che le motivazioni manifestate dal governo ceco possono considerarsi solo dei meri sospetti, giacché – come noto – gli agenti diplomatici godono dell’inviolabilità personale e dell’immunità dalla giurisdizione penale (e civile, sebbene con alcune eccezioni) dello Stato ospitante¹⁰⁰. Per tali motivi, la riconducibilità dei diciotto agenti diplomatici ai servizi segreti russi e le loro eventuali responsabilità per i fatti di Vrbětice non possono essere state accertate in sede giudiziale dalla Repubblica Ceca¹⁰¹. Ad ogni buon conto, se i sospetti corrispondessero alla realtà dei fatti, in tal caso gli atti realizzati dagli agenti diplomatici russi risulterebbero senza dubbio contrari a quanto previsto *ex art. 41* della Convenzione

⁹⁶ La Polonia si riferisce, come noto, alle dichiarazioni di *personae non gratae* emesse dagli Stati Uniti il 15 aprile 2021 nei confronti di dieci agenti diplomatici russi, con la motivazione che la Federazione Russa abbia interferito con le elezioni presidenziali statunitensi e sia responsabile di attacchi hacker sferrati contro agenzie federali degli Stati Uniti (cfr., ad esempio, *US expels Russian diplomats and imposes sanctions for hacking*, Euronews, 16 aprile 2021). Di converso, la Russia ha dichiarato *personae non gratae* cinque agenti diplomatici polacchi, atto che è stato valutato dalla Polonia come un chiaro esempio di “aggressive policies” (cfr. *MFA statement on declaring Polish diplomats personae non gratae*, Republic of Poland – Ministry of Foreign Affairs, Press release, 23 aprile 2021).

⁹⁷ *Statement by the MFA of Poland on decision to declare three Russian diplomats as personae non gratae*, Republic of Poland – Ministry of Foreign Affairs, Press release, 15 aprile 2021: “Poland expresses its full solidarity with the decisions taken by the United States on April 15, 2021 regarding its policy towards Russia. The decisions jointly made and agreed upon allies constitute the most appropriate response to the hostile actions by the Russian Federation”.

⁹⁸ Per quanto concerne l’art. 21, par. 1, co. 1, TUE cfr. *supra*, nota 37. Si ricorda inoltre che l’art. 3, par. 5, TUE stabilisce che “[n]elle relazioni con il resto del mondo l’Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli (...)” (corsivo aggiunto).

⁹⁹ Cfr. *Statement on the expulsion of Russian diplomats by Foreign Minister Hamáček*, Ministry of Foreign Affairs of the Czech Republic, Press release, 18 aprile 2021. Cfr. anche: *Russia: Statement by the Spokesperson on the expulsion of Czech diplomats*, European Union External Action Service, Brussels, 19 aprile 2021, ID: 210419_31; *Russia: Declaration by the High Representative on behalf of the European Union in solidarity with the Czech Republic over criminal activities on its territory*, Council of the EU, Press release 302/21, 21 aprile 2021.

¹⁰⁰ Si tratta, come noto, di quanto disciplinato *ex art. 29-36* della Convenzione di Vienna del 1961.

¹⁰¹ Si segnala che la Federazione Russa ha fermamente invitato l’UE ad investigare più accuratamente sui fatti accaduti a Vrbětice nel 2014: cfr. *Комментарий официального представителя МИД России М.В.Захаровой в связи с новыми недружественными шагами чешских властей в отношении Посольства России в Праге*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Press release, 22 aprile 2021.

di Vienna (con particolare riferimento ai paragrafi 1 e 3)¹⁰². In tale ipotesi, sebbene la dichiarazione di *persona non grata* rappresenti uno strumento particolarmente utile a disposizione dello Stato accreditatario – come suggerito dalla Corte internazionale di giustizia nel caso dell'ambasciata statunitense a Teheran, sopra richiamato¹⁰³ – resta comunque nella piena libertà di tale Stato decidere se ricorrervi o meno.

5. Contestualmente alle dichiarazioni di *personae non gratae* prodotte dalla Repubblica Ceca, l'Alto rappresentante dell'Unione ha rilasciato una nuova dichiarazione ufficiale in nome e per conto dell'UE, chiedendo ancora una volta alla Federazione Russa di porre termine alla detenzione di Navalny, mostrando una seria preoccupazione per il peggioramento delle condizioni di salute del detenuto e reiterando la richiesta di svolgere al più presto le opportune indagini per il tentato omicidio dello stesso Navalny¹⁰⁴. È da mettere in evidenza che – differentemente da quanto avvenuto nella precedente dichiarazione ufficiale, di tenore analogo¹⁰⁵ – stavolta la richiesta di scarcerazione ha potuto poggiarsi sulla *interim measure* con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ingiunto alla Russia di liberare Navalny¹⁰⁶.

Negli stessi giorni, dando prontamente risposta alle diciotto dichiarazioni di *persona non grata* prodotte dalla Repubblica Ceca – definendole “unprecedented” e “hostile”¹⁰⁷ – la Russia ha emesso a propria volta le medesime dichiarazioni, stavolta nei confronti di venti agenti diplomatici cechi¹⁰⁸.

È dunque da tali ultimi atti che la solidarietà all'interno dell'UE inizia a rivelarsi in misura sempre più sensibile, a partire da una comunicazione ufficiale del portavoce del Servizio europeo per l'azione esterna, che precisa in prima battuta che “the European Union stands in full support and solidarity with the Czech Republic”¹⁰⁹. Così esprimendosi, il portavoce ha inteso presumibilmente anche incentivare una solidarietà tra gli Stati membri, tentando forse in tal modo di dare attuazione

¹⁰² Cfr. *supra*, nota 50 per il riferimento normativo.

¹⁰³ Cfr. *supra*, par. 3.

¹⁰⁴ *Russia: Declaration by the High Representative on behalf of the EU on the deteriorating health of Alexei Navalny*, Council of the EU, Press release 285/21, 18 aprile 2021.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, par. 2 (*Russia: Declaration by the High Representative on behalf of the EU on the arrest of Alexei Navalny upon his return*, cit.).

¹⁰⁶ *Russia: Declaration by the High Representative on behalf of the EU on the deteriorating health of Alexei Navalny*, cit.; si veda anche *The Court grants an interim measure in favour of Aleksey Navalny and asks the Government of Russia to release him*, cit.: “(...) we also expect Russia to fulfil its obligations under the European Convention on Human Rights, including to comply with the interim measure of the European Court of Human Rights with regard to the nature and extent of risk to Mr Navalny's life”.

¹⁰⁷ *О вызове в МИД России Посла Чехии в Москве В.Пивоньки*, in *the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation*, Press release, 18 aprile 2021. Si veda anche, ad esempio, *Russia expels Czech diplomats over spying row*, BBC News, 19 aprile 2021.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *In Russia: Statement by the Spokesperson on the expulsion of Czech diplomats*, cit. A tale comunicazione ufficiale del portavoce del Servizio europeo per l'azione esterna, rilasciata il 19 aprile 2021, è seguita il giorno successivo anche quella del ministro ceco degli interni e degli affari esteri, il quale ha invocato a propria volta la solidarietà: “we call for collective action by EU and NATO countries leading to expulsions in solidarity” (cfr. *Czech minister calls for European solidarity over spat with Russia*, Euronews, 20 aprile 2021).

finanche a quanto previsto *ex art. 3, par. 3, co. 3, TUE*¹¹⁰. Due giorni dopo viene pubblicata una nuova dichiarazione dell'Alto rappresentante dell'Unione, il quale – esprimendosi ancora una volta in nome e per conto dell'UE – proclama anch'egli la piena solidarietà di tutta l'UE nei confronti della Repubblica Ceca¹¹¹. Nel farlo, condanna altresì le venti dichiarazioni di *persona non grata* rilasciate dalla Russia, reputandole una “disproportionate reaction”¹¹². A ben guardare, tuttavia, la nozione di proporzionalità non sempre pare del tutto applicabile alle dichiarazioni di *persona non grata*, perché queste ultime non sono necessariamente legate ad un evento precedente, da comparare ad esse.

Comunque, la capacità di tali comunicazioni ufficiali di promuovere anche la solidarietà tra gli Stati membri – *ex art. 3, par. 3, co. 3, TUE* – sembra trovare una apprezzabile conferma negli eventi successivi, giacché il giorno seguente lo *statement* dell'Alto rappresentante dell'Unione, da ultimo citato, la Slovacchia ha dichiarato *personae non gratae* tre agenti diplomatici russi, in solidarietà con la Repubblica Ceca: non a caso, il capo del governo slovacco ha inequivocabilmente sottolineato che “Slovakia acted in solidarity with the Czech Republic which has ordered most Russian staff to leave after accusing Russian intelligence officers of being behind a 2014 explosion at an ammunition depot”¹¹³. Il giorno dopo tale atto della Slovacchia altri tre Stati membri dell'UE – Estonia¹¹⁴, Lettonia¹¹⁵ e Lituania¹¹⁶ – provvedono a dichiarare *personae non gratae* quattro agenti diplomatici russi (due operanti su territorio lituano, uno in Estonia e uno in Lettonia). Anche per tali atti, la solidarietà sembra a tutti gli effetti essere stata la motivazione maggiormente tangibile, come *inter alia* esplicitato dal Ministero degli affari esteri estone, quando ha reso noto che la dichiarazione di *persona non grata* è stata emessa dalla Estonia “in a show of solidarity”¹¹⁷. Analogamente, anche il Ministero degli affari esteri lettone ha chiarito che il proprio atto è stato prodotto “in solidarity with the Government of the Czech Republic taking into account illegal activities conducted by Russia's

¹¹⁰ Si ricorda che l'art. 3, par. 3, co. 3, TUE prevede quanto segue: “[l'Unione] promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri”.

¹¹¹ *Russia: Declaration by the High Representative on behalf of the European Union in solidarity with the Czech Republic over criminal activities on its territory*, cit.: “The European Union expresses full solidarity with the Czech Republic, supports the actions taken by its authorities so far and stands ready to support its further efforts to bring those responsible to justice”. Si ricorda che l'Alto rappresentante dell'Unione aveva precedentemente rilasciato una comunicazione per invocare la solidarietà tra gli Stati membri in occasione delle dichiarazioni di *persona non grata* che avevano coinvolto Germania, Polonia e Svezia: cfr. *supra*, nota 76.

¹¹² *Ibidem*: “The EU condemns the disproportionate reaction and subsequent threats of Russian Federation towards the Czech Republic”.

¹¹³ *Slovakia expels three Russian embassy staff in solidarity with Czechs*, Reuters, 22 aprile 2021.

¹¹⁴ *Estonia condemns the undermining of Czech sovereignty and informed the Russian ambassador of the expulsion of a Russian diplomat*, Republic of Estonia – Ministry of Foreign Affairs, Press release, 23 aprile 2021.

¹¹⁵ *One Russian diplomat declared persona non grata in Latvia*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Latvia, Press release, 23 aprile 2021.

¹¹⁶ *Lithuania to expel two employees of the Embassy of Russia*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Lithuania, Press release, 23 aprile 2021.

¹¹⁷ *Estonia condemns the undermining of Czech sovereignty and informed the Russian ambassador of the expulsion of a Russian diplomat*, Republic of Estonia – Ministry of Foreign Affairs, cit.

intelligence services in the Czech Republic”¹¹⁸, così come il Ministero degli affari esteri lituano ha messo in rilievo che la dichiarazione di *persona non grata* rilasciata dalla Lituania “shows our solidarity with the ally after an unprecedented and dangerous incident in the Czech Republic”¹¹⁹.

Appare significativo che nelle motivazioni poste alla base di tutte le dichiarazioni di *persona non grata* da ultimo ricordate si richiami genericamente una condotta degli agenti diplomatici russi, destinatari delle stesse, incompatibile con quanto previsto dalla Convenzione di Vienna, senza tuttavia specificare in cosa si sia concretamente tradotta tale attività illecita¹²⁰. Invece, la solidarietà che caratterizza tali motivazioni è espressamente riferita alla distruzione del deposito di munizioni ceco, la cui responsabilità sarebbe da ascrivere – secondo alcuni Stati membri e una parte delle istituzioni dell'UE – al governo russo¹²¹.

A differenza di quanto ravvisato a proposito delle diverse basi giuridiche sulle quali potrebbe poggiarsi la solidarietà incoraggiata nelle comunicazioni ufficiali poc'anzi richiamate¹²², oppure quella realizzata dalla Polonia a favore di uno Stato terzo rispetto all'UE¹²³, gli atti di solidarietà da ultimo evidenziati – posti in essere tra Stati membri – appaiono invece come eloquenti applicazioni di quanto previsto *ex art. 24*, paragrafi 2 e 3, TUE: essi, infatti, rappresentano effettive manifestazioni della “solidarietà reciproca” tra Stati membri, che deve essere sostenuta, sviluppata e rafforzata da e tra gli stessi nel quadro dell'azione esterna dell'UE¹²⁴.

¹¹⁸ *One Russian diplomat declared persona non grata in Latvia*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Latvia, cit.

¹¹⁹ *Lithuania to expel two employees of the Embassy of Russia*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Lithuania, cit.

¹²⁰ “Estonia is expelling one Russian diplomat whose activities are not compatible with the diplomatic activities agreed upon in the Vienna Convention” (cfr. *Estonia condemns the undermining of Czech sovereignty and informed the Russian ambassador of the expulsion of a Russian diplomat*, Republic of Estonia – Ministry of Foreign Affairs, cit.); “the Minister’s decision has been made in solidarity with the Government of the Czech Republic taking into account illegal activities conducted by Russia’s intelligence services in the Czech Republic as well as evaluating the activities of the particular Russian Embassy diplomat and violations perpetrated in Latvia” (cfr. *One Russian diplomat declared persona non grata in Latvia*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Latvia, cit.); “(...) declaring two members of the Embassy’s staff personae non gratae, because they had carried out activities incompatible with their diplomatic status” (cfr. *Lithuania to expel two employees of the Embassy of Russia*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Lithuania, cit.).

¹²¹ Si veda, ad esempio, la *Joint motion for a resolution pursuant to Rule 132(2) and (4) of the Rules of Procedure, on Russia, the case of Alexei Navalny, the military build-up on Ukraine’s border and Russian attacks in the Czech Republic*, European Parliament 2019-2024 (Plenary sitting), 28 aprile 2021, p. 6: “whereas the Czech Republic expelled 18 Russian embassy staff on 17 April 2021, including members of the Russian intelligence agencies, over the well-founded conclusions of the Security Information Service of the Czech Republic that Russian active-duty intelligence officers were involved in an ammunition depot explosion in 2014 in which two Czech citizens were killed and extensive material damage was caused; whereas the lives and property of thousands of people living in the surrounding municipalities were ruthlessly put in danger; whereas these illegal actions on the territory of the Czech Republic constitute a critical violation of an EU Member State’s sovereignty by a foreign power”.

¹²² Si è infatti visto che tali comunicazioni potrebbero trovare un fondamento nell’art. 3, par. 3, co. 3, TUE: cfr. *supra*, nota 110.

¹²³ La base giuridica di tale condotta potrebbe essere rinvenibile negli articoli 3, par. 5, e 21 TUE: cfr. *supra*, par. 4, nota 98.

¹²⁴ Val la pena ricordare che i paragrafi 2 e 3 dell’art. 24 TUE prevedono quanto segue: “2. Nel quadro dei principi e degli obiettivi dell’azione esterna, l’Unione conduce, stabilisce e attua una politica estera e di sicurezza comune fondata sullo sviluppo della *reciproca solidarietà* politica degli Stati mem-

In risposta a tali ultimi atti, la Russia ha dichiarato *personae non gratae* sette agenti diplomatici appartenenti a Estonia, Lettonia, Lituania e Slovacchia¹²⁵. Alla luce di quanto finora osservato, non sembrano condivisibili le motivazioni presentate dal governo russo per tali dichiarazioni, nella parte in cui definiscono “pseudo” o “falsa” la solidarietà espressa dagli Stati membri dell’UE citati a favore della Repubblica Ceca¹²⁶.

6. Nella disamina della prassi considerata in questa sede si è osservato un diffuso ricorso a motivazioni – per fondare l’emissione delle dichiarazioni di *persona non grata* – che si sostanziano in almeno tre declinazioni. Una buona parte di tali motivazioni spiega il rilascio delle dichiarazioni di *persona non grata* sulla base del presupposto che gli agenti diplomatici destinatari delle stesse abbiano preso parte, in varia misura, alla realizzazione di un illecito, ai sensi dell’ordinamento internazionale¹²⁷ e – talvolta – anche del diritto interno dello Stato ospitante¹²⁸. Come già messo in evidenza, siffatte motivazioni possono fondarsi soltanto su sospetti o presunzioni, dal momento che gli agenti diplomatici – in virtù della Convenzione di Vienna – beneficiano presso lo Stato accredatario dell’inviolabilità personale e dell’immunità dalla giurisdizione penale (e civile, seppur quest’ultima con alcune ipotesi di deroga)¹²⁹. Va inoltre tenuto presente che la dichiarazione di *persona non grata* può essere emessa persino nei confronti di un agente diplomatico che non abbia ancora raggiunto il territorio dello Stato accredatario¹³⁰: tale norma sembra per alcuni aspetti suffragare tanto la possibilità di emettere tale atto anche in assenza di un illecito realizzato dall’agente diplomatico destinatario¹³¹, quanto la mancanza di un obbligo di fornire qualsivoglia motivazione a tale dichiarazione.

bri, sull’individuazione delle questioni di interesse generale e sulla realizzazione di un livello sempre maggiore di convergenza delle azioni degli Stati membri. 3. Gli Stati membri sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell’Unione in uno spirito di lealtà e di *solidarietà reciproca* e rispettano l’azione dell’Unione in questo settore. Gli Stati membri operano congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro *reciproca solidarietà* politica. Essi si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell’Unione o tale da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali. Il Consiglio e l’alto rappresentante provvedono affinché detti principi siano rispettati” (corsivi aggiunti).

¹²⁵ Cfr. *Об ответных мерах в связи с высылкой Словакией российских дипломатов, e Об ответных мерах в отношении Латвии, Литвы и Эстонии*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Press release, 28 aprile 2021.

¹²⁶ In particolare, viene dichiarata “falsa” la solidarietà manifestata dalla Slovacchia (cfr. *Об ответных мерах в связи с высылкой Словакией российских дипломатов, ibidem*) e “pseudo” quella realizzata da Estonia, Lettonia e Lituania (cfr. *Об ответных мерах в отношении Латвии, Литвы и Эстонии, ibidem*).

¹²⁷ È il caso, ad esempio, delle dichiarazioni di *personae non gratae* emesse dalla Russia nei confronti degli agenti diplomatici di Germania, Polonia e Svezia (cfr. *supra* par. 3), ovvero di quelle prodotte da Bulgaria, Estonia, Italia, Lettonia, Lituania e Repubblica Ceca nei confronti di agenti diplomatici russi (cfr. *supra*, paragrafi 4 e 5).

¹²⁸ Tra le dichiarazioni di *personae non gratae* ricordate nella nota precedente potrebbero rientrare in tale novero, ad esempio, quelle rilasciate dalla Russia nei confronti degli agenti diplomatici di Germania, Polonia e Svezia (cfr. *supra*, par. 3), ovvero dalla Bulgaria, dall’Italia ed eventualmente anche quelle prodotte dalla Repubblica Ceca (cfr. *supra*, paragrafi 4 e 5).

¹²⁹ Cfr. *supra*, par. 4 (nota 100).

¹³⁰ Cfr. art. 9, par. 1, della Convenzione di Vienna (*supra*, nota 46).

¹³¹ Si consideri ad ogni modo che, sebbene non ancora presente sul territorio dello Stato accredatario, l’agente diplomatico potrebbe nondimeno risultare in grado di realizzare una condotta illecita ai

In altre occasioni, la motivazione della dichiarazione di *persona non grata* si fonda invece sul convincimento, da parte dello Stato che la emette, che un illecito internazionale sia stato commesso a proprio danno dallo Stato che la riceve, senza che tale illecito sia espressamente ricondotto all'agente diplomatico destinatario della dichiarazione¹³².

In entrambe le configurazioni ora ricordate, la dichiarazione di *persona non grata* viene sovente adottata a guisa di contromisura, alla quale è stata non a caso associata anche una valutazione di proporzionalità rispetto al presunto illecito che l'ha scaturita¹³³. Ai fini di tale ermeneutica, non sembra rilevare l'obbligo imposto allo Stato che adotta la contromisura di rispettare l'inviolabilità degli agenti diplomatici¹³⁴, giacché la dichiarazione di *persona non grata* pone termine allo *status* di agente diplomatico, senza in alcun modo pregiudicarne l'inviolabilità. È comunque da sottolineare che la riconducibilità della dichiarazione di *persona non grata* ad una contromisura non può in alcun modo trovare fondamento¹³⁵, *inter alia*

sensi dell'ordinamento statale che lo ospiterà (ad esempio, commettendo un illecito penale ai danni di un cittadino di tale Stato), o comunque avversa allo Stato accreditatario.

¹³² Si sono fondate su tale convincimento una buona parte delle numerose dichiarazioni di *persona non grata* emesse dagli Stati accreditatari in risposta ai medesimi atti precedentemente ricevuti dagli Stati accreditanti (cfr. *supra*, paragrafi 3-5).

¹³³ A tal riguardo si ricorda, ad esempio, la valutazione svolta dall'Alto rappresentante dell'Unione a proposito delle dichiarazioni di *persona non grata* emesse dalla Russia nei confronti di ben venti agenti diplomatici della Repubblica Ceca, reputate una "disproportionate reaction": cfr. *supra*, par. 5 (nota 112). Anche la terminologia non raramente adottata per inquadrare alcune dichiarazioni di *persona non grata* richiama la nozione di contromisura: si veda, ad esempio, quanto affermato in *Комментарий официального представителя МИД России М.В.Захаровой об объявлении сотрудников Посольства России в Болгарии «persona non grata»*, Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Press release, 23 marzo 2021. Sull'argomento delle contromisure la bibliografia è, come noto, particolarmente vasta; cfr. *amplius*: N. RONZITTI, *Sommersibili non identificati, pretese baie storiche e contromisure dello stato costiero*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 5 ss.; C. FOCARELLI, *Le contromisure pacifiche collettive e la nozione di obblighi "erga omnes"*, *ivi*, 1993, p. 52 ss.; *Id.*, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, 1994; A. GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, 1997; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 359 ss.; *Id.*, *The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 889 ss.; J. PAUWELYN, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 335 ss.; G. ADINOLFI, *Regime failure e contromisure unilaterali: la modifica dell'enforcement regulation dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 319 ss. Si veda anche il noto caso deciso dalla Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 settembre 1997, *Case concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*.

¹³⁴ Si ricorda che l'art. 50 (la cui rubrica recita "Obligations not affected by countermeasures"), par. 2, lett. b), dei *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* dispone quanto segue: "A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations: (...) (b) to respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents", in *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, Text adopted by the International Law Commission at its fifty-third session, in 2001, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (A/56/10), in *Yearbook of the International Law Commission*, II, 2001, p. 131.

¹³⁵ Tale esclusione trova una netta conferma anche nel commentario ai *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, dove – pur non fornendo alcuna spiegazione dei motivi in virtù dei quali la dichiarazione di *persona non grata* non può essere considerata una contromisura – si precisa quanto segue: "An injured State could envisage action at a number of levels. To declare a diplomat persona non grata, to terminate or suspend diplomatic relations, to recall ambassadors in

giacché tale dichiarazione non può essere considerata un illecito internazionale ai sensi della Convenzione di Vienna, pertanto non può essa stessa figurare come una contromisura (la quale, come noto, si inverte invece nella realizzazione di tale tipo di illecito)¹³⁶. Tale incongruenza risulta ancora più evidente quando la dichiarazione di *persona non grata* viene emessa dallo Stato accreditatario in risposta ad una analoga dichiarazione precedentemente prodotta dallo Stato accreditante (nei confronti di un agente diplomatico del primo): in tale ipotesi, particolarmente ricorrente nella prassi, la dichiarazione di *persona non grata* emessa in risposta non può essere valutata come una contromisura, non solo perché essa stessa non è un atto anti-giuridico, ma anche perché l'evento che l'ha innescata non può essere considerato un illecito internazionale.

Per analoghi motivi, difficilmente tale tipologia di dichiarazione di *persona non grata* (prodotta come risposta ad una medesima dichiarazione preventivamente subita) potrebbe configurarsi come una possibile ritorsione, soprattutto se si considera quest'ultima alla stregua di una replica lecita – seppur per alcuni aspetti non amichevole – ad un illecito subito¹³⁷. Infatti, come si è poc'anzi osservato per le contromisure, anche in questo caso la dichiarazione di *persona non grata* che ne produce una in risposta non potrà essere considerata come un illecito, privando così la ritorsione del suo presupposto essenziale¹³⁸.

Tale presupposto potrebbe eventualmente risultare invece soddisfatto nelle molteplici dichiarazioni di *persona non grata* emesse dallo Stato accreditatario in risposta per l'appunto ad un presunto atto illecito realizzato nei suoi confronti dallo Stato accreditante¹³⁹: in tale tipologia di dichiarazioni di *persona non grata* si potrebbero pertanto individuare i caratteri della ritorsione¹⁴⁰. Alternativamente, sarebbe possibile rinvenirvi anche gli estremi della protesta, ad esempio quando tali dichiarazioni di *persona non grata* vengono emesse dallo Stato accreditatario per contestare la

situations provided for in the Vienna Convention on Diplomatic Relations – such acts do not amount to countermeasures in the sense of this chapter” (*ivi*, p. 133).

¹³⁶ Cfr. l'art. 22 dei *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, rubricato “Countermeasures in respect of an internationally wrongful act”, che così dispone al riguardo: “The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of part three” (*ivi*, p. 75).

¹³⁷ Si segnala che una parte della dottrina ravvisa invece in tale tipologia di dichiarazione di *persona non grata*, emessa in risposta ad un'altra ricevuta, una sorta di ritorsione: “Besides declarations *persona non grata* for reasons pertaining to the behavior of the agent and the behaviour of the State, it happens that States declare consular or diplomatic agents *personae non grata* in response to a request for withdrawal directed at its own agents; this may be termed *retaliatory* expulsion” (corsivo aggiunto), in J. D'ASPREMONT, *Declarations Persona Non Grata in International Law*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012, p. 4.

¹³⁸ Sui possibili presupposti di una ritorsione cfr., ad esempio: C. FOCARELLI, *La reciprocità nel trattamento degli stranieri in Italia come forma di ritorsione o rappresaglia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 825 ss.; T. GIEGERICH, *Retorsion*, in R. WOLFRUM (ed.), *op. cit.*, 2020, p. 976 ss.

¹³⁹ Cfr. *supra*, note 128 e 132.

¹⁴⁰ Giova segnalare che la rottura delle relazioni diplomatiche rappresenta un atto che, per alcuni aspetti, potrebbe essere paragonato alla dichiarazione di *persona non grata*. A proposito di tale atto, si ricorda che una parte della dottrina lo qualifica come una ritorsione: cfr., ad esempio, A. TANZI, *Relazioni diplomatiche*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, 1997, p. 146; M. LUGATO, *Agenti diplomatici*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, p. 151; T. GIEGERICH, *op. cit.*, par. 10; C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 97.

liceità della condotta dello Stato accreditante e, contestualmente, esternare la propria volontà di tutelare i propri diritti o interessi, pregiudicati da tale condotta¹⁴¹.

Per completare il quadro delle possibili motivazioni addotte dagli Stati membri dell'UE nell'emissione delle dichiarazioni di *persona non grata* esaminate è infine da rammentare la solidarietà, concretizzata a beneficio di un determinato Stato¹⁴². Per alcuni profili, le dichiarazioni di *persona non grata* così motivate sembrano anch'esse dare risposta ad un illecito, questa volta non subito dallo Stato che le emette, bensì dallo Stato per il quale si esprime la solidarietà, con ciò favorendo le possibili distorsioni ermeneutiche finora segnalate. Per altri versi, tuttavia, le dichiarazioni di *persona non grata* fondate sulla solidarietà sono da salutare con un plauso, se non altro perché danno l'impressione di rispecchiare la "solidarité de fait" originariamente auspicata da Schuman¹⁴³, dal momento che non appaiono soddisfare un interesse egoistico degli Stati che le hanno prodotte, andando invece principalmente a beneficio dello Stato al quale la solidarietà si è rivolta¹⁴⁴. È pertanto da apprezzare che alcuni Stati abbiano addotto la solidarietà come unica motivazione per una propria dichiarazione di *persona non grata*, vale a dire per un atto unilaterale, per sua natura dipendente essenzialmente dagli interessi individuali dello Stato che lo produce. La solidarietà enunciata in questi casi appare perciò notevolmente percettibile, giacché gli Stati che hanno emesso una siffatta dichiarazione non paiono aver avuto alcun interesse concreto a sé ascrivibile, sul piano individuale, nel rilasciarla. In tal senso, la solidarietà attestata negli episodi esaminati appare come una forma particolarmente progredita di cooperazione interstatale, che per alcuni aspetti sembra andare oltre i comportamenti tenuti dagli Stati *ob reciprocam utilitatem*.

In particolare, si è osservato che siffatte motivazioni possono essere ricondotte ad alcune norme del TUE, le quali prevedono una solidarietà che permea molteplici aspetti dell'azione esterna dell'UE, consentendo tra le altre cose ad uno Stato membro di indirizzarla tanto a vantaggio di uno Stato terzo¹⁴⁵, quanto a favore di un altro Stato membro (a maggior ragione quando efficacemente promossa in tal senso dall'Unione, come si è visto a proposito della solidarietà invocata a favore della Repubblica Ceca)¹⁴⁶. Ciò nonostante, è da considerare che molte di tali norme non sembrano esprimere obblighi particolarmente specifici, il cui inadempimento

¹⁴¹ In tema di proteste cfr., ad esempio: E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, 1962, p. 53 ss.; U. VILLANI, *Protesta (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, p. 479 ss.; C. EICK, *Protest*, in R. WOLFRUM (ed.), *op. cit.*, 2006, p. 556 ss. Sempre con riferimento alla rottura delle relazioni diplomatiche (v. nota precedente) si ricorda che una cospicua parte della dottrina ravvisa in tale atto gli estremi di una protesta: cfr., ad esempio, F. PFLUGER, *Die einseitigen Rechtsgeschäfte im Völkerrecht*, Zürich, 1936, p. 211; E. SUY, *op. cit.*, pp. 53 e 156; R. PAPINI, G. CORTESE, *La rupture des relations diplomatiques et ses conséquences*, Paris, 1972; C. EICK, *op. cit.*, par. 7.

¹⁴² Sono i casi, ad esempio, delle dichiarazioni di *persona non grata* prodotte dalla Polonia in solidarietà con gli Stati Uniti (per quanto riguarda la solidarietà espressa nei confronti di uno Stato terzo rispetto all'UE), e di quelle emesse da Estonia, Lettonia, Lituania e Slovacchia in solidarietà con la Repubblica Ceca (per quanto invece attiene la solidarietà manifestata verso uno Stato membro dell'UE): cfr. *supra*, paragrafi 4 e 5.

¹⁴³ *Déclaration du 9 mai 1950 prononcée par Robert Schuman*: "(...) L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait (...)".

¹⁴⁴ Cfr. *supra*, paragrafi 4 e 5.

¹⁴⁵ Cfr. *supra*, par. 4.

¹⁴⁶ Cfr. *supra*, par. 5.

risulti agevolmente accertabile¹⁴⁷. Ne potrebbe essere una concreta dimostrazione, nelle vicende prese in considerazione in questa sede, il fatto che molti Stati membri dell'UE non abbiano emesso dichiarazioni di *persona non grata* in solidarietà con gli altri Stati membri che le avevano invece prodotte, senza che da tali omissioni sia discesa alcuna conseguenza giuridicamente apprezzabile¹⁴⁸. Ora, è da ricordare che l'art. 24, par. 3, co. 2, TUE impone agli Stati membri il divieto di nuocere agli interessi dell'Unione e alla sua efficacia “come elemento di coesione nelle relazioni internazionali”; eppure, le inerzie sporadiche, minimali e circoscritte, qui considerate, non paiono configurarsi come violazioni di tale divieto, soprattutto in ragione della loro incapacità di arrecare un nocimento all'UE della portata prevista dalla norma¹⁴⁹. Ad ogni modo, la solidarietà appare come un elemento assiologico e giuridico essenziale (anche) per l'azione esterna dell'UE, che – secondo il TUE – dovrebbe pervadere tanto le relazioni con i soggetti terzi rispetto all'Unione, quanto i rapporti interni tra gli Stati membri in materia di politica estera e sicurezza comune¹⁵⁰.

7. Le relazioni diplomatiche intercorse tra la Russia, l'UE e alcuni suoi Stati membri nei primi mesi del 2021, analizzate nella presente indagine, offrono lo spunto per svolgere alcune considerazioni critiche ricostruttive. In tal modo, è ora possibile rispondere al quesito inizialmente proposto, vale a dire se gli atti realizzati dall'UE e dagli Stati coinvolti appaiano consoni a quanto l'ordinamento internazionale prescrive e possano pertanto essere apprezzati come un esempio da tener presente per eventuali accadimenti analoghi in futuro.

Va anzitutto sottolineato che la Convenzione di Vienna sembra prevedere la dichiarazione di *persona non grata* come un atto unilaterale legittimamente e liberamente esprimibile dallo Stato accreditario, in qualsiasi momento e senza alcuna condizione che ne limiti l'emissione¹⁵¹. In altri termini – stando alla lettera della Convenzione di Vienna – non si vede come tale dichiarazione possa apparire come un illecito¹⁵², rientrando nella piena e autonoma libertà dello Stato accreditario produrla “at any time” e senza il necessario soddisfacimento di alcun prerequisito. Per tali motivi, si è avuto modo di constatare che difficilmente tale dichiarazione potrebbe apparire come una contromisura; piuttosto, potrebbe eventualmente essere considerata al pari di una ritorsione, oppure di una protesta, sebbene a seguito dell'inverarsi di determinati presupposti: ad esempio, quando lo Stato che la emette ha subito un illecito da parte dello Stato accreditante, presupposto che tuttavia non

¹⁴⁷ Si allude, ad esempio, alla solidarietà richiamata in alcune norme contenute nell'art. 24, paragrafi 2 e 3, TUE: cfr. *supra*, nota 124 per il riferimento normativo.

¹⁴⁸ Cfr. *supra*, paragrafi 4 e 5.

¹⁴⁹ Giova nuovamente ricordare che l'art. 24, par. 3, co. 2, TUE prevede quanto segue: “[g]li Stati membri operano congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca solidarietà politica. Essi si astengono da qualsiasi azione contraria agli interessi dell'Unione o tale da nuocere alla sua efficacia come elemento di coesione nelle relazioni internazionali”.

¹⁵⁰ Non a caso la solidarietà viene più volte richiamata nel titolo V del TUE (nonché reiteratamente prevista, seppur in contesti applicativi differenti, in altri titoli del TUE e del TFUE): cfr. *supra*, nota 13.

¹⁵¹ *Supra*, note 46 e 47.

¹⁵² Non si può ricavare niente in tal senso anche in *Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, pp. 91-92.

sarebbe riscontrabile in tutti i casi in cui la dichiarazione di *persona non grata* viene emessa in risposta ad un'analoga dichiarazione ricevuta dallo Stato accreditario¹⁵³.

È altresì necessario mettere in rilievo che la Convenzione di Vienna non prevede l'obbligo di corredare le dichiarazioni di *persona non grata* con alcuna motivazione, perché esse possono essere rilasciate dallo Stato accreditario “without having to explain its decision”¹⁵⁴. Si è invece osservato che, nel periodo preso in esame, tanto la Russia quanto gli Stati membri dell'UE hanno optato per fornire una motivazione a tali dichiarazioni¹⁵⁵. Tali scelte corrispondono essenzialmente ad una prassi – manifestatasi anche nella comunità internazionale contemporanea – che mostra un ampio e frequente utilizzo della motivazione nelle dichiarazioni di *persona non grata* rilasciate dagli Stati accreditari¹⁵⁶. Le ragioni che hanno dettato tali scelte sono senza dubbio da apprezzare, dal momento che l'inclusione di una motivazione pare soprattutto intesa a perseguire un duplice scopo: da una parte, uno scopo ‘politico’, vale a dire il tentativo di evitare un peggioramento delle relazioni diplomatiche con lo Stato accreditante; e, dall'altra, uno scopo per alcuni aspetti anche ‘giuridico’, cioè il fornire alla comunità internazionale una sorta di giustificazione per l'atto compiuto, come se esso necessitasse di un presupposto lecito o di una valida condizione – giuridica o fattuale – perché la sua emissione possa risultare legittima¹⁵⁷. Quest'ultima convinzione, tuttavia, appare per molti aspetti ultronea, dal momento che – come si è poc'anzi ricordato – la Convenzione di Vienna non prevede alcun limite o condizione per emettere una dichiarazione di *persona non grata*, che dunque si mostra sempre lecita ai sensi dell'art. 9 della Convenzione citata¹⁵⁸. Tale atto unilaterale non sembra pertanto necessitare di alcuna giustificazione, né di fatto né di diritto, perché esso non potrà essere valutato come un illecito. Tanto meno tale atto può considerarsi addirittura “ostile” (come invece reputato in alcune occasioni dalla Russia)¹⁵⁹, neppure quando ha ad oggetto un cospicuo numero di agenti diplomatici: rientra infatti sempre nella libera scelta di uno Stato decidere

¹⁵³ Cfr. *supra*, par. 6.

¹⁵⁴ Ex art. 9, par. 1, della Convenzione di Vienna (*supra*, nota 46 per il riferimento normativo). Ciò è nitidamente confermato anche in *Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1958, p. 91. Si ricorda che infondate, sotto tale profilo, sono apparse le motivazioni fornite da alcuni Stati, quando hanno definito “groundless” o “in no way justified” alcune dichiarazioni di *persona non grata* ricevute: cfr. *supra*, par. 3.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, paragrafi 3-6.

¹⁵⁶ *Supra*, nota 48 e paragrafi 3-6. Nella prassi degli Stati sono comunque presenti alcune eccezioni: si segnala, a titolo di esempio, la dichiarazione di *persona non grata* emessa nel 2007 dalle Figi nei confronti di un agente diplomatico della Nuova Zelanda, che non fu corredata da alcuna motivazione. Cfr., a tal proposito: *NZ High Commissioner expelled from Fiji*, New Zealand Government, Press release, 15 giugno 2007; M. GREEN, *Persona Non Grata: Breaking the Bond – Fiji and New Zealand 2004-2007*, Auckland, 2013.

¹⁵⁷ È ciò che emerge, ad esempio, dalla lettura delle motivazioni che hanno accompagnato alcune dichiarazioni di *personae non gratae*, ad esempio quelle prodotte nel gennaio 2021 da Russia, Germania, Svezia e Polonia: cfr. *supra*, par. 3. Si veda anche quanto osservato *supra*, par. 6.

¹⁵⁸ La lettera dell'art. 9 della Convenzione di Vienna impone allo Stato accreditario soltanto un formale elemento procedurale, vale a dire la notifica della dichiarazione di *persona non grata* allo Stato accreditante: cfr. *supra*, nota 46.

¹⁵⁹ Ci si riferisce, ad esempio, a quanto affermato dalla Russia sia in relazione alle dichiarazioni di *personae non gratae* emesse dall'Italia nei confronti di due agenti diplomatici russi, sia rispetto a quelle emesse dalla Repubblica Ceca nei confronti di diciotto agenti diplomatici della Federazione Russa. Cfr. *supra*, paragrafi 4 (nota 94) e 5 (nota 107).

se, quando e nei confronti di quanti agenti diplomatici produrre dichiarazioni di *personae non gratae*¹⁶⁰.

Oltre a ciò, è opportuno tener presente che l'aggiunta di una motivazione alla dichiarazione di *persona non grata* – sia che essa si basi su elementi di fatto, o di diritto – suscita frequentemente una valutazione della stessa, in particolare da parte dello Stato il cui agente diplomatico è stato il destinatario della dichiarazione (come infatti è accaduto anche nelle dichiarazioni di *persona non grata* prese in considerazione nella presente indagine). Sebbene le motivazioni possano difficilmente produrre effetti giuridici in tali contesti, le valutazioni delle stesse rappresentano non di rado le basi sulle quali costruire le dichiarazioni di *persona non grata* abitualmente emesse di risposta. Inoltre, va da sé che tali valutazioni – quando svolte dallo Stato il cui agente diplomatico è oggetto della dichiarazione – risultino prevalentemente negative: da ciò consegue che l'apposizione di motivazioni può non raramente contribuire ad un aggravamento delle relazioni diplomatiche tra gli Stati interessati, così contraddicendo il fine 'politico' delle stesse, sopra menzionato¹⁶¹. A ciò si aggiunge che i nuovi mezzi di comunicazione di massa, tra cui i *social media*¹⁶², permettono un'ampia e capillare diffusione delle dichiarazioni di *personae non gratae* e delle loro motivazioni nella società contemporanea, così consentendo ad uno Stato – oggi più che in passato – di perseguire attraverso di esse la propria politica estera. Per tali motivi gli Stati fanno ad oggi un ampio ricorso a tali dichiarazioni (e motivazioni), in alcuni casi invero una sorta di conflitto diplomatico, come quello dettagliato nel presente contributo. Anche da questo punto di vista appaiono preferibili le dichiarazioni di *persona non grata* che non allegano alcuna motivazione, o quanto meno quelle comprendenti motivazioni che non si soffermano su particolari elementi, di fatto o di diritto. Tra le motivazioni esaminate, potrebbero essere ad esempio ricordate come tali quelle fornite da Estonia, Lettonia e Lituania, che hanno fatto riferimento ad una generica incompatibilità delle condotte tenute dagli agenti diplomatici russi con quanto previsto dalla Convenzione di Vienna¹⁶³.

Per le stesse ragioni di maggiore visibilità rispetto al passato, anche le dichiarazioni ufficiali rilasciate da alcuni soggetti *in apicibus* di uno Stato o di un'organizzazione internazionale – come quelle prese in considerazione nel presente lavoro¹⁶⁴ – pur apprezzabili quando sono volte a promuovere il rispetto dei diritti umani, potrebbero avvalersi di una maggiore prudenza, in particolare quando rischiano di intrudere negli affari interni di un altro Stato. Sotto tale profilo, è apparsa netta la difficoltà dell'UE, nel perseguimento della propria azione esterna, di temperare i tentativi di esportazione dei principi enunciati dall'art. 21, par. 1, TUE con il rispetto del principio dell'ordinamento internazionale che vieta una ingerenza negli affari interni di uno Stato¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, paragrafi 3-5 (nota 46 per il riferimento normativo).

¹⁶¹ Si veda *supra*, la parte precedente la nota 157 e il par. 3.

¹⁶² Cfr., ad esempio, *supra*, par. 3 (note 48, 63 e 64).

¹⁶³ Cfr. *supra*, par. 5 (nota 120 per il testo di tali motivazioni).

¹⁶⁴ Ci si riferisce, ad esempio, a quelle prodotte dall'UE per mezzo dell'Alto rappresentante dell'Unione (*supra*, paragrafi 2 e 5), ovvero da membri del Parlamento europeo (*supra*, par. 3), dal portavoce del Servizio europeo per l'azione esterna (*supra*, par. 5), nonché dai capi di Stato o di governo di più Stati membri dell'UE (*supra*, paragrafi 3-5).

¹⁶⁵ Cfr., ad esempio, *supra*, par. 2.

Analogamente, per quanto concerne ciò che è emerso dalla lettura delle misure restrittive adottate dall'UE nei confronti di persone fisiche e giuridiche russe, val la pena ricordare che siffatte misure – dato anche il grave pregiudizio che arrecano ai destinatari – dovrebbero essere irrogate solo a seguito di validi presupposti giuridici e giudiziari. Come si è avuto occasione di osservare, tali misure restrittive – al verificarsi di determinate condizioni – potrebbero essere emesse dall'UE anche prima che un procedimento giudiziario ad esse ricollegabile abbia avuto termine; tuttavia, un *iter* giudiziario dovrebbe comunque sussistere nel momento in cui tali misure vengono adottate¹⁶⁶. Le misure passate in rassegna, invece, sono state comminate in assenza di una richiesta di assistenza giudiziaria da parte di uno Stato terzo e senza che alcuno Stato membro dell'UE avesse potuto instaurare un adeguato procedimento ad esse riconducibile (peraltro con un chiaro *vulnus* inflitto al diritto alla difesa dei destinatari)¹⁶⁷. Anche un procedimento avviato presso una corte internazionale potrebbe configurarsi come un presupposto valido per l'emissione di misure restrittive da parte dell'UE in alcune circostanze, purché però siano soddisfatte almeno altre due condizioni: che a tale corte internazionale siano assoggettati sia lo Stato terzo rispetto all'UE, i cui cittadini sono destinatari delle misure, sia gli Stati membri dell'UE; e che essa possieda la competenza giurisdizionale per materie analoghe a quelle inerenti le misure adottate. È quanto può verificarsi, ad esempio, nel caso di un procedimento instaurato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo – alla cui giurisdizione sono sottoponibili tanto la Russia, quanto gli Stati membri dell'UE – e delle misure restrittive adottabili dall'UE nei confronti di cittadini russi per gravi violazioni e abusi dei diritti umani¹⁶⁸. Più in generale, grazie a quest'ultima tipologia di misure, l'UE ha evidentemente la possibilità di assumere una maggiore rilevanza nella protezione dei diritti umani, fornendo un prezioso supporto alla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle sue attività di tutela.

È infine da rimarcare che tali misure, unitamente alle dichiarazioni ufficiali poc'anzi richiamate, hanno certamente contribuito a produrre alcune turbative nei rapporti diplomatici tra UE e Russia, che si sono inevitabilmente riflesse anche nelle relazioni che quest'ultima ha intrattenuto con non pochi Stati membri dell'UE. Sotto tale profilo, non emerge distintamente un'azione esterna pienamente concertata nell'ambito delle istituzioni dell'UE, in occasione degli avvenimenti analizzati: l'impressione, invece, è che gli Stati membri abbiano agito per lo più *uti singuli*, senza che vi fosse un'armonica ed effettiva attività di coordinamento da parte dell'UE. C'è poi da aggiungere che le relazioni diplomatiche con la Russia – nel periodo considerato – sono state condotte dall'UE sulla base di alcuni principi guida

¹⁶⁶ Cfr. *supra*, par. 4. È quanto sembra emergere, ad esempio, anche nella citata sentenza *Ezz* della Corte di giustizia del 5 marzo 2015, punti 71 e 73. Per una disamina della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE su questo aspetto cfr., ad esempio, G. VITALE, *op. cit.*

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, paragrafi 2 e 4.

¹⁶⁸ Si fa riferimento alle misure restrittive irrogabili dall'UE in virtù del regolamento del Consiglio 2020/1998 e della decisione 2020/1999/PESC: cfr. *supra*, par. 4. A tal riguardo, è opportuno rilevare che le misure contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani adottate dall'UE nei confronti di quattro cittadini russi, prese in considerazione nella presente disamina, appaiono invece inflitte anche senza una appropriata base giudiziaria fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

concordati nel 2016 dal Consiglio in composizione Affari esteri¹⁶⁹, che avrebbero potuto essere oggetto di aggiornamenti più tempestivi¹⁷⁰.

Sotto tali profili, è di nuovo da accogliere con soddisfazione l'elemento della solidarietà¹⁷¹, che – quando è stato invocato, ad esempio, dall'Alto rappresentante dell'Unione, ovvero dal Servizio europeo per l'azione esterna – ha invece prontamente originato una pluralità di azioni diplomatiche da parte di più Stati membri, sebbene anche in tali occasioni perseguite generalmente senza una appropriata organizzazione unitaria¹⁷².

Abstract

Some Recent Diplomatic Relations Maintained by Russia with the European Union and with Some Member States

This article examines the diplomatic intercourse between Russia, the European Union and some Member States in early 2021. First, some legal and factual premises have been considered, such as the restrictive measures adopted by the EU against six Russian citizens and one research institute of Russia, as well as an official Declaration issued by the High Representative on behalf of the EU on the arrest of Alexei Navalny. Next, following a chronological sequence, several *persona non grata* declarations – issued both by Russia and by various EU Member States – have been analysed, trying to highlight their compliance with international law. In such framework, the solidarity based *persona non grata* declarations have been also investigated. At the same time, this study takes also into account a new package of restrictive measures adopted by the EU against four Russian citizens, and several official statements issued by the EU and by some involved States in early 2021.

¹⁶⁹ *The EU's Russia policy – Five guiding principles*, European Parliament Briefing, febbraio 2018, European Parliamentary Research Service, PE 614.698, p. 2: “On 14 March 2016, EU foreign ministers and High Representative Federica Mogherini agreed on the five guiding principles of the EU's policy towards Russia. These principles are still the foundation of EU-Russia relations: insisting on full implementation of the Minsk agreements before economic sanctions against Russia are lifted; pursuing closer relations with the former Soviet republics in the EU's Eastern Neighbourhood (including Ukraine) and central Asia; becoming more resilient to Russian threats such as energy security, hybrid threats, and disinformation; despite tensions, engaging selectively with Russia on a range of foreign-policy issues, among them cooperation on the Middle East, counter-terrorism and climate change; increasing support for Russian civil society and promoting people-to-people contacts, given that sanctions target the regime rather than Russian people”.

¹⁷⁰ Tali aggiornamenti sono stati più volte richiesti anche dal Parlamento europeo: “whereas in its two previous resolutions on Russia, Parliament called for a review of the EU's policy towards Russia and its five guiding principles and asked the Council to immediately start preparations and adopt an EU strategy for future relations with a democratic Russia, which would include a broad range of incentives and conditions to strengthen domestic trends within Russia towards freedom and democracy”, in *Joint motion for a resolution pursuant to Rule 132(2) and (4) of the Rules of Procedure, on Russia, the case of Alexei Navalny, the military build-up on Ukraine's border and Russian attacks in the Czech Republic*, cit., p. 6.

¹⁷¹ Per gli apprezzamenti svolti in merito alle motivazioni delle dichiarazioni di *persona non grata* fondate sulla solidarietà cfr. *supra*, par. 6.

¹⁷² Cfr. *supra*, paragrafi 4 e 5.

Marta Lazzaroni*

Le implicazioni istituzionali della pandemia da Covid-19: verso un'“Europa della salute”?

SOMMARIO: 1. La legislazione europea in tema di medicinali: aspetti istituzionali. – 2. Una celebre distribuzione dei vaccini quale obiettivo principale della Commissione e dell'EMA per salvaguardare la popolazione dell'Unione europea dalla pandemia da Covid-19. – 3. *Segue*: il ruolo della Commissione europea. – 4. *Segue*: il ruolo dell'EMA. – 5. Analisi delle problematiche sorte in relazione all'approvvigionamento dei vaccini e alla farmacovigilanza. Le difficoltà nell'approvvigionamento dei vaccini. – 6. *Segue*: la sospensione del vaccino AstraZeneca. – 7. La lotta alla pandemia da Covid-19 può rappresentare un primo passo verso l'europeizzazione della materia della salute?

1. Allo scopo di affrontare le implicazioni istituzionali per l'Unione europea derivanti dagli eventi scaturiti dalla pandemia da Covid-19, oggetto principale del presente lavoro, è d'uopo premettere un breve inquadramento sistematico circa la disciplina europea relativa ai medicinali per uso umano.

Essa affonda le proprie radici negli anni Sessanta, quando l'allora Comunità economica europea adottò¹ la direttiva 65/65/CEE del Consiglio, del 26 gennaio 1965, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali² – avente come base giuridica l'art. 100 nella versione allora vigente – il cui terzo articolo statuiva la necessità di una preventiva autorizzazione, rilasciata dall'autorità competente per ogni Stato membro, per l'immissione in commercio di qualsiasi specialità medicinale.

Da tali tempi, ormai lontani, è stato sviluppato un ampio *corpus* normativo, un reticolo europeo di regolamentazione in grado di consentire agli Stati membri di mettere in comune le risorse e di coordinare la disciplina della materia dei medicinali nel mercato europeo in modo esauriente.

Attualmente sono principalmente due gli atti normativi che governano il settore: la direttiva 2001/83 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso

* Dottore di ricerca in Diritto della navigazione e dei trasporti dell'Università degli studi di Sassari.

¹ Sulla spinta anche della pubblicazione, da parte della diciottesima Assemblea generale dell'Associazione medica mondiale, della Dichiarazione di Helsinki, che rappresenta uno *statement* di principi etici per la ricerca biomedica che coinvolge gli esseri umani, inclusa la ricerca su campioni biologici di origine umana e su altri dati identificabili.

² Recepita in Italia solo all'inizio degli anni Novanta tramite il d.lgs. 29 maggio 1991, n. 178, *Recepimento delle direttive della Comunità economica europea in materia di specialità medicinali, che ha modificato il regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265 Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie.*

umano³, così come emendata nel corso degli anni, e il regolamento 726/2004 che istituisce procedure per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e per uso veterinario e che costituisce l'Agenzia europea per i medicinali (EMA)⁴, allo scopo di garantire standard elevati di qualità e di sicurezza dei medicinali all'interno dell'Unione europea.

Tali atti disciplinano – anche e soprattutto per quanto di nostro interesse – le quattro differenti procedure attualmente esistenti per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio di una specialità medicinale, che può essere rilasciata solo a richiedenti stabiliti sul territorio comunitario.

La procedura nazionale, disciplinata dalla direttiva 2001/83, conduce al rilascio della concessione da parte dell'autorità competente di uno Stato membro ed è valida limitatamente per il suo territorio. Nello specifico la presentazione della domanda volta ad ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio avviene da parte del titolare-richiedente all'Autorità nazionale competente dello Stato membro interessato, per l'Italia l'AIFA, la quale adotta le proprie determinazioni entro il termine di duecentodieci giorni dalla ricezione di una domanda valida (art. 17). Nel caso di

³ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001. Tale atto ha sostanzialmente riunito in un unico testo tutta la materia disciplinata nel corso di quasi quarant'anni, riferita in particolar modo alla materia della vendita, della produzione, dell'etichettatura, della classificazione, della distribuzione e della promozione dei medicinali per uso umano all'interno del territorio europeo. In Italia è stata recepita tramite il d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 e sue successive modifiche e integrazioni.

⁴ Regolamento (CE) n. 727/2004 del 31 marzo 2004. È importante chiarire che il regolamento del 2004 costituisce una revisione dell'Agenzia europea dei medicinali, che fu fondata in realtà ben prima, ossia attraverso il regolamento 2309/1993, poi abrogato.

Il quadro strutturale dell'Agenzia ricalca sostanzialmente quello tipico di questi organismi, seppur con alcuni adattamenti legati alla particolare materia oggetto dell'attività dell'Agenzia. Al suo interno si rinvencono il Consiglio di amministrazione – composto da un rappresentante per ogni Stato membro, da due rappresentanti della Commissione e da due rappresentanti del Parlamento europeo, oltre che da due rappresentanti delle organizzazioni dei pazienti, da un rappresentante delle organizzazioni dei medici e da un rappresentante delle organizzazioni dei veterinari, nominati dal Consiglio – nonché la figura del Direttore esecutivo, nominato dal Consiglio di amministrazione, su proposta della Commissione, per un periodo di cinque anni, che è il rappresentante legale dell'Agenzia.

Il regolamento istitutivo prevede anche la presenza di sette Comitati – Comitato per i medicinali per uso umano; Comitato di valutazione dei rischi per la farmacovigilanza; Comitato per i medicinali veterinari; Comitato per i medicinali orfani; Comitato per i medicinali a base di piante; Comitato per le terapie avanzate; Comitato pediatrico – la cui attività viene coordinata dal Segretariato, incaricato di fornire loro assistenza tecnica, scientifica e amministrativa.

L'Agenzia è responsabile del coordinamento delle risorse scientifiche esistenti e messe a sua disposizione dagli Stati membri per la valutazione, la sorveglianza e la farmacovigilanza dei medicinali; la sua attività viene specificata e precisata dall'art. 57, riportante un lungo elenco di compiti alla stessa assegnati, che sono accresciuti nel corso del tempo rispetto al testo originario, a dimostrazione dell'evoluzione della stessa e dell'aumento delle sue capacità e della sua importanza, oltre che della sua centralità nel panorama europeo.

Particolarmente significativo è il lavoro a stretto contatto che essa conduce con le Autorità di regolamentazione dei medicinali per uso umano e veterinario degli Stati membri dell'Unione europea, dette anche Autorità nazionali competenti – per l'Italia l'AIFA – e dello Spazio economico europeo. Esiste infatti a livello europeo un *network* formato dai referenti delle Autorità nazionali competenti dei singoli Paesi dello SEE, chiamato HMA *Heads of Medicines Agencies*, di cui è appunto membro anche l'EMA, il quale lavora per promuovere un sistema normativo europeo dei medicinali efficace ed efficiente, affrontando in modo precipuo le questioni strategiche per la rete normativa europea sui medicinali. L'HMA è coordinato e supervisionato da un gruppo di gestione ed è supportato da diversi gruppi di lavoro, che coprono aree di responsabilità specifiche, e da un segretariato permanente.

esito positivo⁵, vi è il rilascio del provvedimento autorizzativo, che ha generalmente una validità di cinque anni, salvi casi specifici.

Secondo l'art. 22, alla presenza di circostanze eccezionali e previa consultazione del richiedente, l'autorizzazione all'immissione in commercio può essere soggetta a obblighi specifici, collegati alla sicurezza del medicinale, che possono comprendere, ad esempio, lo svolgimento di studi complementari dopo il rilascio dell'autorizzazione o la segnalazione perentoria e immediata di effetti collaterali negativi dei medicinali. La conferma dell'autorizzazione all'immissione in commercio è subordinata al riesame annuale di tali condizioni.

La direttiva 2001/83 si occupa anche delle procedure di autorizzazione all'immissione in commercio c.d. comunitarie, che si declinano in procedura di mutuo riconoscimento e procedura decentralizzata o decentrata⁶, le quali mirano a favorire la libera circolazione dei prodotti medicinali all'interno del mercato interno evitando la duplicazione delle valutazioni da effettuarsi. Sono infatti due procedure che, seppur differenti, si basano entrambe sull'accettazione della valutazione effettuata da un altro Stato membro.

Per quanto riguarda la procedura di mutuo riconoscimento, essa si utilizza nel caso in cui il prodotto medicinale abbia già ottenuto un'autorizzazione all'immissione in commercio in uno Stato membro e il titolare dell'autorizzazione voglia chiederne l'estensione alle autorità nazionali di altri Stati⁷. La procedura decentralizzata o decentrata viene invece utilizzata nel caso contrario in cui il medicinale interessato non abbia ancora ricevuto un'autorizzazione all'immissione in commercio in nessuno Stato membro⁸.

In entrambi i casi, qualora compaiano posizioni divergenti, la questione viene deferita all'attenzione del Gruppo di coordinamento per le procedure di mutuo riconoscimento e decentrata (CMDh), composto da un rappresentante per ogni Stato membro, che coordina le attività di autorizzazione e farmacovigilanza nell'ambito di queste procedure, favorendo l'armonizzazione nella valutazione e l'adozione di decisioni comuni da parte degli Stati membri sulla base di criteri scientifici di qualità, sicurezza ed efficacia.

⁵ L'autorizzazione all'immissione in commercio viene rifiutata quando: a) il rapporto rischio/beneficio non è considerato favorevole; b) l'efficacia terapeutica del medicinale non è sufficientemente documentata dal richiedente; c) il medicinale non presenta la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata. Inoltre può aversi rifiuto se la documentazione o le informazioni presentate a sostegno della domanda non sono conformi a quanto previsto dalla direttiva 2001/83.

⁶ In particolare attraverso le norme contenute nel titolo III, Immissione in commercio, capo 4, Procedura di mutuo riconoscimento e procedura decentrata, articoli 28-39.

⁷ Nello specifico, il titolare dell'autorizzazione può chiederne l'estensione alle autorità nazionali di altri Stati, allegando alla richiesta la medesima documentazione presentata allo Stato che per primo ha fornito l'autorizzazione. Tale Stato, definito “Reference Member State”, è chiamato a predisporre il c.d. “Assessment Report” o rapporto di valutazione del medicinale, che sarà poi sottoposto all'attenzione degli altri Stati membri interessati, denominati “Concerned Member State”. Ottenuto il consenso di questi ultimi, viene avviata in ciascuno di essi la fase nazionale che porta al rilascio del decreto di autorizzazione all'immissione in commercio.

⁸ Essa prevede la presentazione contemporanea di un *dossier* identico nei vari Stati membri interessati, tra i quali uno agirà in qualità di *Reference Member State* ossia di Stato sul quale grava il compito valutare la documentazione fornita e di predisporre il rapporto di valutazione scientifica del medicinale da trasmettere agli Stati membri e al richiedente stesso entro settanta giorni. Gli altri Stati membri, detti “Concerned Member States”, si limitano a fornire commenti al fine di raggiungere un accordo sull'autorizzazione in tutti gli Stati coinvolti.

La quarta procedura prevista dal sistema è la procedura c.d. centralizzata, che consente di ottenere un'unica autorizzazione con validità su tutto il territorio europeo. Le disposizioni legali ad essa relative sono contenute nel Titolo II del regolamento 726/2004 e disciplinano un iter obbligatorio al termine del quale il medicinale potrà essere immesso sul mercato in tutti gli Stati membri e nei tre Stati dell'EFTA (European Free Trade Association) appartenenti allo Spazio Economico Europeo, ossia Islanda, Liechtenstein e Norvegia (con esclusione dunque della Svizzera).

L'uso della procedura centralizzata di autorizzazione è obbligatorio per i medicinali più innovativi⁹, al fine di conservare l'alto livello di valutazione scientifica di tali medicinali nell'Unione e di preservare la fiducia dei pazienti e degli operatori sanitari. La procedura in questione è invece facoltativa, ai sensi dell'art. 3, paragrafi 2 e 3, del regolamento 726/2004, per quei medicinali che, pur non rientranti nella categoria prevista dalla procedura obbligatoria, rappresentano innovazioni terapeutiche o, benché non innovativi, possono essere di interesse europeo perché ipoteticamente utili alla società o ai pazienti.

Secondo quanto disciplinato, i richiedenti presentano un'unica domanda di autorizzazione all'EMA, la quale si avvale del supporto del Committee for Medicinal Products for Human Use (CHMP)¹⁰. Tale Comitato risulta essere di particolare importanza perché conduce la valutazione scientifica della documentazione presentata, anche e soprattutto verificando il rapporto beneficio/rischio sulla base dei dati di efficacia e di sicurezza del medicinale; in tale compito si avvale dell'aiuto di un *Rapporteur* e di un *Co-Rapporteur*, dallo stesso nominati, nonché del *Product Team*, indicato dal Segretariato dell'EMA.

Il Comitato è chiamato ad esprimere entro duecentodieci giorni dalla ricezione della documentazione (art. 6, par. 3) un parere che viene inviato, entro quindici giorni dalla sua adozione, alla Commissione europea, agli Stati membri e al richiedente, relativo al possibile rilascio o al diniego dell'autorizzazione all'immissione in commercio¹¹.

La Commissione europea successivamente elabora una bozza di decisione, trasmessa agli Stati membri e al richiedente e contemporaneamente sottoposta al Comitato. Una volta che tale decisione della Commissione, rilasciata sulla base del parere dell'EMA, diviene definitiva, l'autorizzazione centralizzata all'immissione

⁹ Tra cui i prodotti derivati dalla biotecnologia, ossia farmaci il cui principio attivo è prodotto da organismi viventi o ottenuto da organismi viventi mediante metodi di DNA ricombinante e/o di controllo dell'espressione genica; i medicinali per terapie avanzate, ossia basati sulla manipolazione di geni, cellule o tessuti; i prodotti contenenti nuove sostanze per trattare l'AIDS, il cancro, la malattia neurodegenerativa, il diabete e altre malattie del sistema immunitario, oltre che le malattie virali.

¹⁰ L'importanza di tale Comitato è deducibile dalle varie funzioni che sono ad esso assegnate, tra le quali prendere in considerazione le raccomandazioni del PRAC e conseguentemente raccomandare alla Commissione modifiche all'autorizzazione all'immissione in commercio di un medicinale, nonché, se necessario, la sospensione o il ritiro dal mercato; fornire consulenza scientifica alle aziende che ricercano o sviluppano nuovi farmaci; preparare linee guida scientifiche e normative per aiutare le aziende farmaceutiche a preparare le domande di autorizzazione; cooperare con partner internazionali per l'armonizzazione dei requisiti normativi. Il sistema interno di *peer review* garantisce l'accuratezza e la validità dei pareri forniti dal Comitato.

¹¹ Ciò dimostra il ruolo importante ricoperto dall'EMA, i cui vasti compiti esprimono la sua connotazione sostanzialmente decisionale dei pareri che è chiamata a rendere in tema di immissione in commercio dei farmaci per uso umano e veterinario, dai quali la Commissione può discostarsi solo sulla scorta di dettagliata motivazione.

in commercio ha validità estesa in tutti gli Stati membri dell'UE, oltre a Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

È tuttavia necessario concludere il procedimento nei vari Stati membri: si apre pertanto la c.d. “fase di nazionalizzazione della procedura centralizzata” ossia l'azienda titolare dell'autorizzazione in commercio invia alle rispettive autorità nazionali competenti la domanda di definizione della procedura per il rilascio del provvedimento autorizzativo e per la definizione del prezzo di vendita ai fini della rimborsabilità.

Nel sistema è prevista la c.d. “autorizzazione all'immissione in commercio condizionata”, che, come si vedrà in seguito, ha trovato ampio spazio durante il periodo pandemico. Il suo quadro normativo è completato dal regolamento 507/2006 della Commissione, che risulta essere centrale qualora si sia in presenza di medicinali destinati al trattamento, alla prevenzione o alla diagnosi di malattie gravemente invalidanti o potenzialmente letali, oppure di medicinali designati come “orfani”¹² oppure, ancora, di medicinali da utilizzare in situazioni di emergenza in risposta a minacce per la salute pubblica, debitamente riconosciute dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) o dall'Unione, nello specifico dalla Commissione, come previsto dagli artt. 12 e 13 della decisione 1082/2013/UE.

Essa è così definita perché, essendo rilasciata alla presenza di dati meno completi di quelli normalmente richiesti, è necessariamente soggetta a condizioni e a obblighi specifici. Per quanto concerne le prime, l'art. 4 del regolamento 507/2006 afferma che tale autorizzazione può essere rilasciata solo se il medicinale risponde ad esigenze mediche insoddisfatte, se è possibile per il richiedente poter fornire dati clinici completi, se il rapporto rischio/beneficio risulta positivo e, soprattutto, nello specifico, se i benefici per la salute pubblica derivanti dalla disponibilità immediata sul mercato del medicinale in questione superano il rischio inerente al fatto che occorranza ancora dati supplementari. In relazione agli obblighi specifici, l'art. 5 pone in evidenza quello di completare gli studi in corso o di condurne di nuovi al fine di confermare che il rapporto rischio/benefici è positivo, al quale possono esserne aggiunti ulteriori in relazione alla raccolta dati.

Questa tipologia di autorizzazione non è tuttavia destinata a rimanere condizionata a tempo indeterminato: nel momento in cui vengono forniti i dati mancanti diventa possibile sostituirla con un'autorizzazione priva di condizionalità e dunque non soggetta a specifici obblighi¹³.

La procedura centralizzata può, su domanda del richiedente, atteggiarsi a procedura di valutazione accelerata, qualora si sia in presenza di medicinali di elevato interesse per la salute pubblica che rappresentano un'innovazione terapeutica e che rispondono a bisogno clinici non soddisfatti perché non esista alternativa terapeutica sul mercato, in conformità con l'art. 14, par. 9, del regolamento 726/2004. Il richiedente è tenuto a giustificare che il medicinale riveste un importante interesse per la salute pubblica, in particolare dal punto di vista dell'innovazione terapeutica;

¹² Ossia i farmaci che sono destinati alla cura di malattie talmente rare da non consentire la realizzazione, da parte delle aziende farmaceutiche, di ricavi che permettano di recuperare i costi sostenuti per il loro sviluppo.

¹³ Essa si differenzia dall'autorizzazione emessa in circostanze eccezionali (*Under Exceptional Circumstances-UEC*), prevista dall'art. 14, par. 8, del regolamento 726/2004, concessa in assenza di dati completi a supporto del rapporto rischio/beneficio e che non è possibile ottenere nemmeno dopo l'autorizzazione; infatti tale autorizzazione generalmente non viene convertita in un'autorizzazione *standard*.

se il CHMP accoglie favorevolmente tale richiesta, il termine poc'anzi menzionato di duecentodieci giorni si riduce a centocinquanta giorni *ex* 33° ‘considerando’ e art. 14, par. 9, del regolamento 726/2004.

È importante sottolineare che, indipendentemente dalla procedura scelta, la legislazione farmaceutica dell'UE esige perentoriamente che qualsiasi medicinale approvato sia parametrato su tre fattori chiave – ossia sicurezza, qualità, efficienza – e solo qualora la valutazione scientifica abbia dimostrato che i benefici complessivi superano i rischi.

All'interno dell'impianto europeo non è però importante solo la valutazione antecedente l'emissione dell'autorizzazione. Trova infatti spazio anche un altro elemento fondamentale ossia l'obbligo del monitoraggio della sicurezza e dell'efficacia dopo il ricevuto consenso; basti pensare che il medicinale, una volta ottenuta l'approvazione, viene utilizzato su un'ampia scala di soggetti che differiscono dal campione della popolazione di riferimento durante lo studio. Diventa pertanto di vitale importanza identificare qualsiasi nuovo rischio o qualsiasi effetto collaterale nel più breve tempo possibile e adottare le necessarie misure per ridurre al minimo il rischio e per promuovere un uso sicuro ed efficace del medicinale.

L'individuazione, la valutazione, la comprensione e la prevenzione degli effetti avversi o di qualsiasi altro problema legato a un medicinale è, come noto, definito, nel suo complesso, “farmacovigilanza”, la cui relativa disciplina è rinvenibile nel regolamento 726/2004, nella direttiva 2001/83 e nel regolamento di esecuzione 520/2012 della Commissione¹⁴ e vede quali attori coinvolti gli Stati membri e le relative autorità competenti, l'EMA e la Commissione europea¹⁵.

Il centro nevralgico è *Eudravigilance*¹⁶, banca dati europea per la gestione e l'analisi delle tempestive segnalazioni di sospette reazioni avverse ai medicinali, dove “sospette” è aggettivo eloquente: si tratta infatti di eventi clinici osservati in seguito all'uso di un medicinale, ma non necessariamente da esso causati.

Proprio per questo motivo le informazioni contenute nel database vengono studiate dal Pharmacovigilance Risk Assessment Committee (PRAC), uno dei sette Comitati interni all'EMA, il quale provvede alla progettazione e alla valutazione degli studi sulla sicurezza post-autorizzazione; all'individuazione, alla valutazione, alla minimizzazione e alla comunicazione del rischio di reazioni avverse, tenendo conto dell'effetto terapeutico del medicinale; allo svolgimento di audit; alla conseguente formulazione di raccomandazioni per la variazione, la sospensione o la revoca dell'autorizzazione all'immissione in commercio, sulla cui base il CHMP esprime successivamente un parere tenuto in considerazione dalla Commissione¹⁷.

2. Il 30 gennaio 2020, l'Organizzazione mondiale della sanità ha dichiarato l'epidemia SARS Covid-19 un'emergenza sanitaria pubblica di interesse internazio-

¹⁴ L'art. 1, par. 2, afferma che tutti i medicinali per i quali è stata ottenuta un'autorizzazione all'immissione in commercio “sono coperti da un fascicolo di riferimento del sistema di farmacovigilanza”.

¹⁵ Come è possibile ricavare dalla lettura dell'art. 28 *sexies* del regolamento 726/2004 – il quale specifica che l'Agenzia e gli Stati membri cooperano per sviluppare continuamente sistemi di farmacovigilanza, indipendentemente dalle vie di autorizzazione all'immissione in commercio – e dall'art. 29, il quale attribuisce alla Commissione il compito di rendere pubblica la relazione sull'esecuzione dei compiti di farmacovigilanza da parte dell'Agenzia.

¹⁶ Su cui v. eudravigilance.ema.europa.eu.

¹⁷ Si vedano l'art. 56, par. 1, del regolamento 726/2004 e l'art. 27 della direttiva 87/2001.

nale; l'11 marzo 2020, l'OMS ha definito Covid-19 una pandemia, che si è rivelata la più grave crisi di salute pubblica dei tempi moderni¹⁸ e che ha costretto i governi ad adottare severe misure di restrizione¹⁹.

In chiave europeista è interessante analizzare la risposta fornita dall'Unione europea, che ha concentrato gran parte dei propri sforzi sull'elemento chiave della strategia di uscita dalla pandemia ossia sullo sviluppo e sull'approvvigionamento di vaccini sicuri ed efficaci²⁰.

Tale azione comune ha visto e vede coinvolte principalmente la Commissione europea e l'Agenzia europea dei medicinali: la prima per la sottoscrizione dei contratti con le case farmaceutiche; la seconda per l'autorizzazione all'immissione in commercio dei vaccini.

3. Sebbene l'approvvigionamento e le campagne vaccinali siano di competenza delle autorità nazionali, le quali vengono coadiuvate dalla Commissione europea solamente nel coordinamento delle politiche e dei programmi da condurre in ambito nazionale²¹, tale approccio ha subito un'importante modifica in occasione della pandemia da Covid-19.

A causa della dimensione globale della pandemia, dell'ampia scala dei suoi effetti economici e sociali e dell'elevata tensione subita dai sistemi sanitari in tutti gli Stati membri, la Commissione europea riteneva di trovarsi in una posizione migliore rispetto ai soli Stati membri per affrontare la crisi in modo olistico e coordinato su tutta la linea.

¹⁸ Per una disamina circa le responsabilità sul piano internazionale si vedano P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'OMS alla diffusione da Covid-19*, in *SIDIBlog*, 9 aprile 2020; M. GESTRI, *La risposta delle organizzazioni internazionali alla pandemia e profili di responsabilità dello Stato d'origine*, in *Rivista italiana di Diritto del turismo*, 2020, p. 19 ss.; F. ROMANIN JACUR, *Diritto internazionale e risposta alla pandemia da Covid-19*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La pandemia da Covid-19. Profili di diritto nazionale, dell'Unione europea ed internazionale*, Torino, 2020, p. 144 ss.

Per un'analisi del rapporto tra OMS e OMC (Organizzazione mondiale del commercio) si veda D. GRECO, *Covid-19 e restrizioni al commercio internazionale: il dialogo (soft) tra OMS e OMC*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, p. 23 ss., reperibile online.

¹⁹ Per una valutazione sulla compatibilità tra i provvedimenti adottati in Italia e i diritti umani fondamentali si vedano G. DI COSIMO, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, in E. CALZOLAIO, M. MECCARELLI, S. POLLASTRELLI (a cura di), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, Macerata, 2020, p. 29 ss.; U. VILLANI, *Le misure italiane di contrasto al Covid-19 e il rispetto dei diritti umani*, in *La Comunità Internazionale*, 2020, p. 165 ss.

²⁰ Per una panoramica dell'azione UE si veda P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021; F. ROMANIN JACUR, M. LAZZARONI, *Unione europea e risposta alla pandemia da Covid-19*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *op. cit.*, p. 241 ss.

²¹ Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 26 aprile 2018, *Rafforzamento della cooperazione nella lotta contro le malattie prevenibili da vaccini*, COM(2018)245 final, finalizzata proprio a rafforzare la collaborazione tra Stati membri sulle malattie a prevenzione vaccinale, in cui si legge: “Il coordinamento delle politiche in materia di vaccinazione a livello di UE resta limitato e segue un approccio reattivo, caso per caso. Analogamente, non vi sono strutture operative per potenziare la cooperazione nell'UE al fine di affrontare le sfide poste dai vaccini, tra cui l'attuale scenario disorganico della ricerca e lo sviluppo nel settore”. Documento reperibile online.

Tale posizione era particolarmente sentita in riferimento all'acquisto dei vaccini: poiché nessuno Stato membro aveva – ed ha – da solo, la capacità di garantire gli investimenti nello sviluppo e nella produzione di un numero sufficiente di vaccini, secondo l'Istituzione esclusivamente un'azione comune, coordinata, unificata e rapida, in grado di consentire una migliore condivisione dei rischi e degli investimenti, avrebbe potuto garantire il raggiungimento di risultati tangibili utili affinché la diffusione del Covid-19 venisse fermata in modo efficiente e rapido, l'impatto della pandemia fosse mitigato il più possibile e le sue conseguenze venissero indirizzate per prevenirne la ricomparsa.

Nel mese di giugno è avvenuta la concretizzazione di tale progetto: dopo che il Consiglio dell'UE, riunito a livello dei Ministri della salute, ha convenuto sulla necessità di un'azione comune, il 17 giugno 2020 la Commissione europea ha presentato la sua strategia europea per accelerare lo sviluppo, la produzione e la distribuzione dei vaccini contro il Covid-19²². Ne è seguita la pubblicazione, il 18 giugno 2020, della decisione relativa all'accordo con gli Stati membri sull'acquisto dei vaccini per conto degli Stati membri e della relativa procedura, nonché del suo annesso²³.

Il processo di approvvigionamento dei vaccini ha visto dunque un operato congiunto da parte dei 27 Stati membri e della Commissione europea, con il conseguente smantellamento della così detta *Inclusive Vaccine Alliance*, che ricomprendeva Germania, Francia, Italia e Paesi Bassi, Stati membri che avevano precedentemente avviato contatti per l'acquisto di dosi del vaccino AstraZeneca in una quantità compresa tra le 300 e le 400 milioni di dosi. D'altra parte l'art. 7 del sopra citato annesso prevede l'obbligo per gli Stati membri di non condurre alcuna trattativa parallela rispetto a quella svolta dalla Commissione.

Analizzando quanto accaduto da un punto di vista pratico, si può sintetizzare che la Commissione si è prodigata per eseguire un'unica procedura centrale di appalto per conto di tutti gli Stati membri, finalizzata alla successiva conclusione di accordi di acquisto anticipato, denominati APAs (*Advance Purchase Agreements*), con i vari produttori vaccinali.²⁴

²² “La collaborazione aumenterà le possibilità di accesso a un vaccino sicuro ed efficace nelle quantità necessarie e nel modo più rapido possibile; un accesso giusto ed equo per tutti, nell'UE e nel mondo, è la migliore opportunità di trovare una via di uscita definitiva dalla crisi della Covid-19. Qui l'Unione offre il meglio di sé: mettere in comune le risorse, unire gli sforzi e portare risultati concreti alla vita quotidiana delle persone. Nessuno è al sicuro fino a quando non sono tutti al sicuro; non lesineremo gli sforzi per proteggere i cittadini dell'Unione e del mondo”, venne dichiarato, il 17 giugno, da Stella Kyriakides, Commissario per la salute e la sicurezza alimentare, mentre il prof. Walter Ricciardi affermò che “La capacità della Commissione di parlare con società private con il potere di agire per conto di 500 milioni di cittadini conferisce molto più potere negoziale”.

²³ Tutti i documenti citati sono reperibili *online* su ec.europa.eu.

²⁴ Ciò è stato possibile perché previamente, in dettaglio il 14 aprile 2020, il Consiglio aveva adottato il regolamento (UE) 2020/521, con il quale aveva sia previsto deroghe al regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 luglio 2018, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione, al fine di accelerare l'aggiudicazione e l'esecuzione dei contratti risultanti dalle procedure di appalto, con le quali sono state impostate le successive compravendite dei vaccini, sia attivato, per il periodo di tempo compreso tra l'1 febbraio 2020 e il 31 gennaio 2022, il sostegno sulla fornitura di emergenza all'interno dell'Unione a norma del regolamento (UE) 2016/369, chiamato regolamento ESI.

Il Regolamento ESI risulta pertanto essere stato elemento centrale della strategia finanziaria per l'acquisto vaccinale. Attraverso esso infatti la Commissione ha finanziato una parte dei costi iniziali sostenuti

Tali APAs forniscono il diritto o, in circostanze specifiche, l'obbligo, agli Stati membri partecipanti, di acquistare un numero specifico di dosi entro un determinato periodo di tempo e a un determinato prezzo.

Qualora l'accordo preliminare preveda unicamente l'opzione, ossia la possibilità, per gli Stati, di acquistare le dosi in un futuro momento, la Commissione è libera di sottoscrivere l'accordo e gli Stati possono decidere se esercitare l'opzione oppure no. Nel caso in cui, invece, la Commissione voglia concludere un APA che prevede l'obbligo per gli Stati membri di acquistare le dosi di vaccino, essa ha il dovere di informare dettagliatamente gli Stati partecipanti, che hanno il diritto di rinunciare, esercitando l'*opt-out*, entro cinque giorni lavorativi dalla comunicazione, mediante notifica esplicita inviata alla Commissione²⁵.

Il contratto è firmato solo se almeno 4 Stati membri sono disposti a esserne vincolati. La sottoscrizione avviene da parte del Commissario responsabile per la salute e la sicurezza alimentare, che li firma in suo nome e per conto degli Stati membri. Una volta concluso l'accordo, i termini dell'APA sono giuridicamente vincolanti per gli Stati membri partecipanti, ad eccezione, ovviamente, di quelli che hanno esercitato il diritto di rinuncia.

Sulla base di tale accordo preliminare, una volta che il vaccino ha ottenuto l'autorizzazione all'immissione in commercio, gli Stati membri ordinano le dosi direttamente all'azienda – compilando i c.d. *Vaccine Order Forms* – secondo i quantitativi assegnati e le condizioni predefinite, indicando ognuno i tempi e i luoghi di consegna e specificando gli aspetti logistici.

È importante sottolineare che sono gli Stati membri, e non la Commissione, ad acquistare le dosi di vaccino dai produttori, sulla base degli APAs sottoscritti. Proprio per il loro essere acquirenti finali dei vaccini, gli Stati membri partecipano alla procedura negoziale fin dall'inizio; essi sono infatti rappresentati nel “Comitato Direttivo” chiamato ad assistere la Commissione e a discutere e riesaminare tutti gli aspetti relativi all'accordo preliminare di acquisto prima della firma. Tale Comitato è affiancato dal *Joint Negotiation Team* – dallo stesso nominato e formato dai rappresentanti di sette Stati membri: Germania, Francia, Italia, Paesi Bassi, Spagna, Portogallo, Polonia²⁶ – il quale ha il compito di negoziare i contenuti dei contratti con gli sviluppatori dei vaccini, per poi riferirne i contenuti al Comitato direttivo.

Sostanzialmente i colloqui esplorativi con i produttori dei vaccini per determinare se vi sono fondate ragioni per avviare trattative contrattuali dettagliate e l'even-

dai produttori; nello specifico ha mobilitato ingenti risorse economiche, circa 2,7 miliardi di euro, destinandole alle imprese farmaceutiche affinché le stesse potessero farsi carico delle ricerche e delle strutture produttive.

Secondo lo schema previsto, alla stipula dei contratti preliminari di acquisto le case farmaceutiche ricevono una prima somma di denaro adeguata per far fronte alla produzione dei vaccini; nel momento in cui l'antidoto ottiene l'autorizzazione, la somma predetta viene imputata come anticipo sul prezzo della fornitura.

²⁵ È importante ricordare che gli Stati membri si sono impegnati a non avviare trattative con le aziende farmaceutiche con le quali sono in corso i negoziati condotti dalla Commissione europea. Pertanto “(...) the Member States having made use of the opt-out provided under the present Agreement can enter into separate negotiations with the same manufacturer only after the APA has been signed” (*ex art. 7 del citato annesso*).

²⁶ La Germania, la Francia, l'Italia e i Paesi Bassi hanno ottenuto di poter far parte del JNT in cambio dell'abbandono della c.d. Alleanza.

tuale accordo base – quello che viene definito un *term sheet* – sono di competenza del JNT, mentre gli elementi definitivi devono essere discussi, concordati e decisi dal Comitato direttivo, incaricato anche di assistere e di fornire orientamenti durante tutto il processo di valutazione, oltre che di discutere e di rivedere gli aspetti dei contratti prima della firma.

La Commissione europea ha sottoscritto APAs con BioNTech e Pfizer (11 novembre 2020); Moderna (25 novembre 2020); AstraZeneca (14 agosto 2020); Johnson&Johnson (7 ottobre 2020).

Inoltre sono stati conclusi due pre-accordi con Sanofi-GSK (contratto del 18 settembre) e CureVac (contratto del 19 novembre), i cui vaccini verranno acquistati una volta che otterranno l'autorizzazione da parte della Commissione in seguito al parere obbligatorio dell'EMA, che ne avrà valutato la sicurezza, l'efficacia e la qualità.

Non meno importanti sono i colloqui esplorativi avviati con Novavax e con Valneva.

4. A causa dell'emergenza sanitaria pubblica, lo sviluppo dei vaccini anti Covid-19 e il processo relativo alla loro autorizzazione hanno subito un'accelerazione: la natura della pandemia e l'esistenza di un'emergenza globale hanno infatti comportato un forte supporto politico e la concentrazione di esperti, nonché di fondi economici per accelerare nuove ricerche, tutti elementi la cui combinazione ha permesso di ridurre i tempi normalmente necessari per lo sviluppo degli altri antidoti²⁷.

Nel caso della valutazione dei vaccini per il Covid-19, fondamentale è la procedura di revisione continua per i farmaci ossia la c.d. *rolling review*, chiamata anche “revisione ciclica”, uno strumento che, nell'ambito dell'EMA *plan for emerging health threats*, l'Agenzia utilizza per accelerare la valutazione di un farmaco promettente durante un'emergenza di salute pubblica, supportata in tal caso dalla Covid-19 EMA *Pandemic Task Force*²⁸.

Il CHMP analizza i dati non appena diventano disponibili dagli studi in corso, ossia prima della presentazione formale della domanda completa per ottenere l'autorizzazione all'immissione in commercio; in seguito alla revisione progressiva, una volta che il Comitato stabilisce che i dati ricevuti sono sufficienti, è prevista

²⁷ Lo sviluppo di un vaccino *standard* è un processo lungo che si dipana attraverso diverse fasi sequenziali: vengono eseguiti studi per determinare una formula adeguata, ottimizzando il processo di produzione; viene sviluppata una strategia di controllo della qualità, che esamina in dettaglio i singoli componenti dei vaccini, la formulazione finale da utilizzare e l'intero processo di fabbricazione; vengono poi svolti test preclinici, seguiti da test clinici sull'uomo condotti in tre fasi, ognuna con un numero maggiore di volontari.

Nel caso dello sviluppo dei vaccini anti Covid-19 le tempistiche sono state sensibilmente ridotte: mentre solitamente i test sono seguiti dall'approvazione e solo in seguito dalla produzione e dalla distribuzione, nel caso dei vaccini anti Covid-19 test e produzione avvengono quasi simultaneamente, seguiti dall'approvazione e dalla distribuzione.

La riduzione delle tempistiche non è tuttavia paragonabile a quanto avvenuto negli Stati Uniti, in cui esiste a livello federale la c.d. EUA (*Emergency Use Authorization*), che consente l'uso temporaneo di un medicinale a determinate condizioni purché si verifichino circostanze di emergenza.

²⁸ Per una valutazione delle iniziative assunte dall'EMA si veda V. SALVATORE, *La ricerca di soluzioni diagnostiche e terapeutiche per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19. Il ruolo propulsivo dell'Agenzia europea per i medicinali: profili giuridici e regolatori*, in *DPCE Online*, 2020, p. 2309 ss.

da parte dell'azienda farmaceutica la presentazione della richiesta di autorizzazione all'immissione in commercio.

È importante sottolineare che l'accelerazione delle tempistiche non compromette la qualità delle sperimentazioni e non inficia la sicurezza dei prodotti, sia perché tale velocizzazione può beneficiare dell'applicazione della vasta conoscenza sulla produzione acquisita con quelli già esistenti, sia perché, come visto poc' anzi, la legislazione farmaceutica dell'UE pretende che qualsiasi medicinale sia parametrato su tre fattori chiave – ossia *sicurezza, qualità, efficienza* e approvato solo qualora la valutazione scientifica abbia dimostrato che i benefici complessivi superano i rischi.

Per quanto concerne i vaccini per il Covid-19, a seguito della valutazione accurata da parte del CHMP dei dati sulla qualità, sulla sicurezza e sull'efficacia, esso ha suggerito per *consensus* all'EMA di raccomandare la concessione di un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei seguenti antidoti: Comirnaty, meglio noto come Pfizer e BionTech (21 dicembre 2020); Moderna (6 gennaio 2021); AstraZeneca (29 gennaio 2021) e Janssen (11 marzo 2021), con la precisazione che un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata garantisce che il medicinale approvato soddisfa i rigorosi *standard* dell'UE in materia di sicurezza, efficacia e qualità ed è prodotto e controllato in strutture approvate e certificate in linea con elevati *standard* farmaceutici compatibili con la commercializzazione su larga scala, ma che necessita di ulteriori controlli post-autorizzazione necessari al completamento del quadro farmaceutico²⁹.

La Commissione europea ha dunque successivamente concesso un'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei seguenti antidoti: 1) vaccino sviluppato da BioNTech e Pfizer, con brevetto USA-Germania: contratto dell'11 novembre 2020, domanda avanzata all'EMA l'1 dicembre 2020, raccomandazione EMA per autorizzazione e decisione della Commissione del 21 dicembre 2020; 2) vaccino sviluppato da Moderna, con brevetto USA: contratto del 25 novembre 2020, domanda avanzata all'EMA il primo dicembre 2020, raccomandazione EMA per autorizzazione e decisione della Commissione del 6 gennaio 2021; 3) vaccino sviluppato da AstraZeneca, con brevetto Regno Unito-Svezia: contratto del 14 agosto 2020, domanda avanzata all'EMA il 12 gennaio 2021, raccomandazione EMA per autorizzazione e decisione della Commissione del 29 gennaio 2021; 4) vaccino sviluppato da Johnson&Johnson, con brevetto USA: contratto del 7 ottobre 2020, domanda avanzata all'EMA il 16 febbraio 2021, raccomandazione EMA per autorizzazione e decisione della Commissione dell'11 marzo 2021.

5. La risposta ad una crisi globale non può prescindere dalla cooperazione su larga scala. La strategia dell'UE di un approccio comune per i vaccini pareva essere vincente e sicuramente la sua opera è stata significativa, quanto meno perché l'UE ha deciso di muoversi sul piano internazionale apparentemente come attore unico; tuttavia numerosi sono i passaggi poco chiari, e pertanto l'Unione europea non può andare esente da critiche.

²⁹ A giugno 2021 risultano essere sotto la valutazione del CHMP il CVnCoV della CureVac AG (inizio della *rolling review* il 12 febbraio 2021); il NVX-CoV2373 della Novavax CZ AS (inizio della *rolling review* 3 febbraio 2021); lo Sputnik V sviluppato dal Centro epidemiologico e microbiologico nazionale della Russia (inizio della *rolling review* il 4 marzo 2021).

In una pandemia il vaccino diventa un bene prezioso del quale tutti gli stati vanno alla ricerca. Nell'ambito della sua strategia, come anticipato, l'Unione europea ha deciso di condurre un'azione comune e la Commissione si è prodigata per finanziarne la ricerca e per assicurarne la produzione in una quantità significativa, concludendo essa stessa accordi preliminari con i singoli produttori di vaccini per conto degli Stati membri, al fine di assicurare a tutta la popolazione europea un accesso tempestivo e a prezzi abbordabili, guidando nel contempo anche lo sforzo di solidarietà a livello globale.

Purtroppo il processo si è rivelato più complesso e vischioso del previsto, inizialmente per le non contestabili tempistiche richieste e necessarie per consentire l'autorizzazione all'immissione in commercio; in seguito perché i produttori di vaccini hanno improvvisamente iniziato ad annunciare unilateralmente, e dunque imporre, ritardi nelle consegne rispetto ai programmi concordati³⁰, ponendo questo problema non come un evento straordinario, ma che si sarebbe ripetuto nel corso del tempo, con pesanti ripercussioni sui piani vaccinali degli Stati, costituendo ciò una potenziale minaccia alla sicurezza dei cittadini europei, già compromessa da oltre un anno di pandemia.

Il primo tentativo di tutela da parte europea risale ai primi mesi del 2021, quando la Commissione europea decise che a partire dal 30 gennaio 2021 e fino al 30 giugno 2021 le compagnie farmaceutiche con le quali l'Unione europea aveva concluso gli APAs avrebbero dovuto chiedere l'autorizzazione prima di poter esportare vaccini anti Covid-19 e i loro componenti verso Stati extra UE³¹.

Il meccanismo prevedeva pochi e semplici passaggi: proposizione della richiesta di esportazione da parte delle aziende farmaceutiche alle competenti autorità degli Stati membri; notifica alla Commissione da parte degli Stati membri sia della richiesta ricevuta, sia del progetto di decisione; valutazione della Commissione entro il giorno successivo e formulazione di un parere motivato indirizzato all'autorità competente; in accordo con il parere espresso dalla Commissione, decisione degli Stati membri circa l'autorizzazione all'*export*.

Nell'intento di migliorare la procedura poc'anzi delineata, la Commissione europea ha integrato il meccanismo introducendo i principi di reciprocità – ossia valutare se il Paese di destinazione limita le proprie esportazioni di vaccini o delle relative materie prime verso l'UE³² – e di proporzionalità – ossia se le condizioni

³⁰ Nel primo trimestre del 2021 AstraZeneca ha fornito 2.474.000 di dosi rispetto alle 5.352.500 concordate; Pfizer 6.610.500 contro le 9.112.748; Moderna 493.000 al posto di 1.330.000.

Circa le controversie sorte nello specifico con AstraZeneca, si veda S. HUGO, *Understanding the European Commission's dispute with AstraZeneca*, 24 marzo 2021, reperibile *online*; P. MANZINI, *Brevi note sulla controversia relativa alla fornitura del vaccino AstraZeneca*, in *I Post di AISDUE*, 2021, p. 1 ss., reperibile *online*.

³¹ Si vedano il regolamento di esecuzione 2021/111 e 2021/442, entrambi della Commissione.

³² Il riferimento è, ovviamente, alla posizione del Regno Unito e, soprattutto, degli USA, le cui parole della portavoce della Casa Bianca sono state significative: "Gli Stati Uniti hanno ricevuto richieste da altri Paesi del mondo, ma non ne hanno onorata nessuna perché la priorità è vaccinare gli americani". Se è innegabile che la posizione di chiusura adottata dal Regno Unito e dagli USA rispecchia un atteggiamento egoistico, è altrettanto doveroso riconoscere che l'Unione europea è rimasta indietro rispetto a Regno Unito e Stati Uniti per quanto concerne i finanziamenti anticipati per sostenere la ricerca, lo sviluppo e l'ampliamento degli impianti di produzione. In particolare, secondo la società di analisi londinese Airfinity, in totale i due Paesi hanno speso circa sette volte in più in anticipo, pro capite, per lo sviluppo, l'approvvigionamento e la produzione dei vaccini rispetto al blocco europeo.

vigenti nel Paese di destinazione sono migliori o peggiori di quelle dell'Unione, in particolare per quanto concerne la situazione epidemiologica, il tasso di vaccinazione e l'accesso ai vaccini – quali nuovi elementi sui quali parametrare la decisione circa l'autorizzazione alle esportazioni³³.

Il primo, e al momento unico, caso di blocco all'esportazione è da ricondurre al Governo italiano, il quale, sostenuto dal silenzio-assenso della Commissione, ad inizio marzo 2021 ha assunto e comunicato la decisione di bloccare l'esportazione di 250.000 dosi del vaccino AstraZeneca prodotte ad Anagni (Lazio) e che erano dirette in Australia, attribuendo tale scelta alla mancanza di un bisogno urgente nel Paese destinatario, che poteva essere considerato relativamente libero dal virus, oltre che alla carenza di antidoti in Europa e alla conseguente necessità di dover garantire una sufficiente quantità di dosi alla popolazione europea.

Si scorge una chiara analogia con quanto accaduto nel mese di marzo del 2020, periodo nel quale il bene prezioso non erano ancora i vaccini, quanto piuttosto i dispositivi di protezione individuale (DPI), essenziali per prevenire la diffusione del contagio e per salvaguardare la salute di tutti, in particolare del personale sanitario.

Il 14 marzo 2020 la Commissione adottò infatti il regolamento di esecuzione 2020/402 con cui prevedeva che fino al 26 aprile 2020 l'esportazione dei DPI, indipendentemente dal loro essere o meno prodotti europei, dovesse essere oggetto di autorizzazione da parte delle autorità competenti degli Stati membri, ove destinata a Stati non membri dell'Unione, al fine di prevenire un depauperamento delle scorte.

In tal evenienza la concessione poteva essere rilasciata solo nel caso in cui l'esportazione non avesse comportato una minaccia al fabbisogno di DPI dello Stato o dell'Unione e fosse indirizzata verso particolari zone di crisi umanitaria. L'art. 2, par. 3, del regolamento di esecuzione comprendeva un elenco non esaustivo di considerazioni di cui tenere conto nel decidere se un'autorizzazione di esportazione potesse essere rilasciata, le quali riguardavano, tra l'altro, il sostegno alle attività dell'OMS, il sostegno a risposte coordinate a livello dell'UE a situazioni di crisi o la richiesta di assistenza da parte di Paesi terzi o organizzazioni internazionali, comprese le forniture di emergenza necessarie alle organizzazioni umanitarie non governative³⁴.

³³ L'emanazione del relativo regolamento di esecuzione 2021/521 della Commissione è stata accompagnata dal commento della Presidente della Commissione europea: “L'UE è orgogliosa di essere patria di produttori di vaccini che non soltanto forniscono i loro vaccini ai cittadini dell'UE, ma li esportano in tutto il mondo. Mentre i nostri Stati membri si trovano ad affrontare la terza ondata della pandemia e non tutte le imprese stanno dando esecuzione ai contratti, l'UE è l'unico grande produttore dell'OCSE che sta continuando ad esportare vaccini su larga scala in decine di Paesi. Ma le porte dovrebbero essere aperte in entrambi i sensi. Per questo motivo la Commissione europea introdurrà i principi di reciprocità e proporzionalità nel meccanismo di autorizzazione dell'UE. L'UE dispone di un portafoglio eccellente di vaccini diversi e si è assicurata dosi più che sufficienti per l'intera popolazione. Ma dobbiamo fare in modo che le consegne dei vaccini ai cittadini dell'UE siano tempestive e i quantitativi adeguati. Ogni giorno conta”.

³⁴ Per un'analisi della disciplina emergenziale della UE sul regime delle esportazioni e della sua compatibilità con il sistema dell'OMC si veda E. BARONCINI, *L'emergenza Covid-19: l'approccio dell'Unione Europea alle restrizioni all'esportazione e al rinnovamento della “governance” degli scambi internazionali per gli “healthcare products”*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *op. cit.*, p. 311 ss. Si veda inoltre L. PANTALEO, *La libera circolazione dei prodotti farmaceutici e sanitari all'interno dell'Unione europea. Riflessioni a margine della pandemia da Covid-19*, *ivi*, p. 355 ss.

Se è vero, come detto ad inizio paragrafo, che in una pandemia il vaccino diventa un bene prezioso del quale tutti vanno alla ricerca e se è altrettanto vero che l'elevata richiesta mette obiettivamente in seria difficoltà le case farmaceutiche nel riuscire a coprire fabbisogni e onorare accordi, è altrettanto innegabile che l'annuncio dell'avvio della causa legale nei confronti di AstraZeneca da parte della Commissione per conto proprio e per conto dei 27 Stati membri dinanzi alla competente Corte belga, invocando la violazione dell'accordo di acquisto anticipato, non basta a rischiarare l'opacità che ha caratterizzato l'azione della Commissione nel suo complesso – peraltro rilevata anche dal Mediatore europeo³⁵ – e che ha persino indotto la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ad avanzare le proprie scuse ai cittadini europei, asserendo che quanto accaduto “è anche un fallimento del modo in cui Bruxelles pensa e lavora, che è molto burocratico (...)”, e il Vicepresidente Timmermans ad ammettere l'esistenza di “errori nelle ordinazioni a Bruxelles”.

Vari sono gli aspetti in relazione ai quali il sistema di approvvigionamento non ha brillato, tra i quali ne emergono due in modo preponderante.

In primo luogo, dal contenuto degli accordi di acquisto anticipato³⁶ è possibile evincere la presenza di clausole che tutelano eccessivamente l'impresa rispetto ad eventuali consegne tardive, con grave pregiudizio degli Stati³⁷.

Ciò che però si ritiene abbia influenzato in modo negativo è stata la creazione del *pattern* Commissione europea-Stati membri, che ha comportato un'eccessiva burocratizzazione dell'intero percorso e dunque un consistente rallentamento nella sottoscrizione dei contratti. In tal senso sono significative le parole del CEO di Moderna Stephane Bancel, il quale, nel mese di novembre, ha affermato che la complessità nelle trattative europee, dovute all'intreccio Commissione europea-27

³⁵ Questi, intervenuto frequentemente per indagare sul trattamento opaco da parte della Commissione europea circa le informazioni sulla sottoscrizione dei contratti per i vaccini anti Covid-19, ha ricordato all'Istituzione la necessità di rispettare gli obblighi che sulla stessa incombono in materia di trasparenza.

³⁶ Il riferimento è principalmente all'accordo stipulato con la società maggiormente interessata dai ritardi, ossia AstraZeneca, parzialmente pubblicato ed intriso di *omissis*, nonché espunto delle informazioni cosiddette sensibili, scelta dettata, secondo quanto comunicato dalla Commissione europea, dalla necessità non solo di non compromettere la natura altamente competitiva di questo settore, ma anche di proteggere le negoziazioni sensibili e le informazioni relative all'attività, quali, ad esempio, quelle finanziarie, nonché i piani di sviluppo e di produzione.

³⁷ In particolare il punto 8.2 del sopra citato accordo, in corrispondenza del quale si legge: “In case of non-delivery or late delivery past the firm delivery date, the obligation of payment will be suspended. the obligation of payment will resume once the delivery has been completed. in that case the Commission and/or the Member States will notify AstraZeneca in writing of such late payment and the reason thereof” e il punto 15.1: “The commission and each of the participating member states each within their respective competencies, on behalf of itself, waive and release any claim against AstraZeneca arising out of or relating to: (...) (e) delays in delivery of the Vaccine under this Agreement”.

Potrebbe esservi un terzo elemento criticabile, ossia la lentezza nell'approvazione dei vaccini, nonostante le accelerazioni impartite rispetto alla legislazione normale, come può emerge da un semplice confronto: il Regno Unito ha fornito un'approvazione temporanea al vaccino Pfizer il 2 dicembre 2020, basandosi semplicemente sui dati dello studio della “rolling review” ricevuti il 23 novembre 2020. L'EMA ha iniziato la propria “rolling review” del vaccino il 6 ottobre 2020 e ha fornito l'approvazione per il vaccino 21 dicembre 2020.

Tuttavia, a parere di chi scrive, non può e non deve essere un elemento sul quale innescare una polemica la prudenza nel fornire l'autorizzazione all'immissione in commercio, che può essere ottenuta solo laddove i medicinali risultino efficaci, di qualità e, soprattutto, sicuri.

Stati membri, rendeva il percorso lento, con la conseguenza che: “It is clear that with a delay this is not going to limit the total amount, but it is going to slow down delivery”.

Quando si affidano compiti speciali in situazioni emergenziali raramente si tiene conto, data l'urgenza, delle competenze specialistiche necessarie nel soggetto incaricato. La Commissione è entrata, spinta da eventi imprevedibili e incontrollabili, in un'area dove era priva di esperienza, in seguito dimostrando di non aver tenuto conto di fattori fondamentali e di non aver saputo progettare in modo adeguato l'approvvigionamento dei vaccini.

Tuttavia, come sempre quando si trova ad affrontare problematiche così complesse, non può mai esservi un'unica spiegazione; si ritiene pertanto corretto affermare che abbia contribuito anche l'attuale assetto istituzionale, sotto il duplice aspetto della mancanza di competenze incisive in materia di salute in capo all'UE e, parallelamente, della resistenza degli Stati membri all'abdicare dalle proprie prerogative, pretendendo e ottenendo di partecipare al processo negoziale, costringendo la Commissione a trattare non solo con le imprese produttrici, ma anche con i singoli Stati membri, rallentando il coordinamento.

È del tutto evidente il cortocircuito creatosi: si è voluta creare una struttura che si è in parte sostituita ed in parte affiancata a quelle statuali, senza però averne le competenze specifiche e senza che gli Stati a loro volta rinunciassero realmente al potere dagli stessi gelosamente custodito.

Non si può infine non tener conto di un ulteriore aspetto, che meriterebbe altrettanta approfondita valutazione da parte di tutti gli *stakeholders* coinvolti: di fronte alla scarsa disponibilità di dosi, l'UE non ha potuto fare altro che attenuare l'umanesimo e la solidarietà che caratterizzano la sua essenza, introducendo una normativa sulla limitazione delle esportazioni verso gli Stati terzi che non solo potrebbe in futuro essere il germoglio di attriti diplomatici, ma che stride anche con l'appoggio da parte del c.d. “Team Europe” (Unione europea, Stati membri e Istituzioni europee finanziarie) a *COVAX Covid-19 Global Vaccine Access*, iniziativa internazionale avviata nel mese di giugno 2020 allo scopo di accelerare lo sviluppo e la produzione dei vaccini anti Covid-19, garantendo un accesso giusto ed equo a tutti i Paesi del mondo e ciò attraverso un impegno finanziario dell'UE stimato in 2.2 bilioni di euro.

A tal proposito andrebbe oltre lo scopo del presente lavoro un'analisi approfondita del dibattito in corso a livello politico tra gli Stati circa un eventuale sospensione dei brevetti sui vaccini Covid-19, le cui posizioni contrastanti sono conosciute: se da un lato vi è chi considera il vaccino un “bene comune”, dall'altro vi è chi, in modo tanto duro quanto realistico, ritiene che una scelta in tale direzione provocherebbe un arretramento della ricerca da parte delle case farmaceutiche.

È stato il Presidente degli USA Biden a rilanciare, all'inizio del mese di maggio 2021, tale proposta di sospensione al mondo intero, sottolineando come la sua amministrazione sia impegnata attivamente in questo senso nei negoziati in corso al WTO³⁸.

³⁸ Per una valutazione dei provvedimenti adottati nella fase di risposta all'emergenza sanitaria nel quadro del diritto OMC si veda G. ADINOLFI, *A tale of two crises: quali risposte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla pandemia da Covid-19?*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss. Si veda anche G. SACERDOTI, *Quo Vadis WTO after the Covid-19 Crisis?*, *ivi*, p. 47 ss.

Allo scopo di contestualizzare la presa di posizione del Presidente Biden, mette conto rammentare come il 2 ottobre 2020, India e Sudafrica³⁹ abbiano sottoposto all'OMC una proposta congiunta di deroga, in virtù dell'art. IX, commi 3 e 4 dell'Accordo di Marrakesh, ai brevetti e agli altri diritti di proprietà intellettuale in relazione, oltre che ai vaccini Covid-19, anche ai farmaci e ai dispositivi diagnostici e di protezione personale, nonché alle altre tecnologie medicali per tutta la durata della pandemia.

Il Consiglio dei TRIPS ha discusso in diverse riunioni l'iniziativa di India e Sudafrica. La proposta è sostenuta da più di cento Stati OMC, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, oltre che da diverse centinaia di ONG. Si tenga presente che al WTO la delibera in questione richiede una maggioranza dei due terzi dei 164 Paesi membri⁴⁰.

Successivamente, il 21 e il 22 maggio 2021, in occasione del *Global Health Summit*, ossia l'evento principale del turno di Presidenza italiana del G20, quest'ultima ha sostenuto la necessità di un "nuovo umanesimo" che si è concretizzato nei 16 principi della "dichiarazione di Roma". Il Presidente Mario Draghi ha sostenuto la proposta di introdurre la sospensione dei brevetti sui vaccini Covid-19, "in modo mirato, limitato nel tempo e che non metta a repentaglio l'incentivo ad innovare per le aziende farmaceutiche.". La Presidenza italiana ha così ripreso la proposta di sospensione dei brevetti all'esame del WTO, per perseguire l'obiettivo di una vaccinazione globale, sostenibile, equa ed efficace.

Peraltro il Presidente ha giustamente posto in evidenza che tale sospensione non è sufficiente in quanto non garantisce che i Paesi a basso reddito siano effettivamente in grado di produrre i propri vaccini, occorrendo sostenere tali Paesi finanziariamente e con competenze specializzate. Non si tratta infatti solo di trasferire i brevetti, ma altresì di trasferire le tecnologie necessarie, specie quelle per la produzione dei vaccini su base mRNA. Il Presidente del Consiglio italiano, Mario Draghi, ha anche posto in rilievo come l'Unione europea abbia esportato circa 200 milioni di dosi di vaccini Covid-19 in novanta Paesi, circa la metà della sua produzione totale, e ha esplicitamente esortato tutti gli Stati ad operare in tale modo.

Nella stessa occasione è intervenuta anche la Presidente della Commissione Europea Ursula von der Leyen, che ha annunciato di voler avanzare una propria proposta ad inizio giugno al WTO sulla condivisione dei brevetti, in linea con le idee dalla stessa espresse e tenendo conto della dichiarazione di Doha del 2001 sulle licenze obbligatorie. Tre gli elementi centrali su cui si dipanerebbe la proposta europea: agevolazioni commerciali, sostegno ad una maggiore produzione, chiarimento e semplificazione nell'utilizzo di licenze obbligatorie in tempi di crisi.

La stessa Presidente ha poi aggiunto che per combattere la pandemia in modo efficace, "non bastano le donazioni di vaccini, ma nel lungo periodo servono stabilimenti produttivi. Per questo verrà investito un miliardo di euro per realizzare hub regionali in diverse parti del continente africano, infrastrutture produttive, con la partecipazione delle compagnie farmaceutiche che condivideranno la conoscenza e

³⁹ Si veda la *Communication from India and South Africa*, 2 ottobre 2020, reperibile *online*.

⁴⁰ Si veda M. DELLI SANTI, *Vaccini "beni comuni"? Verso la sospensione dei brevetti al WTO. Per raggiungere la vaccinazione globale da Covid-19 è stata sollecitata la deroga alle norme sulla proprietà intellettuale previste dell'Accordo di Marrakesh*, 27 maggio 2021, reperibile *online*.

i brevetti. Si tratta anche di portare la tecnologia dell'mRNA in Africa: questo è il passaggio più importante”.

Vi è da rilevare che il sistema delle licenze obbligatorie attualmente proposto dalla Commissione, insieme agli altri sopra indicati, esprime un *minus* rispetto alla proposta, più radicale, avanzata dal Presidente Biden, della sospensione temporanea dei brevetti⁴¹.

Per quanto concerne le licenze obbligatorie il riferimento deve essere all'art. 31 dell'Accordo TRIPS, che deroga al diritto esclusivo del titolare del brevetto prevedendo, appunto, le dette licenze obbligatorie.

L'istituto mira a riconoscere che i Paesi in via di sviluppo necessitano di tutele *ad hoc* in caso di emergenze sanitarie, prevedendo una disciplina che renda gli interessi della collettività, il diritto alla salute e quindi l'accessibilità ai farmaci prevalenti rispetto alla proprietà brevettuale. Si prevede così una deroga al diritto di esclusiva del titolare del brevetto, consentendo che taluni Stati membri sfruttino l'invenzione senza il consenso del titolare. Le licenze obbligatorie quindi possono essere concesse per casi particolari e solo in relazione ad una certa privativa.

Appare evidente che, rispetto alla sospensione dei brevetti, la licenza obbligatoria rappresenta un rimedio meno efficace, in quanto può essere concesso di volta in volta a singoli Paesi e solo in seguito ad una specifica procedura ed è comunque condizionato e pertanto non si adatta alle esigenze connesse all'attuale situazione di pandemia che ha carattere mondiale e che dunque non richiede interventi selettivi quanto piuttosto globali.

Se si esamina la dichiarazione di Roma si nota come nel settimo principio si dichiara l'intendimento di sostenere gli accordi sulle licenze commerciali che consentano il trasferimento di tecnologia e *know-how* su basi volontarie e a condizioni concordate. Sembra accentuata una posizione preferenziale per soluzioni condivise piuttosto che imposte dalle deroghe eccezionali alle regole commerciali internazionali sui brevetti, pur previste dalle norme internazionali. Non è quindi ancora chiaro quale sarà la soluzione internazionalmente alla fine prevalente.

6. La legislazione europea prevede che un medicinale venga autorizzato solo ed esclusivamente se risponde alle tre caratteristiche della sicurezza, della qualità e della efficacia e solo se i suoi benefici sono superiori ai rischi che si vogliono mitigare.

Al momento dell'approvazione dei vaccini anti Covid-19, il principale banco di prova per la sicurezza e l'efficacia proviene da studi clinici che, per quanto controllati e randomizzati, possono tuttavia avere alcuni effetti collaterali rari o molto rari che possono emergere solo dopo che milioni di persone hanno ricevuto le dosi.

La farmacovigilanza pertanto ha ricoperto e sta ricoprendo un ruolo fondamentale. Il relativo piano, imperniato sulla comunicazione e sull'analisi dei dati medico-scientifici, definisce il modo in cui l'EMA, i suoi Comitati scientifici, in

⁴¹ E. SYLVERS, *EU Tepid on Biden Call to Waive Intellectual Property Rights for Covid-19 Vaccines Bloc Says Exporting More Doses Would Aid Struggling Nations Faster*, 8 maggio 2021, reperibile online, rileva come: “German Chancellor Angela Merkel also rejected the idea of waiving Covid vaccine patents. She said a waiver wouldn't make more vaccine doses available and countries should protect “the power of innovation” and patent protections. Germany is home to BioNTech SE, which co-developed a vaccine with Pfizer Inc., and CureVac NV, which is running clinical trials for a Covid vaccine”.

particolare il PRAC e il CHMP, le autorità nazionali competenti degli Stati membri e i titolari delle autorizzazioni all'immissione in commercio devono cooperare nella conduzione delle attività di sorveglianza al fine di identificare e di valutare qualsiasi nuova informazione, utile e necessaria ad arricchire le informazioni circa il rapporto rischio-beneficio.

I problemi maggiori si sono posti relativamente al vaccino AstraZeneca, il cui brevetto è di proprietà anglo-svedese, rispetto al quale si può parlare di una vera e propria "vicenda" che ruota attorno a casi di trombosi che si sospettava potessero essere state innescate dall'inoculazione del vaccino.

La sua somministrazione è stata inizialmente sospesa l'11 marzo 2021 dalla Danimarca, seguita da altri Stati, tra i quali anche l'Italia⁴². Ne è ovviamente seguito un serrato lavoro da parte del PRAC, il quale, in seguito ad una valutazione scientifica del prodotto tramite l'analisi dei dati trasmessi per verificare un possibile nesso di causa-effetto tra le vaccinazioni e gli effetti collaterali, il 18 marzo 2021 ha statuito che i benefici del vaccino AstraZeneca nella prevenzione del Covid-19, con il rischio associato di ospedalizzazione e morte, superano i rischi di effetti collaterali⁴³.

Successivamente, il 7 aprile 2021, il PRAC – dopo aver valutato 62 casi di trombosi cerebrale e 24 casi di trombosi nell'addome, registrati nella banca dati *EudraVigilance* fino al 22 marzo 2021, su un totale di circa 25 milioni di dosi di vaccino somministrate – si è nuovamente pronunciato, affermando l'esistenza di un possibile collegamento con casi molto rari di trombi inusuali, associati a bassi livelli di piastrine, ma comunque continuando a confermare con certezza che il rapporto rischio-beneficio complessivo rimane positivo.

Nonostante le posizioni espresse dall'EMA e dall'OMS in favore del suo utilizzo, il 14 aprile 2021 la Danimarca ha annunciato il suo blocco definitivo al vaccino AstraZeneca, decisione che però, come espresso dal direttore dell'Agenzia Soeren Brostrom, non sarebbe stata assunta nel caso in cui il Paese si fosse trovato in una situazione differente e con il sistema sanitario sotto pressione.

Tale vicenda, relativa alla sospensione del vaccino AstraZeneca, il cui blocco ha pesato sulla campagna di immunizzazione, non è meno grave rispetto ai problemi incontrati nella sottoscrizione dei contratti.

Si badi bene, non si stanno contestando le dovute, aspettate e pretendibili variazioni di posizione da parte dell'EMA, da ritenersi necessarie e frutto di valutazioni scientifiche. Ciò che lascia perplessi è che, se è innegabile che la decisione di sospendere la somministrazione di un vaccino rientra nelle prerogative delle autorità nazionali preposte, è tuttavia francamente poco comprensibile la discrasia esistente nel meccanismo europeo, che permette l'applicazione della c.d. procedura centralizzata in entrata, ma che contemporaneamente prevede la possibilità di bloccare unilateralmente un vaccino, nonostante l'autorità europea deputata al controllo dei medicinali ritenga incontrovertibilmente che i possibili e monitorati effetti collaterali non modificano il fatto che i benefici sono maggiori dei rischi, con tutte le

⁴² Oltre a Svezia, Lettonia, Austria, Francia, Italia e Germania. Peraltro in aperta antitesi rispetto alla Gran Bretagna che, sulle allora 18 milioni di vaccinazioni AstraZeneca, non vede alcun nesso causale tra vaccino e effetti collaterali tali da ritenere i benefici inferiori ai rischi del Covid-19.

⁴³ Per completezza è utile riferire che a seguito del pronunciamento del PRAC, il CHMP ha provveduto a valutare rapidamente eventuali modifiche necessarie e relative alle informazioni connesse al prodotto.

conseguenze che ciò comporta, in particolare in termini di efficacia della campagna vaccinale e nonostante sia stata istituita la Covid-19 EMA *Pandemic Task Force* il cui ruolo è proprio quello di aiutare gli Stati membri e la Commissione ad intraprendere un'azione normativa rapida, ma soprattutto coordinata sullo sviluppo, l'autorizzazione e il monitoraggio della sicurezza dei medicinali destinati al trattamento e alla prevenzione da Covid-19.

Traendo esempio da quanto accaduto, sarebbe forse opportuno modificare la normativa europea esistente, prevedendo l'impossibilità di una sospensione unilaterale di un medicinale che abbia ricevuto l'autorizzazione all'immissione in commercio e che non incontri l'opposizione dell'EMA.

In relazione a questa precisa vicenda merita un giudizio negativo anche la correlata gestione comunicativa, che è apparsa priva di razionalità: la bulimia di notizie talvolta incomplete, talvolta distorte o troppo precipitose, oscillanti tra lo sminuire il problema e il trasmettere un senso di emergenza, non solo ha generato nei cittadini uno stato di ansia e di incomprensione⁴⁴, ma ha anche rafforzato la sensazione di totale incertezza da parte delle istituzioni, tanto europee quanto nazionali, e di mancato coordinamento tra le stesse in una situazione in cui invece i cittadini hanno bisogno di punti fermi e in un momento storico in cui la fiducia del cittadino ricopre un ruolo di massima importanza nell'affrontare la crisi.

Colpisce il limitato coinvolgimento dell'European Center for Disease Prevention and Control (ECDC)⁴⁵, soprattutto per quanto concerne la promozione di una comunicazione coerente, in grado di respingere il sentimento anti-vaccino e di favorire la concretizzazione di un piano vaccinale omogeneo.

Basti pensare che nel documento intitolato “Mantenere l'Europa in buona salute. L'ECDC in azione”⁴⁶ si legge che nel caso in cui scoppiasse una pandemia – e lo scenario più plausibile era già stato previsto fosse quello di un'influenza pandemica scoppiata in un Paese non europeo – per tutta la durata della stessa l'ECDC si occuperebbe della collazione dei dati di sorveglianza a livello europeo e “(...) trasmetterebbe informazioni rapide sugli sviluppi della situazione, collaborando con la Commissione europea, gli Stati membri e altri partner per promuovere la coerenza nelle comunicazioni dei rischi rappresentati dalla pandemia e per valutare l'efficacia delle misure di controllo intraprese”.

7. Dopo ogni crisi vissuta a livello euro-unitario, il *leitmotiv* costante è stato “ci vuole più Europa”, ora nuovamente riaffiorato, essendo il Covid-19 un test rivoluzionario per l'unità europea, proprio poco tempo dopo l'avvento della Brexit⁴⁷.

⁴⁴ Basti pensare che il Ministero della salute tedesco, nel sospendere AstraZeneca, ha seguito l'indicazione del Paul Ehrlich Institut, che in via precauzionale consigliava “ulteriori approfondimenti” in relazione ai nuovi casi di trombosi che si sono verificati, mentre nei giorni appena precedenti proprio Berlino aveva invece aspramente criticato lo stop danese e finlandese.

⁴⁵ Ente costituito tramite il regolamento 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, con l'intenzione di rafforzare le difese dell'Europa contro le malattie infettive e, ove possibile, anche di uniformare le politiche anti-pandemiche.

⁴⁶ Reperibile *online*.

⁴⁷ Si veda E. TRIGGIANI, *L'Unione europea alla sfida decisiva*, in *AISDUE, Dibattito “Coronavirus e diritto dell'Unione”*, n. 2, 15 aprile 2020, reperibile *online*, in particolare p. 9: “La storia dell'integrazione europea ha evidenziato che i suoi processi di crescita sono emersi proprio dopo gravi crisi prodottesi al suo interno (...)”.

Tra tante, esemplificative sono le parole della Presidente della Commissione Ursula von der Leyen: “Non possiamo aspettare la fine della pandemia per riparare i danni e pensare al futuro. Porremo le basi per un’Unione europea della salute più forte, in cui 27 Paesi possano lavorare insieme per individuare le minacce, prepararsi e avviare una risposta *collettiva*”.

La domanda che ci si deve porre è se questa prospettiva è realistica, se davvero l’intervento dell’Unione europea per la pandemia da Covid-19, per quanto incerto, possa rappresentare il primo passo verso un’“Europa della salute”⁴⁸.

Una riflessione emerge in modo dirompente: l’attuale architettura istituzionale è insufficiente, seppur nel corso del tempo vi sia stato un ampliamento della sfera di rilevanza della salute umana, come evidenziato dall’art. 9 TFUE, secondo il quale un elevato livello di tutela della salute deve essere un obiettivo comune a tutte le politiche europee.

Nella definizione delle competenze, il Trattato di Lisbona inserisce la materia del “miglioramento della salute umana” tra quelle complementari (*ex art. 6, par. 5, lett. a*), mentre i “problemi comuni in materia sanitaria” tra quelle concorrenti (*ex art. 4, par. 2, lett. k*). Tale dicotomia trova la propria specifica nell’art. 168 TFUE, che pone in evidenza il carattere sussidiario e residuale dell’azione europea, esaltando l’appartenenza della politica sanitaria agli Stati membri. L’unica eccezione è rappresentata dai tre settori indicati in modo tassativo al par. 4 – qualità e sicurezza degli organi e delle sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; protezione della sanità pubblica nei settori veterinario e fitosanitario; qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico – in riferimento ai quali l’UE può adottare atti legislativi di ravvicinamento delle disposizioni nazionali, seppur in subordinazione all’obbligo generale di rispettare le competenze dei Paesi membri.

Sostanzialmente i compilatori del Trattato, che sono i veri decisori politici del potere di azione da conferire all’Unione, se da un lato hanno riconosciuto il carattere trasversale, in termini tanto territoriali quanto settoriali, della tutela della salute umana, dall’altro, mostrando grande ritrosia rispetto all’avanzamento dell’integrazione in tale settore, si sono prodigati nell’esprimersi attraverso formule generiche e non invasive delle competenze statali, prevedendo la generale esclusione dell’armonizzazione in tale settore, salvo i casi eccezionali sopra enucleati. D’altra parte avere 27 Stati membri diversi nell’Unione europea comporta che ognuno ha la propria sensibilità politica sul tema e, ancor più importante, il proprio sistema sanitario, rispetto al quale il Trattato di Lisbona riconosce che sono gli Stati stessi ad esserne responsabili⁴⁹.

Interessante la valutazione in termini di impatto del tempo storico dell’esperienza pandemica intesa come quella di “un’esperienza del tempo” alla quale viene attribuito significato e ordine proprio dal modo di plasmare i piani temporali”, di M. MECCARELLI, *Il tempo della pandemia e le opportunità della storia*, in E. CALZOLAIO, M. MECCARELLI, S. POLLASTRELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 15 ss.

⁴⁸ Si veda M. D’ARIENZO, *Verso un modello di multilevel governance in materia di sanità: quale architettura dopo il COVID-19?*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D’ARIENZO (a cura di), *op. cit.*, p. 301 ss.

⁴⁹ Si veda M. MARLETTA, *Commento all’art. 168 TFUE. Sanità pubblica*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, 2014, p. 1517 ss.; nonché A. ODDENINO, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. FERRARA (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 65 ss. Per un’analisi della ripartizione delle competenze in materia sanitaria tra Unione europea e Stati mem-

La pandemia da Covid-19 potrebbe e dovrebbe rappresentare il volano per una revisione del sopra esposto assetto di competenze e le esperienze nazionali, con le dovute distinzioni, potrebbero in tal senso essere un punto di riferimento: basti pensare alla pronuncia della nostra Corte costituzionale, sentenza del 24 febbraio 2021, n. 37 con cui è stata dichiarata incostituzionale la legge della Regione Valle d'Aosta del 9 dicembre 2020, n. 11⁵⁰, poiché “(...) venendo al merito del ricorso, deve ribadirsi quanto già deciso nella fase cautelare, ovvero che la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di ‘profilassi internazionale’ (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla” – nonché alla decisione del Governo tedesco, guidato da Angela Merkel, di modificare la legge sulla protezione della salute per ridurre la libertà di azione dei 16 Länder al fine di imporre misure di contenimento omogenee in tutto il territorio tedesco.

Meglio precisato: sulla convinzione, fondata sull'esperienza, che la rilevanza e l'urgenza di approcci unitari sono necessari e indispensabili in caso di minacce transfrontaliere, a livello euro-unitario si dovrebbe fornire all'UE una base giuridica che le consenta di avocare a sé il potere di intervenire in situazioni emergenziali assumendo decisioni dotate di valenza perentoria su tutto il territorio europeo, così evitando la proliferazione di meccanismi gestori autonomi e differenziati e la sovrapposizione di interventi Stati membri-UE.

Si dovrebbe sostanzialmente agire in maniera radicale modificando i Trattati; nello specifico si potrebbe migliorare l'art. 4, par. 2, lett. k) “problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica” tramite l'aggiunta della locuzione “per quanto concerne in particolare la profilassi internazionale e le emergenze sanitarie

bri, con particolare riferimento tanto alla dimensione pubblica quanto a quella individuale, si veda F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, p. 317 ss.

Per una valutazione dell'esercizio della competenza in materia di sanità in riferimento alla pandemia da Covid-19, si veda P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE Online*, 2020, p. 2295 ss.; F. ROLANDO, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *Eurojus*, 2020, p. 1 ss.

Per una interessante panoramica sullo stato attuale del diritto in materia di sanità pubblica in riferimento a 5 diversi Stati (Regno Unito, USA, Francia, Italia e Germania) e sulle capacità delle autorità sanitarie di attuare misure utili al controllo delle malattie, si veda G. CARBONI, *Il potere degli stati per la tutela della salute pubblica*, in *DPCE Online*, 2020, p. 3 ss.

⁵⁰ Si veda V. BALDINI, *Conflitto di competenze tra Stato e Regione nella lotta alla pandemia. Un sindacato politico della Corte Costituzionale? Riflessioni a margine della sent. n. 37 del 2021 della Corte Costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 2021, reperibile online; B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 2 ss.; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Governo una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione giustizia*, 2021, p. 1 ss., reperibile online; L. CUOCOLO, F. GALLARATI, *La Corte difende la gestione unitaria della pandemia con il bazooka della profilassi internazionale*, in *Corti supreme e salute*, 2021, p. 1 ss.; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all'emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 11 ss., reperibile online; R. NIGRO, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 37 del 2021 e il controllo dello Stato sulle questioni di rilievo internazionale*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2021, p. 419 ss., reperibile online.

di tipo transfrontaliero”, inserendo specificatamente tale campo nell’elenco riportato dall’art. 168, par. 4, TFUE.

Di fronte però ai problemi verificatisi pare alquanto improbabile che gli Stati membri si mostrino disposti a cedere anche solo una parte delle proprie prerogative, soprattutto perché l’insuccesso in campo sanitario determina una tragedia economico-sociale destinata ad acuirsi per le diverse tempistiche di uscita dalla crisi dei singoli Stati membri. Risuonano le parole della prof.ssa Romanin Jacur, secondo la quale “nella fase di uscita dall’emergenza, si presentano forti rischi di inconsistenze e di incongruenze date le diverse tempistiche di uscita dai lockdown”⁵¹. È, purtroppo, l’esatta rappresentazione di quanto sta accadendo ora: Paesi quali Regno Unito, Stati Uniti e Israele, che non hanno tentennato nelle trattative contrattuali e nelle procedure di farmacovigilanza, stanno lentamente e cautamente andando incontro a una nuova ritrovata normalità, programmando l’uscita dalla crisi pandemica con la conseguente ripresa dell’economia.

Rileva così un elemento più profondo da sottolineare: con la pandemia l’Unione si è scontrata con il suo essere iper tecnocratica e, contemporaneamente, troppo poco politica, carente di una *leadership* unitaria e forte. È forse questo l’elemento che ha maggiormente influito: non a caso il Global Preparedness Monitoring Board dell’OMS ha elencato tra le “Lessons learned from Covid-19” che: “Political leadership makes the difference. Effective leaders act decisively, on the basis of science, evidence and best practice, and in the interests of people. Emergency response is not a choice between protecting people and protecting the economy: public health action is the quickest way to end the threat and return to productivity and security.”⁵².

Ciò pesa e peserà sul giudizio dei cittadini europei, il cui rapporto con l’Unione europea si spera non sia compromesso: le posizioni ostili all’integrazione europea e quelle che sottolineano la contrapposizione degli interessi nazionali con quelli di altri Stati si stanno infatti diffondendo⁵³ e appare difficile che gli Stati non ascoltino il malessere del proprio popolo, che è contemporaneamente elettore, accettando di cedere parte delle proprie prerogative in favore di un’Unione la cui immagine appare offuscata.

Nel frattempo, probabilmente conscia che la pandemia ha colto gli Stati membri e se stessa impreparati, e dunque consapevole delle difficoltà incontrate nella gestione del Covid-19, il 27 gennaio 2021 la Commissione europea ha proposto la creazione di una nuova Agenzia europea, chiamata Health emergency preparedness and response Authority (HERA), che dovrebbe conformarsi in una struttura apposita per il sostegno allo sviluppo, alla produzione e alla diffusione di contromisure mediche in caso di crisi sanitarie di origine naturale o provocate dall’uomo; nell’espletamento delle sue non meglio (per ora) precisate funzioni, l’ente potrebbe ricorrere a previsioni, sorveglianza e informazioni di mercato.

⁵¹ Si veda F. ROMANIN JACUR, M. LAZZARONI, *Il diritto internazionale e dell’Unione europea di fronte alla pandemia da Covid-19*, in M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *op. cit.*, p. 182.

⁵² Report intitolato “A world in disorder”, 14 settembre 2020, reperibile *online*.

⁵³ Si veda M.L. TUFANO, *Oltre il sovranismo: ripensare il rapporto tra Istituzioni e Stati per una nuova idea di sovranazionalità*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D’ARIENZO (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.

Il ruolo e le responsabilità della nascente Agenzia non sono ancora definibili; tuttavia lascia perplessi la proposta di creare un nuovo organismo, con il rischio di rendere il sistema confuso e macchinoso, aggravando la già pesante burocrazia esistente. A parere di chi scrive, piuttosto di introdurre nuove entità, l'Unione europea dovrebbe impegnarsi per rafforzare la capacità delle agenzie esistenti – tra le quali EMA, ECDC e l'IPCR – razionalizzandone i sistemi e le procedure di lavoro e di comunicazione tra le stesse.

Tale scelta peraltro non si allinea alla posizione del Mediatore europeo, il quale, facendo riferimento alle campagne di disinformazione così facilmente propuginate soprattutto sul web, ai conseguenti timori dei cittadini e al crescente scetticismo, ha sottolineato l'importanza di una comunicazione aperta e comprensibile a tutti – ritenendo questo un elemento chiave per valutare il modo in cui l'amministrazione europea gestisce la crisi – e al termine di un'indagine facente parte di un ampio monitoraggio concernente il come le Istituzioni abbiano risposto alla pandemia, nel mese di febbraio 2021 ha avanzato una serie di proposte legate proprio all'ECDC, suggerendo ai legislatori europei non di creare nuovi organismi, ma di ampliare i poteri di quelli già esistenti al fine di migliorarne la funzionalità e le capacità, tra le quali risulta per l'appunto particolarmente significativa la comunicazione delle informazioni al pubblico.

La pandemia da Covid-19 è stata e continua a essere la grande sfida di questo secolo; come si evolverà per il momento è del tutto imprevedibile. Sta a noi non sottovalutare l'ampiezza della crisi che vive l'Europa e cogliere da questa tragedia l'opportunità di risollevarci.

Essere europeisti significa, a mio giudizio, anche questo: comprendere che l'Unione europea è il giusto luogo in cui trovare tutela e cercare soluzioni alle crisi che si presentano⁵⁴, ma contemporaneamente avere ben chiaro che è necessario perseguire un europeismo critico, che comporta la necessità impellente di risolvere i problemi interni all'Unione, tornando a fare della politica la linfa del progetto europeo perché essa diventi più vicina alle esigenze dei popoli che sotto la sua guida convivono, mostrando la volontà di dipanare le nuvole che si annidano all'orizzonte e che rischiano di diventare tempesta.

⁵⁴ A tal proposito si vedano C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Chi ha (ancora) paura dell'Europa? Qualche riflessione alla luce anche della pandemia da Covid-19*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa: spunti di razionalizzazione*, Torino, 2020, p. 1 ss.; L. DANIELE, *L'integrazione europea in crisi? Riflessioni sul tema*, *ivi*, p. 49 ss.; B. NASCIBENE, *L'iniziativa per una conferenza sul futuro dell'Unione europea. Dalla “paura” all’“ambizione”*, *ivi*, p. 97 ss.; C. MALINCONICO, *Procedere nell'integrazione europea è l'unica via per garantire stabilità e prosperità agli Stati membri*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *op. cit.*, p. 25 ss.; M.R. MAURO, *L'Unione europea alla prova del Covid-19: il Recovery Fund e il rilancio del processo di integrazione*, in G. PALMIERI (a cura di), *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, Napoli, 2020, in particolare p. 101: “In tempi di crisi, la tendenza a chiudersi è forte, tuttavia, la storia insegna che l'autarchia rende più vulnerabili. Serve maggiore collaborazione a livello internazionale e a livello europeo”.

Abstract

The Institutional Implications of the Covid-19 Pandemic: Towards a ‘Europe of Health’?

The Union acts exclusively within the limits of the powers conferred on it in the Treaties, while the individual member States retain their decision-making autonomy in any other area.

The health system and its organization falls within national competence, according to Art. 168 TFEU, which provides the European Union with a shared competence only for certain aspects of public health.

This article aims to analyze the regulatory framework, as well as the actions of the EU institutions, in the fight against the pandemic emergency, in particular through the analysis of the initiatives put in place, with regard to the vaccines, by the European Commission and the EMA.

Cristina Evangelia Papadimitriou*

Nuovi modelli di *business* del *Fintech* e approccio europeo

SOMMARIO: 1. L'Unione europea e il *Fintech*. – 2. Il Piano d'azione *Fintech* e i “nuovi modelli di business”. – 3. L'attuazione del Piano d'azione e la regolamentazione europea in materia di *Fintech*. – 4. Le criticità individuate in materia con riguardo alle tecnologie legate alla *blockchain* e in materia di *criptoattività*. – 5. Dal Piano d'azione alla Strategia *Fintech*: le ultime linee evolutive. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il settore delle tecnologie applicate al sistema finanziario è cresciuto e sta crescendo ancora rapidamente in Europa, basti pensare che nel 2018 gli investimenti nelle imprese *Fintech* hanno superato i 34 miliardi di dollari¹.

È evidente che il comparto *Fintech* oggi mostra di possedere grandi potenzialità² per lo sviluppo economico e sociale di cittadini e imprese dell'UE ma, allo stesso tempo, pone sfide insidiose³. Per affrontarle nel modo migliore e nel rispetto, sia dei principi fondanti e delle regole generali contenuti nei Trattati europei, sia dei principi fondamentali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, le istituzioni politiche (Parlamento e Commissione), con l'ausilio degli approfondimenti effettuati dalle autorità di vigilanza europee, come l'ESMA (per gli strumenti e i mercati finanziari, l'EBA (per il settore bancario), e l'EIOPA (per il settore assicurativo), hanno dedicato numerose riflessioni al fenomeno *Fintech*, in

* Dottore di ricerca in Diritto dei mercati finanziari dell'Università commerciale Luigi Bocconi di Milano.

¹ Il dato risulta da KPMG, *The Pulse of Fintech 2018. Biannual global analysis of investment in Fintech*, 13 febbraio 2019, reperibile *online*. Per un approfondimento del tema si veda: O. BORGOGNO, G. COLANGELO, *Regulating Fintech: from Legal Marketing to the Pro-Competitive Paradigm*, reperibile *online*; A. GENOVESE, V. FALCE, *La portabilità dei dati in ambito finanziario*, in *Quaderni Fintech*, Consob, aprile 2021, reperibile *online*.

² Si veda, C. LAGARDE, *A regulatory Approach to Fintech*, in *IMF Finance & Development Magazine*, 2018, reperibile *online*, la quale afferma che il “Fintech offers considerable promises, but it also poses risks”; M.T. PARACAMPO, *Fintech e il mercato unico e tecnologico dei servizi finanziari*, in M.T. PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Torino, 2017; K.N. MAALOUF, P. BRANDT, M. SÈVE, F. PIQUET, J. SANDMAN, G. SEIDNER, *L'environnement réglementaire des entreprises fintechs aux Etats-Unis et en Europe*, in *La semaine juridique, édition Entreprises et Affaires*, 2018, p. 1315 ss.

³ Sui rischi e le opportunità offerte dal *Fintech*, si veda *EBA Report of 3 July 2018 on the prudential risks and opportunities arising for institutions from Fintech*, reperibile *online*; EIOPA, *Cyber Risk for Insurers. Challenges and Opportunities*, settembre 2019, reperibile *online*; F. DIVETTA, *Fintech fra dati e concentrazioni*, in F. FALCE, G. FINOCCHIARO (a cura di), *Fintech: diritti, concorrenza e regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Bologna, 2019; O. BORGOGNO, C. COLANGELO, *The Data Sharing Paradox: BigTech in Finance*, in *European Competition Journal*, 2020, p. 50 ss.

particolare, nel Libro Verde sui servizi finanziari al dettaglio del 2015⁴, nel Piano d'azione riguardante i servizi finanziari destinati ai consumatori del 2017⁵, nel Piano d'azione per la creazione dell'Unione dei mercati di capitali del 2015⁶, infine, nel Piano d'azione per le tecnologie finanziarie del 2018⁷.

Questi documenti sono stati spesso accompagnati da proposte e iniziative volte a comprendere le implicazioni derivanti dall'innovazione tecnologica applicata al settore finanziario rispetto alle vigenti discipline europee, anche in considerazione di una possibile regolamentazione dei profili più particolari del fenomeno in questione, come ad esempio il *crowdfunding*, l'utilizzo della DLT come la *blockchain*, la *cyber-security*, nell'ottica del reale potenziamento di un mercato unico, aperto e competitivo, insieme alla realizzazione di un'effettiva unione dei mercati dei capitali e all'instaurazione di un mercato unico digitale⁸.

Al fine di raggiungere tali obiettivi, per un verso, la risoluzione del Parlamento del 17 maggio 2017 ha chiesto alla Commissione di attenersi ad alcune direttive, come quella di adottare un approccio fondato sui rischi, tenendo conto, da un lato, del principio di proporzionalità (art. 5 TUE) e, dall'altro, della necessità di rispettare il principio "same activity, same rules, same risk, same supervision" nonché quello di "neutralità tecnologica". Per altro verso, il Piano d'azione riguardante i consumatori del 2017 pone in evidenza le esigenze di assicurare maggiore trasparenza e facilità di accesso rispetto ai servizi finanziari e alle opportunità di investimenti transfrontalieri; di contenere i costi operativi; di incrementare l'operatività del mercato unico, riducendo le barriere all'ingresso; di intensificare la sicurezza dei sistemi informatici, bilanciando l'espansione delle opportunità di condivisione dei dati tra i vari operatori professionali e le esigenze di tutela della vita privata dei consumatori.

⁴ Libro verde della Commissione, del 20 dicembre 2015, sui servizi finanziari al dettaglio. Prodotti migliori, maggiore scelta e più opportunità per consumatori e imprese, COM(2015)630 final.

⁵ Piano d'azione della Commissione, del 23 marzo 2017, riguardante i servizi finanziari destinati ai consumatori: prodotti migliori, maggiore scelta, COM(2017)139 final; TREASURY HM, *Cash and Digital Payments in the New Economy: Call for Evidence*, marzo 2018.

⁶ Piano di azione della Commissione, dell'8 giugno 2017, per la creazione dell'Unione dei mercati di capitali, COM(2017)468 final; sul punto v. anche risoluzione del Parlamento europeo, sul bilancio e le sfide concernenti la regolamentazione dell'UE in materia di servizi finanziari: impatto e via da seguire per un quadro di regolamentazione finanziaria dell'UE più efficiente ed efficace e per un'Unione dei mercati dei capitali, 19 gennaio 2016, 2015/2016 (INI).

⁷ Piano d'azione della Commissione, dell'8 marzo 2018, per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo; Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2018)109 final.

⁸ Strategia della Commissione, del 6 maggio 2015 per il mercato unico digitale in Europa. Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2015)192 final; Revisione intermedia della Commissione, del 10 maggio 2017, dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale. Un mercato unico digitale connesso per tutti. Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2017)228 final. Per un approfondimento di diritto straniero, si veda M. RAUCHS, A. BLANDIN, K. KLEIN, G. PIETERS, M. RECANATINI, B. ZHANG, *2nd Global Cryptoasset Benchmarking Study*, Cambridge, 2018; M. DEMERTZIS, S. MERLER, G.B. WOLFF, *Capital Markets Union and the FinTech Opportunity*, in *Journal of Financial Regulation*, 2018, p. 11 ss.

Inoltre, la Commissione, resasi conto dell'importanza che la tecnologia e il digitale hanno assunto per le imprese, con il Piano d'azione *Fintech*, articolato in tre parti⁹, prevede 19 *steps*, volti a individuare nuove tecnologie capaci di far sviluppare il settore finanziario e a promuovere l'adozione di "modelli di *business*" innovativi, derivanti dall'incontro tra i processi di digitalizzazione di beni e servizi e il settore finanziario *latu sensu* inteso.

La Commissione persegue queste finalità senza rinunciare all'integrità del sistema finanziario europeo e allo scopo di potenziare maggiormente le tutele degli investitori, dei consumatori di servizi finanziari, bancari e assicurativi; pertanto stabilendo una serie di azioni e proposte relative alla possibile regolazione dei mercati finanziari che risultassero incisi dall'avvento delle nuove tecnologie, tra le quali una proposta di regolamento, finalizzata ed entrata in vigore, in tema di trattamento dei dati non personali¹⁰, e una proposta di regolamento sul *crowdfunding*¹¹.

L'ultima parte del Piano d'azione *Fintech* è dedicato alla *cybersecurity*¹²: a questo proposito, si afferma che "i rischi operativi e informatici rappresentano una minaccia crescente per la stabilità del sistema finanziario e minano la fiducia, che è essenziale per i nostri mercati finanziari"; e "poiché il settore finanziario dipende sempre più dalla tecnologia digitale, garantire la sicurezza e la resilienza di tale settore è essenziale". Pertanto, "ai fini di una maggiore integrità complessiva del sistema finanziario, sono necessari misure e prescrizioni più stringenti in materia di igiene informatica". Tuttavia, per un verso, "la misura in cui le imprese sono soggette a norme di igiene informatica e le rafforzano varia all'interno dell'UE, a seconda del settore e della prassi nazionale"; per altro verso, "la natura transfrontaliera delle minacce informatiche richiede un elevato grado di armonizzazione delle disposizioni nazionali e di allineamento delle aspettative degli Stati membri in materia di regolamentazione e vigilanza".

Si rileva inoltre che, nonostante l'attuale legislazione europea in materia di servizi finanziari, in particolare per quanto concerne le infrastrutture del mercato finanziario e i pagamenti (il riferimento è alla direttiva PSD2 2015/2366/UE e alla direttiva NIS 2016/1148/UE), preveda obblighi specifici relativamente alla salvaguardia delle risorse e dei sistemi informatici e alla loro amministrazione, nel Piano si ritiene possibile che "la normativa dell'UE per il settore finanziario presenti ancora delle

⁹ La prima parte è dedicata alle iniziative volte a permettere ai modelli di *business* innovativi di espandersi a livello dell'UE; la seconda riguarda l'incentivazione e la diffusione dell'innovazione tecnologica nel settore finanziario; la terza è interamente dedicata al tema della *cybersecurity*.

¹⁰ Regolamento (UE) n. 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo ad un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali dell'UE.

¹¹ Proposta di regolamento, dell'8 marzo 2018, relativo ai fornitori europei di servizi di *crowdfunding* per le imprese, COM(2018)113 final. Sulla proposta di regolamento, D. VALIANTE, *Il crowdfunding e la nuova proposta di regolamento UE*, in *Rivista di diritto societario*, 2018, p. 959 ss.; in ottica comparatistica, si veda D. STUCKI, *Le crowdfunding en France: modernisation et perspective*, in *Revue du droit bancaire et financier*, 2015, p. 131 e ss..

¹² Piano d'azione *Fintech*, cit., 17. Sul tema anche Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 28 ottobre 2019, di valutazione della coerenza degli approcci adottati dagli Stati membri per l'identificazione degli operatori di servizi essenziali conformemente all'art. 23, par. 1, della direttiva 2016/1148/UE, sulla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, COM(2019)546 final. Sul tema, B. ALEMANNI, A. ANGELOVSKI, D. DI CAGNO, A. GALLIERA, N. LINCIANO, F. MARAZZI, P. SOCCORSO, *La fiducia nel robo advice – Evidenze da uno studio sperimentale*, in *Quaderni Fintech Consob*, settembre 2020.

lacune, che sarebbe opportuno colmare al fine di migliorare la resilienza del settore”; oltre a ciò, si evidenzia come in altri ambiti incisi dal *Fintech* le prescrizioni siano più generiche, ad esempio nel caso della “continuità operativa o del rischio operativo generale”. Di fronte a queste criticità, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento per l’istituzione di un quadro di certificazione dell’UE per i prodotti e i servizi per la sicurezza delle TIC “regolamento sulla *cibersicurezza*”¹³, che allo stato risulta ancora in fase di approvazione.

2. Il Piano d’azione *Fintech* promuove l’innovazione e l’utilizzo delle nuove tecnologie (ad es., le piattaforme informatiche per l’emissione e lo scambio di criptovalute e/o di prodotti finanziari, bancari e assicurativi, i *software* per lo sviluppo dell’intelligenza artificiale e l’*outsourcing* di alcune attività) in tutti i segmenti del settore finanziario, ma nel rispetto delle libertà economiche fondamentali – con particolare riguardo alle libertà di stabilimento, di prestazione di servizi e di circolazione dei capitali (articoli 49-66 TFUE) – e delle regole europee poste a presidio della concorrenza e delle tutela dei consumatori (articoli 102-109 TFUE); e tutto ciò senza rinunciare al principio della certezza del diritto, soprattutto del diritto europeo.

A tale proposito, sebbene sempre più spesso la regolamentazione nel settore finanziario venga definita a livello europeo¹⁴, restano ancora delle aree in cui gli Stati membri possono scegliere di applicare norme individualizzate o meno rigorose a livello nazionale; ciò comporta chiaramente un certo grado di frammentazione del contesto normativo.

Un punto fondamentale che viene evidenziato nel Piano d’azione *Fintech*, in quello riguardante il Mercato Unico Digitale e in quello concernente l’Unione dei Mercati dei Capitali¹⁵, è che ogni vuoto o ambiguità nella regolazione di fenomeni dinamici, quali sono quelli imprenditoriali, crea incertezza normativa, dando adito a possibili disparità di trattamento degli operatori professionali, con risvolti negativi rispetto all’intensità degli scambi e alla stessa decisione delle imprese coinvolte di operare in ambito internazionale.

Questi effetti possono a loro volta comportare una riduzione dell’offerta a favore degli utenti e si riflettono sull’apertura del mercato unico nonché sulla stessa competitività delle imprese, anche perché le disarmonie regolamentari generano l’aumento dei costi transattivi, che rappresentano un ostacolo all’espansione della loro operatività oltre frontiera.

A ciò si aggiunga che il *Fintech* tende a sottrarsi alle categorie giuridiche tradizionali¹⁶. Dunque, alcuni modelli di *Fintech business*¹⁷ potrebbero non essere ricompresi nell’ambito delle norme che prevedono regimi di registrazione e/o autorizza-

¹³ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all’ENISA, l’Agenzia dell’Unione europea per la cibersicurezza, che abroga il regolamento UE 526/2013, e relativo alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell’informazione e della comunicazione, del 4 ottobre 2017, c.d. “regolamento sulla cibersicurezza”.

¹⁴ Piano d’azione *Fintech*, cit.; C. LAGARDE, *A regulatory Approach to Fintech*, cit.

¹⁵ Comunicazione della Commissione, del 19 luglio 2018, Tutela degli investimenti intra-UE, COM(2018)547 final.

¹⁶ In tal senso, R. LENER, G. PARRILLO, *Quali regole per Fintech?*, in *Fintech: Diritto, Tecnologia, Finanza*, in R. LENER (a cura di), *Quaderni Minerva Bancaria*, 2/2018, p. 7 ss.

¹⁷ D.W. ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *Fintech, Regtech, and the Reconceptualization of Financial Regulation*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2017, p. 371 ss.

zione per l'esercizio di attività oltre che l'assoggettamento di tali attività a procedure di vigilanza ordinarie, progettati per il tipo di istituti finanziari "classici"¹⁸.

Tali questioni fanno nascere una triplice esigenza: 1) chiarire il quadro legislativo dell'UE applicabile ai servizi; 2) valutare la necessità di un quadro UE per i nuovi modelli di *business* innovativi; 3) fornire orientamenti alle autorità di vigilanza nazionali al fine di garantire una maggiore convergenza tra i regimi nazionali di regolamentazione¹⁹.

Nel Piano d'azione *Fintech* si prende atto che nell'ambito dei nuovi segmenti dei mercati finanziario, bancario e assicurativo, così come in quelli tradizionali, le attività innovative che permettono di creare e distribuire nuovi prodotti ed erogare nuovi servizi possono esulare da quelle attività tradizionali che sono sottoposte a regimi di registrazione e/o autorizzazione, e quindi di vigilanza, da parte delle rispettive autorità di settore²⁰: a volte si tratta di attività contigue, complementari o strumentali a quelle tradizionali (si pensi alla raccolta di finanziamenti mediante piattaforme di *crowdfunding* e di *peer-to-peer lending*)²¹, altre volte sono distinte da quelle tradizionali in base alle modalità o alle tecniche con cui vengono esercitate (emissioni e scambi di criptovalute su piattaforme DLT).

Pertanto, diventa necessario verificare se e in che misura le nuove tecnologie applicate alle attività relative ai prodotti e ai servizi del settore finanziario possano realmente giustificare trattamenti differenziati e/o discipline particolari rispetto al vigente quadro legislativo europeo, il quale tende notoriamente ad evitare la frammentazione delle discipline dello stesso settore, promuovendone invece l'armonizzazione e la loro applicazione omogenea e uniforme, anche in virtù del principio di neutralità tecnologica²², al fine di instaurare entro il perimetro dell'Unione un *level playing field* regolamentare caratterizzato da norme chiare, certe e non discriminatorie, che a loro volta rappresentano la pre-condizioni per un mercato più aperto e competitivo, quindi più efficiente e florido.

In tal senso, sembra andare anche il regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2018/1807/UE, del 14 novembre 2018, relativo al quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea. Come è ben noto, i servizi professionali di *cloud computing* e *hosting* possono aumentare l'efficienza delle infrastrutture digitali alla base delle imprese che forniscono servizi bancari, finanziari e assicurativi in ambito comunitario. Infatti, tali imprese necessitano spesso di esternalizzare la memorizzazione dei dati e di alcune fasi della loro elaborazione mediante il ricorso a fornitori di servizi *cloud*: ciò può costituire una politica imprenditoriale finalizzata a ridurre i costi connessi all'*hosting*, alle infrastrutture

¹⁸ Nonostante le loro crescenti prospettive di crescita, le imprese *Fintech* possono rappresentare una minaccia alla redditività delle imprese creditizie e intermediari finanziari tradizionali, poiché esse, sfruttando i cambiamenti provocati dalla digitalizzazione, sono capaci di offrire servizi che sono state storicamente il *core business* delle imprese bancarie e finanziarie. Si veda, F. PALISI, *Le banche e il mondo degli incumbent rispetto agli scenari aperti dal Fintech*, in F. FIMMANÒ, G. FALCONE (a cura di), *Fintech*, Napoli, 2019.

¹⁹ Piano d'azione *Fintech*, cit., 9.

²⁰ Piano d'azione *Fintech*, cit., 6.

²¹ A. LA ROSA, R. TRAINA CHIARINI, *Peer to peer, Linking, Cyberlockers, IPTV, Sistemi di registrazione da remoto*, in G. CASSANO, S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, p. 299 ss.

²² La Commissione UE ha ribadito che la "neutralità tecnologica è uno dei principi guida della Commissione", Piano d'azione *Fintech*, cit.

e al *software* per le imprese, contribuendo a razionalizzare le spese informatiche, ma aumentando allo stesso tempo le prestazioni, la flessibilità e l'adattabilità della gestione dei dati. Chiaramente, le imprese regolamentate che esternalizzano le attività ad un fornitore di servizi di *cloud* hanno il dovere di rispettare tutti gli obblighi giuridici (ad es., in materia di gestione rischi, protezione dei dati e vigilanza da parte delle autorità competenti).

La circostanza che le imprese operino su base transfrontaliera e che i servizi di *cloud* siano spesso erogati da *provider* non localizzati nello stesso Stato membro delle imprese-clienti, da un lato, crea incertezze in capo alle imprese operanti internazionalmente, in relazione alle aspettative delle diverse autorità di vigilanza finanziaria competenti in materia; e tali incertezze derivano soprattutto dall'assenza di armonizzazione delle norme nazionali, in particolare con riguardo agli obblighi di localizzazione imposti dalle autorità pubbliche e dalle varie interpretazioni delle norme in materia di esternalizzazione dei dati²³.

Dall'altro lato, gli stessi meccanismi tecnici di raccolta, accesso e richiamo dei dati collocati in *cloud* possono creare un serio rischio di forte dipendenza delle imprese ed enti finanziari europei che acquistano i servizi *cloud* da un numero ristretto di fornitori di Paesi terzi.

Secondo la Commissione tali problemi avrebbero determinato un effetto deterrente che si traduce in concrete limitazioni dell'utilizzo di questo modello di *business*, fondato sull'utilizzo dei servizi *cloud computing*, da parte delle imprese comunitarie. Un tale freno allo sviluppo dei servizi *cloud* professionali può essere oggi superato con il regolamento 2018/1807/UE, che ha per oggetto, come indicato dall'art. 1, quello di "garantire la libera circolazione dei dati diversi dai dati personali all'interno dell'Unione stabilendo disposizioni relative agli obblighi di localizzazione dei dati, alla messa a disposizione dei dati alle autorità competenti e alla portabilità dei dati per gli utenti professionali".

Nello specifico, la prima serie di disposizioni del regolamento (articoli 4-5) è volta a limitare al massimo gli obblighi di localizzazione dei dati imposti dalle autorità nazionali, circoscrivendoli ai casi "giustificati da motivi di pubblica sicurezza, ai sensi del diritto dell'Unione, in particolare ai sensi dell'art. 52 TFUE", e nel rispetto del "principio di proporzionalità sancito dall'art. 5 TUE"; l'art. 6 è invece volto a garantire la regola generale della portabilità dei dati non personali a favore degli "utenti professionali" e dunque a limitare i casi di *lock-in* individuando lo strumento dei codici di condotta di autoregolamentazione a livello dell'Unione, la cui redazione la Commissione "incoraggia e facilita", allo scopo di "contribuire ad un'economia dei dati competitiva basata sui principi della trasparenza e dell'interoperabilità e nell'ambito della quale si tenga debitamente conto degli standard aperti". Tali codici di condotta devono prevedere tra l'altro "migliori prassi per agevolare il cambio di fornitore di servizi e la portabilità dei dati" mediante l'uso di norme tecniche standard; "obblighi di informazione minimi" a tutela degli utenti

²³ Si vedano: EBA Recommendations of 20 December 2017 on outsourcing to cloud service providers. Final Report, EBA/REC/2017/03; EIOPA, *Outsourcing to the Cloud: EIOPA's Contribution to the European Commission Fintech Action Plan*, marzo 2019, reperibile online.

professionali e sistemi di certificazione che agevolino il “confronto tra prodotti e servizi di trattamento dei dati per utenti professionali”²⁴.

Tuttavia, resta da verificare se lo strumento dell’autoregolamentazione mediante codici di condotta possa davvero garantire i risultati attesi dalla Commissione UE in termini di maggiore competitività di questo rilevante segmento del mercato *Fintech*²⁵.

3. Con riferimento alle proposte e iniziative derivanti dal Piano d’azione *Fintech*, bisogna evidenziare che alcune di queste risultano già applicate, come nel caso del regolamento sul trattamento e la portabilità dei dati non personali, mentre altre sono ancora in corso di adozione, come nel caso del regolamento dedicato al *crowdfunding* (fermo a livello europeo di proposta, come da ultimo rielaborata dal Consiglio europeo)²⁶, a metà strada possono invece considerarsi le iniziative delle Autorità di Vigilanza in tema di “*sandbox* regolamentari”, sebbene di questi siano già attivi alcuni esempi interessanti in molti Stati membri.

Per altri settori, come quello della consulenza finanziaria automatizzata, quello dei *crypto-assets* e quello che fa ricorso alle tecnologie dei registri distribuiti (*blockchain* e altri DLT similari, *smart contract*²⁷), la strada per giungere ad una disciplina *ad hoc* appare più lunga, anche perché non sembra esservi ancora il necessario consenso per procedere ad una piena regolamentazione e ulteriori studi sono ancora in corso²⁸. A ciò si ricollega un aspetto non sempre debitamente considerato nell’affrontare il tema della regolamentazione del *Fintech*: infatti, se è vero che le norme anteriori all’emergere delle tecnologie innovative possono non essere sempre neutrali dal punto di vista tecnologico in relazione ad esse²⁹, è altrettanto vero che la maggior parte dei modelli di *business* innovativi sembra possa essere disciplinato facendo ricorso alle attuali norme applicabili al settore finanziario³⁰, grazie alla flessibilità del quadro normativo dell’UE che prevede la possibilità di applicare anche in questo caso il principio di proporzionalità di cui all’art. 5 TUE.

Pertanto, sembra si possa ritenere che, sebbene nessuna di esse sia stata appositamente pensata per regolare le imprese e le attività che fanno capo al fenomeno

²⁴ L’art. 2 del regolamento (UE) n. 2018/1807 detta una disciplina di coordinamento con il GDPR, la cui applicazione prevale sul regolamento 2015/1807.

²⁵ J. PADILLA, M. DE LA MANO, *Big Tech Banking*, 2018, reperibile *online*.

²⁶ COM(2018)113 final, modificato dal Consiglio europeo con documento n. 10557/19 del 24 giugno 2019.

²⁷ J. MADIR, *Smart Contracts: (How) Do They Fit Under Existing Legal Frameworks?*, 14 dicembre 2018, reperibile *online*; R. BROWNSWORD, *Regulatory Fitness: Fintech, Funny Money, and Smart Contracts*, in *European Business Organization Law Review*, 2019, p. 5 ss.; F. DI CIOMMO, *La conclusione e l’esecuzione automatizzata dei contratti (smart contract)*, in G. CASSANO, F. DI CIOMMO, M. RUBINO DE RITIS (a cura di), *Banche Intermediari e Fintech, Nuovi strumenti digitali in ambito finanziario*, Milano, 2021, p. 79 ss.

²⁸ EXPERT GROUP ON REGULATORY OBSTACLES TO FINANCIAL INNOVATION (ROFIEG), *Thirty Recommendations on Regulation, Innovation and Finance. Final Report to the European Commission*, 9 dicembre 2019, reperibile *online*.

²⁹ Piano d’azione *Fintech*, cit., in cui si sottolinea che sono stati considerati ostacoli alla diffusione delle soluzioni *fintech*, ad es., gli obblighi e/o le preferenze esercitabili con riguardo alla pubblicazione dell’informativa su supporto cartaceo così come la necessità di una presenza fisica; e, per altro verso, l’assenza di procedure chiare ed armonizzate per identificare i consumatori e le imprese *online*, nel pieno rispetto delle norme antiriciclaggio e delle norme sulla protezione dei dati.

³⁰ R. MENZELLA, *Il Fintech e le regole (una, nessuna, centomila)*, cit.

Fintech, tuttavia molte delle direttive e regolamenti europei già in vigore in tema di servizi bancari, finanziari e assicurativi sono capaci di offrire almeno un primo livello di disciplina rispetto a molti dei nuovi fenomeni e modelli di *business* che si sono imposti in vari ambiti del settore finanziario in senso ampio.

Quindi, le norme applicabili verranno in rilievo in base all'oggetto dell'attività caratteristica (tipologia del prodotto o servizio) e, talora, in base alle modalità di esecuzione dell'attività e ai soggetti che partecipano al rapporto regolato.

D'altra parte, le normative europee risultano rilevanti in relazione alle nuove fattispecie da disciplinare se prendono in considerazione specifici segmenti dei mercati incisi dal *Fintech*³¹, come ad esempio le direttive in tema di pagamenti³² e di moneta elettronica³³; temi e questioni di portata generale, come ad esempio il regolamento sulla tutela dei dati personali³⁴(e ora anche non personali), ma solo nella misura in cui l'esercizio delle specifiche attività economiche preveda la raccolta di dati personali e/o implichi l'uso di determinati strumenti telematici ovvero implichi certe modalità operative, come ad esempio l'erogazione di servizi di intermediazione *online*³⁵; oppure ancora, le norme a presidio di aree o settori, identificati non soltanto a specifiche attività e/o all'utilizzo di specifici strumenti contrattuali, ma anche dalle caratteristiche oggettive o soggettive delle parti del rapporto di matrice finanziaria che di volta in volta venga in rilievo, come le normative emanate a tutela dei consumatori: ad es. la direttive sulle clausole vessatorie³⁶, la direttiva sulle pratiche commerciali sleali³⁷; la direttiva sull'*e-commerce*³⁸, e così via.

4. Nonostante l'uso della tecnologia *blockchain* sia ancora molto discusso, se ne intuiscono chiaramente le opportunità e le criticità³⁹. Ai fini del loro monitoraggio, è stato istituito l'Osservatorio e *forum* dell'UE sulla *blockchain*⁴⁰: inaugurato nel febbraio 2018, se ne prevede una durata di due anni ed è finalizzato a registrare le

³¹ R. BECK, M. SMITS, *Fintech and The Transformation of the Financial Industry*, 28 *Electronic Markets*, 2018.

³² Direttiva 2015/2366/UE del 25 novembre 2015, "c.d. PSD2".

³³ Direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE (EMD2).

³⁴ Regolamento europeo n. 2016/679 in materia di trattamento dei dati personali e di privacy, adottato il 27 aprile 2016, entrato in vigore il 24 maggio 2018, c.d. "GDPR".

³⁵ Regolamento (UE) n. 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*.

³⁶ Direttiva 1993/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, riguardante le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

³⁷ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, riguardante le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

³⁸ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa ad alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

³⁹ JRC COMMISSIONE EUROPEA, *Blockchain Now and Tomorrow. Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies*, 2019, reperibile online.

⁴⁰ L'iniziativa prevede misure di finanziamento e un quadro per consentire la scalabilità, sviluppare la *governance* e le norme e favorire l'interoperabilità dei *software* e dei processi utilizzati dagli operatori anche ai fini di rendere rapidamente fruibile la *blockchain*, all'interno di un quadro di riferimento uniforme. Sul tema I. LIANOS, *Blockchain competition*, UCL Research Paper Series, 8/2018, reperibile online.

tendenze e gli sviluppi tecnici, a mettere in comune le competenze per affrontare questioni settoriali e intersettoriali, a valutare l'utilizzo di tale sistema a livello transfrontaliero, nella prospettiva di una maggiore e complessiva standardizzazione delle tecnologie che stanno alla base delle *blockchain*.

A tale riguardo, l'Osservatorio continua a compiere una serie di studi di fattibilità rispetto alla realizzazione di una infrastruttura di *blockchain* pubblica dell'UE per lo sviluppo di servizi transfrontalieri. In particolare, si tratta di effettuare una valutazione per stabilire se la *blockchain* possa essere utilizzata come infrastruttura per i servizi digitali nel quadro del meccanismo per collegare l'Europa. Pertanto, è una verifica imprescindibile per comprendere fino in fondo quale sia l'effettivo ruolo che tale strumento può assumere ai fini dell'evoluzione del fenomeno digitale.

Inoltre, il Parlamento europeo ha sostenuto il lancio del portale europeo per la trasparenza finanziaria (EFTG), un progetto pilota che utilizza la DLT per facilitare l'accesso alle informazioni su tutte le società quotate sui mercati UE regolamentati dei valori mobiliari nell'ambito della direttiva sulla trasparenza (direttiva 2013/50/UE del 22 ottobre 2013): anche questa iniziativa è volta ad aumentare il grado di trasparenza dei mercati regolamentati dell'UE, promuovendone sia la liquidazione che la liquidità, in linea con gli obiettivi dell'Unione dei mercati dei capitali⁴¹.

Con riferimento alla questione del se, quanto e come regolamentare l'utilizzo delle tecnologie *blockchain* e degli *smart contracts* si segnala il *Report* del gruppo di lavoro "The European Union Blockchain Observatory and Forum", incaricato dalla Commissione europea, dal titolo "Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts" del 27 settembre 2019⁴², che ha il merito di porre nella giusta evidenza le ragioni per procedere a regolare, a livello eurounitario, entrambe le connesse tecnologie innovative⁴³, sottolineando soprattutto la necessità di una loro "predictable legal and regulatory framework" anche nel settore in questione, e che al momento si trova in uno stato ancora iniziale.

Sotto un altro importante profilo, l'innovazione tecnologica ha prodotto nuovi tipi di attività finanziarie, come ad esempio le criptoattività (di cui le criptovalute sono una *species*)⁴⁴, le quali, insieme alla sottostante tecnologia *blockchain*, integrano altrettanti strumenti e meccanismi interessanti per la crescita di mercati finanziari alternativi e delle relative infrastrutture⁴⁵. Nonostante possa rappresentare anche per le imprese un modo nuovo e innovativo per raccogliere capitali, la vendita, l'emissione (attraverso *Initial Coin Offering*, ICO) e in generale la circo-

⁴¹ Come precisa il Piano d'azione *Fintech*, cit., la Commissione europea ha inoltre avviato l'iniziativa della *blockchain* per le trasformazioni industriali e la *proof of concept* dell'uso della *blockchain* per facilitare la riscossione delle accise.

⁴² Report of the EU Blockchain Observatory and Forum on Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts, 27 settembre 2019, reperibile *online*.

⁴³ Il *Report* individua tra le questioni più delicate dal punto di vista legale e dunque regolatorio, la "decentralisation" e la "anonymity", ossia due delle caratteristiche tipiche dei "large-scale, decentralised blockchain-based networks".

⁴⁴ Own Initiative Report of Esma Securities and Markets Stakeholder Group, on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets, del 19 ottobre 2018, secondo il quale *crypto-asset* va inteso "as a generic term for crypto currencies, virtual currencies, virtual assets and digital tokens".

⁴⁵ Piano d'azione *Fintech*, cit.

lazione di valuta virtuale, criptovalute o *token*⁴⁶ sembrano in realtà sfuggire alla maggior parte della regolamentazione che assicura trasparenza e tutele adeguate degli investitori e consumatori⁴⁷, comportando in tal modo evidenti rischi soprattutto per la stabilità e integrità complessiva del mercato finanziario, come del resto viene dimostrato dalla forte volatilità delle criptoattività, dalle frodi ricorrenti, dalle carenze operative e dalle vulnerabilità sul piano tecnico che ancora caratterizzano lo scambio di criptoattività.

A livello comunitario, da una parte, si è iniziato a comprenderne i risvolti, dall'altra, sono già stati adottati provvedimenti idonei a fronteggiare alcuni problemi specifici, innanzitutto l'anonimato e la tracciabilità delle operazioni: come illustrato nella Relazione sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo⁴⁸, la Commissione ritiene che il livello di minaccia e di vulnerabilità delle valute virtuali, in termini di esposizione ai rischi di riciclaggio di denaro e finanziamento del terrorismo, sia "da elevato a molto elevato". A tale proposito, nel dicembre 2017 i legislatori europei hanno deciso di estendere l'applicazione della IV direttiva antiriciclaggio⁴⁹ agli scambi di valute virtuali e ai fornitori di servizi di *digital wallet*, cosa che è in effetti avvenuta con l'adozione della V direttiva sull'antiriciclaggio nel 2018⁵⁰.

Inoltre, le autorità europee di vigilanza hanno emanato segnalazioni circa il carattere speculativo del mercato delle valute virtuali e gli altri rischi connessi alle criptoattività⁵¹. Nel novembre 2017 l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) ha rilasciato due dichiarazioni⁵² per informare gli investitori dei potenziali rischi posti da determinate ICO e per ricordare alle imprese coinvolte nelle attività di una ICO che tali attività possono rientrare nell'ambito di applicazione della vigente legislazione UE, in base alla loro struttura e alle loro caratteristiche⁵³. Nello specifico, le segnalazioni sottolineano la circostanza che gli investimenti

⁴⁶ Sul rapporto tra *token* e *cripto-assets*, E. RULLI, *Incorporazione senza res e dematerializzazione senza accentratore: appunti sui token*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, p. 1 ss.

⁴⁷ Si discute circa la natura di strumento finanziario dei *token* e se alle ICO si debbano applicare le norme della MIFID e la disciplina del prospetto. Si ritengono applicabili le norme del GDPR e quelle dell'antiriciclaggio. Sul punto, C. SANDEI, *Initial Coin Offering e appello al pubblico risparmio*, in M. CIAN, C. SANDEI (a cura di), *Diritto del Fintech*, Padova, 2020, p. 277 ss.; per uno studio comparatistico si veda: P. HACKER, C. THOMALE, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2018, p. 645 ss.

⁴⁸ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 26 giugno 2017, sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfrontaliere, COM(2017)340 final.

⁴⁹ Direttiva 2015/849/UE, del 20 maggio 2015 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo ("IV direttiva antiriciclaggio").

⁵⁰ Direttiva 2018/843/UE, del 30 maggio 2018 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le direttive 2015/848/UE, 2009/138/CE e 2013/36/UE.

⁵¹ ESMA, EBA, EIOPA, ESAs, *ESMA, EBA and EIOPA warn consumers on the risks of Virtual Currencies*, 2018, reperibile online; N.G. Iannarone, *Computer as Confidant: Digital Investment Advice and the Fiduciary Standard*, in *Chicago-Kent. Law Review*, 93, 2018; House of Commons Treasury Committee, *Crypto-assets*, 2018, reperibile online.

⁵² ESMA, *L'ESMA mette in guardia gli investitori sui rischi elevati delle offerte iniziali di moneta (ICO)*, 13 novembre 2020, reperibile online.

⁵³ In particolare, si prevede l'applicabilità della direttiva sul prospetto informativo, della normativa MIFID/MIFIR, della direttiva GEFIA e della disciplina antiriciclaggio.

in criptoattività sono ad alto rischio e che gli investitori possono subire notevoli perdite non solo a causa della loro volatilità, ma anche a causa delle sue carenze tecniche e operative, della mancanza di trasparenza e di integrità del relativo mercato.

Nell'ultimo periodo, seguendo le indicazioni della Commissione⁵⁴, le Autorità di vigilanza hanno valutato gli sviluppi del mercato nel settore delle criptoattività e l'emergere delle offerte iniziali di moneta (ICO). Nei relativi rapporti si ribadisce che gli investimenti in criptoattività e *token*⁵⁵ sono eccessivamente speculativi ed espongono gli investitori a un significativo rischio di mercato, a frodi, a rischi connessi alla *cybersicurezza* derivanti dagli scambi e dai fornitori di servizi ed è loro applicabile, quanto meno, la disciplina antiriciclaggio e, nella maggior parte dei casi, anche la disciplina MIFID.

5. In tale contesto, il 24 settembre 2020, la Commissione europea ha pubblicato la comunicazione relativa a una strategia in materia di finanza digitale (Fintech) per l'UE⁵⁶ individuando le priorità che guideranno le azioni dell'Unione Europea per promuovere la trasformazione digitale fino al 2024, tra cui ridurre al minimo i rischi derivanti dal crescente sviluppo delle minacce informatiche, ad esempio il pericolo di furto di fondi dei consumatori o la violazione della loro *privacy*⁵⁷.

Nell'ambito di tale priorità e contestualmente a questa strategia, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento sulla resilienza operativa digitale nel settore finanziario o *Digital Operational Resilience Act* (DORA), volta a fissare un quadro normativo armonizzato in tema di resilienza operativa digitale e sicurezza dei servizi ICT, permettendo così ai consumatori e alle imprese di trarre vantaggi e benefici dal *fintech*, mitigando i rischi ad esso connessi.

Il DORA si applicherà ad un vasto numero di entità finanziarie tra le quali figurano non solo istituti bancari, ma anche istituti di credito, di pagamento e di moneta elettronica, fornitori di *crypto-assets*, fondi di investimento alternativi, imprese di assicurazioni, istituti di previdenza. Le entità finanziarie sono destinatarie di una serie di adempimenti e di obblighi differenziati in base alle dimensioni, ai profili di *business*, nonché all'esposizione del rischio digitale⁵⁸ e saranno incoraggiate a condividere reciprocamente informazioni, al fine di aumentare la consapevolezza in relazione alle *cyberminacce*, limitare la capacità di diffusione delle stesse e implementare le proprie capacità difensive (art. 40, DORA).

⁵⁴ Piano d'azione *Fintech*, cit.

⁵⁵ L. SCHOR, *Explaining the Simple Agreement for Future Tokens Framework*, 29 November 2017, reperibile *online*.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni relativa ad una strategia in materia di finanza digitale per l'UE, COM(2020)591 final.

⁵⁷ Sul punto, la Commissione ha chiarito che presterà particolare attenzione alla promozione delle nuove opportunità offerte dal *fintech* ai consumatori nel rispetto delle norme sulla protezione dei dati e, soprattutto, del regolamento UE 679/2016, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

⁵⁸ Per esempio, le microimprese sono esonerate da tutta una serie di obblighi, quali stabilire complesse disposizioni di *governance*, eseguire valutazioni approfondite dopo importanti cambiamenti nelle infrastrutture di rete e nei sistemi informativi, condurre regolarmente analisi di rischio sui sistemi ICT *legacy*, ecc. Viceversa, gli istituti finanziari più importanti avranno maggiori responsabilità rispetto alle altre entità finanziarie.

Il DORA stabilisce regole mirate in materia di gestione del rischio ICT, volte a garantire, tra l'altro, il pieno allineamento tra le strategie degli operatori. In tale ambito, l'organo amministrativo delle entità finanziarie avrà un ruolo centrale e attivo nel guidare il quadro di gestione del rischio ICT, adottando un approccio volto a coltivare – ad ogni livello aziendale e per tutto il personale – un forte senso di consapevolezza sui rischi informatici e a rispettare una rigorosa *cyber hygiene*⁵⁹.

La responsabilità finale dell'organo amministrativo – quale principio generale dell'approccio adottato dal DORA – si traduce nell'onere di definire, approvare e monitorare su base continuativa un *framework* per la gestione del rischio ICT, che, ai sensi dell'art. 5, DORA, dovrebbe – *inter alia* – contenere:

- obiettivi chiari in materia di sicurezza informatica;
- misure tecniche e organizzative volte a prevenire e ad assicurare un rapido recupero dei sistemi a fronte di eventuali incidenti e/o *cyber*-attacchi (ad es., politiche di *business continuity* e piani di *disaster recovery*⁶⁰);
- la programmazione – su base periodica e almeno una volta all'anno – di *test* di resilienza operativa digitale, volti a individuare eventuali punti deboli, carenze o lacune, nonché ad adottare le necessarie misure correttive⁶¹;
- una strategia di segnalazione in caso di incidenti ICT.

Proprio con specifico riferimento all'ultimo punto sopracitato, le Entità finanziarie saranno tenute a implementare processi adeguati per garantire la gestione e il *follow-up* degli incidenti ICT, adottando le misure di cui all'art. 15, par. 3, DORA, tra cui – a titolo esemplificativo – quelle volte a:

- monitorare e registrare gli incidenti ICT;
- classificare gli incidenti ICT sulla base dei criteri forniti dall'art. 16, DORA⁶², e di quelli ulteriori che saranno identificati dalle Autorità europee;
- segnalare alle autorità competenti individuate sulla base dei criteri di cui all'art. 41, DORA e – se del caso – agli utenti interessati, gli incidenti ICT “rilevanti”.

Tale meccanismo consentirà di attenuare le conseguenze dei *cyber*-attacchi, evitando così – o quanto meno riducendo il rischio – che i sistemi perdano integrità o diventino indisponibili e che i dati ivi contenuti vengano violati.

Con riferimento ad un altro interessante profilo, quello relativo alla gestione del rischio ICT connesso all'utilizzo dei servizi di terzi, Negli ultimi anni le attività finanziarie sono diventate sempre più dipendenti dai servizi ICT offerti da terzi for-

⁵⁹ Per “cyber-higiene” si intende “una serie di principi, semplici ma efficaci, che devono essere osservati quotidianamente per minimizzare, e se possibile azzerare, il livello di rischio residuo delle applicazioni aziendali” (G. CIMINARI, A. DE SPAGNOLIS, *Cyber Hygiene: gli ingredienti di base per un programma di cyber protection*, 2018, reperibile *online*).

⁶⁰ Per “piano di *disaster recovery*” si intende un insieme di misure che permettono agli apparati IT delle imprese di superare situazioni di emergenza, ripristinando dati e funzionalità operative a seguito di incidenti qualsiasi tipo.

⁶¹ Sul punto, si precisa che l'art. 23 del regolamento impone alle entità finanziarie classificate come “significative” (per es., grandi istituti di credito, borse valori e depositi centrali di titoli) di condurre ogni tre anni *test* di penetrazione guidati su strumenti, sistemi e processi ICT. Per “*test* di penetrazione guidato” si intende un *test* che imita le tattiche e le tecniche degli attori delle minacce informatiche nella vita reale (art. 3, par. 1, n. 13, regolamento).

⁶² Tra i criteri si segnalano: il numero di utenti e di controparti interessati dall'incidente, la durata e la portata geografica dell'incidente e i dati eventualmente persi a causa dell'incidente.

nitori (“Fornitori ICT” o “Provider”)⁶³, che consentono agli operatori di adattarsi ad un’emergente e competitiva economia digitale globale.

L’uso estensivo dei servizi ICT⁶⁴ è evidenziato dal ricorso a complessi accordi contrattuali, che tuttavia non sempre soddisfano adeguatamente le esigenze specifiche delle Entità finanziarie o prevedono sufficienti garanzie in termini di *standard* prudenziali, esercizio di diritti o poteri e monitoraggio dei processi di gestione dei servizi.

Inoltre, nonostante alcuni sforzi per disciplinare l’*outsourcing* nel settore finanziario⁶⁵, la questione del rischio connesso all’utilizzo dei servizi dei Provider risulta ancora insufficientemente affrontata all’interno del panorama regolatorio dell’Unione.

A fronte delle summenzionate criticità, il DORA delinea dei principi-guida cui gli operatori dovranno attenersi nella gestione dei rapporti con i fornitori ICT, stabilendo altresì gli elementi minimi che i contratti di *outsourcing* dovranno contenere, tra cui:

- una completa descrizione dei servizi forniti dai *Provider* e degli obiettivi di *performance* quantitativi e qualitativi in capo agli stessi;
- disposizioni in materia di accessibilità, disponibilità, integrità, sicurezza e protezione dei dati personali;
- obblighi di notifica – in capo ai fornitori ICT – in caso di guasti dei sistemi e/o di incidenti informatici;
- diritti di accesso, ispezione e revisione da parte delle entità finanziarie nei confronti dei *Provider*.

Il DORA promuove, altresì, l’uso volontario di *Standard Contractual Clauses* (“SCC”), ossia modelli di clausole contrattuali che verranno elaborate dalla Commissione e che potranno essere incorporate in un contratto più generale, purché non vengano modificati.

Infine, i fornitori ICT considerati “critici” sulla base dei criteri di cui all’art. 29, DORA⁶⁶ saranno sottoposti alla sorveglianza di un “lead overseer”, designato dalle Autorità europee per valutare se il *Provider* abbia messo in atto regole, procedure e, in generale, meccanismi idonei a gestire i rischi ICT.

In conclusione, in un contesto in cui il livello di sicurezza dei servizi ICT risulta spesso inferiore rispetto al livello di sofisticazione raggiunto dalla criminalità informatica, il DORA propone un modello di resilienza digitale *by design*, che prevede una gestione del rischio integrata nell’intero ciclo di vita dei servizi.

Il DORA consentirà, inoltre, di tutelare i diritti dei consumatori, promuovere un settore finanziario *data-driven* e agevolare la crescita delle aziende, garantendo al contempo un’effettiva parità di condizioni e rendendo il quadro normativo dei servizi finanziari all’interno dell’UE più favorevole all’innovazione.

⁶³ G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002.

⁶⁴ A. BURCHI, S. MEZZACAPO, P. MUSILE TANZI, V. TROIANO, *Financial Data Aggregation e Account Information Services*, in *Quaderni Fintech Consob*, marzo 2019, p. 33 ss.

⁶⁵ Si vedano, ad esempio, le linee guida sull’*outsourcing* nel settore finanziario emesse dall’EBA il 27 febbraio 2019, reperibili *online*.

⁶⁶ Sul punto, si segnala che le Autorità europee stabiliranno, pubblicheranno e aggiorneranno annualmente l’elenco dei Fornitori ICT ritenuti critici, sulla base di criteri quali, ad esempio, la diffusione e la sostituibilità all’interno del mercato europeo.

Ciò costituisce un ulteriore tassello nel quadro di armonizzazione in materia di sicurezza informatica implementato dal legislatore europeo, il quale nel corso degli ultimi anni ha mosso passi importanti con l'adozione di numerosi provvedimenti, tra cui si ricordano la Direttiva NIS⁶⁷ (attualmente in fase di revisione), il *Cybersecurity Act*⁶⁸ (che ha rafforzato il ruolo dell'ENISA e ha introdotto un sistema di certificazione della sicurezza informatica di tutti i servizi digitali), nonché il GDPR⁶⁹, con cui il DORA condivide molti concetti “chiave” (ad es. la responsabilizzazione dell'organo di gestione, le procedure di *incident management* e l'adozione di misure atte a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio).

Per quanto riguarda i passi futuri, il DORA dovrà passare ora al vaglio del Parlamento e del Consiglio UE, che potranno introdurre ulteriori modifiche al testo legislativo.

In definitiva, nel prossimo futuro, le Autorità europee avranno il compito di elaborare gli *standard* tecnici di regolamentazione e le specificazioni richieste dal DORA, quali protocolli di sicurezza e piani di *business continuity* e *disaster recovery*.

6. Nonostante l'incertezza dello scenario rappresentato e la continua evoluzione tecnologica che caratterizza sempre più i mercati finanziari, si ritiene in ogni caso opportuno trarre alcune brevi conclusioni sull'argomento, senza alcuna pretesa di esaustività.

È evidente, da un lato, che il settore della tecnologia applicata alla finanza sia capace di offrire risposte importanti e concrete alle attuali esigenze di coloro che operano sul mercato; dall'altro, proprio perché è un fenomeno con il quale bisogna ormai confrontarsi quotidianamente, esso necessita di una regolamentazione il più possibile unitaria. Di fronte a questo quadro, le istituzioni europee non possono restare indifferenti ed hanno il compito di intervenire al fine di fornire una regolamentazione chiara e uniforme a tale materia. Il cantiere legislativo è tuttavia ancora completamente aperto. Non sempre è chiaro “cosa” regolare, ovvero quando la tecnologia diventa autonoma in sé e quando invece fornisce assistenza ad un'attività che rimane umana, ponendosi l'esigenza di un passaggio da una regolazione pensata per controllare i comportamenti umani a una funzionale al controllo di processi autonomi e automatizzati. Si tratta di un salto da un piano ad un altro che non è così semplice né scontato da compiere; i rischi che si corrono sono due ed opposti: regolare troppo, quindi sacrificare l'evoluzione digitale alla necessità di porre regole chiare e ben definite; viceversa, regolare troppo poco, dunque lasciare all'autonomia degli operatori finanziari le sorti del mercato e dell'economia. Il bilanciamento tra tali contrapposti interessi non è facile e richiede un'operazione delicata ed una sensibilità del legislatore alla frenetica e travolgente evoluzione digitale cui si assiste costantemente.

⁶⁷ Direttiva 2016/1148/UE, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

⁶⁸ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio (UE) n. 2019/881, del 17 aprile 2019, relativo all'ENISA, l'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza, e alla certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013 (“regolamento sulla cibersicurezza”).

⁶⁹ Regolamento (UE) n. 679/2016, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

Ma bisogna andare oltre, perché il problema si proietta ovviamente anche nei rapporti tra autorità e soggetti vigilati traducendosi in numerosi interrogativi circa le modalità di intervento e di dialogo tra pubblico-privato, considerando le esigenze di proporzionalità, neutralità tecnologica e *level playing field*, in un approccio di regolamentazione basato su principi anziché regole, in ragione della necessità di una disciplina elastica per un settore mutevole e in continua evoluzione.

Innanzitutto, si dovrebbero applicare le stesse norme, indipendentemente dal tipo di entità giuridica interessata o dalla sua ubicazione nell'Unione, secondo una metodologia basata sui rischi e sulla loro rilevanza.

Per quanto concerne l'esigenza di garantire un *level playing field*, si pongono i tradizionali problemi che riguardano la regolazione di fenomeni nuovi, facilmente esportabili o per loro natura transfrontalieri, ovvero, come già anticipato, il concreto rischio di un arbitraggio normativo degli operatori e di una corsa al ribasso dei regolatori. E di questo sono concreta dimostrazione le prime legislazioni che si stanno affacciando nel panorama mondiale, che si caratterizzano per differenze potenzialmente decisive in relazione alle definizioni fornite e allo spazio di liceità entro il quale confinano i fenomeni *Fintech*.

Infine, sono numerose anche le problematiche relative alla tutela dei consumatori e, più in generale, alle regole di "democrazia". Infatti, è stato evidenziato che un sistema controllabile esclusivamente da pochi addetti ai lavori mette a rischio le categorie più svantaggiate, inoltre, come ha sottolineato il Parlamento europeo nel 2017, il rischio è anche quello che lo sviluppo di una fissazione dinamica dei prezzi conduca ad offerte *ad hoc*, che rischiano di essere molto costose per il consumatore.

In termini di metodo, poi, ci si interroga circa l'*an*, il quando e il *quantum* di un intervento in considerazione del fatto che individuare la formula dell'equilibrio potrebbe rappresentare la soluzione ottimale per scongiurare crisi finanziarie legate a tali fattori di novità.

In conclusione, sembra ragionevole a chi scrive che il metodo che ha raccolto maggiori adesioni rispetto all'assenza di interventi o, al contrario, ad un intervento repentino, sia quello dell'istituzione di *sandbox* che, sebbene comporti secondo alcuni qualche rischio di ingenerare confusione legale, sembra evitare da un lato il pericolo che un intervento precoce possa comprimere la spinta innovativa delle tecnologie, e dall'altro che un intervento tardivo risulti inutile a fronte di rischi già materializzati.

Abstract

New Fintech Business Models and the European Approach

The sector of technologies applied to the financial system is playing a crucial role in the European context. Fintech shows that it has great potential for the economic and social development of European countries but it also raises a series of questions.

It is extremely important to understand the significance of this phenomenon as it represents a tool of revolution and innovation for the financial system.

This article will focus on the European development of Fintech, thanks to the interventions of the European supervisory authorities, such as ESMA, EBA and EIOPA and it will highlight the passage from the Fintech Action Plan to the Fintech Strategy, recently proposed by the European Commission.

Viviana Sachetti*

Il nuovo meccanismo di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela delle finanze dell'Unione dalle violazioni dello Stato di diritto sino al 2020. – 3. L'ambito di applicazione del nuovo meccanismo generalizzato di tutela del bilancio per violazioni della *rule of law*. – 4. La procedura stabilita dal regolamento (UE) 2020/2092. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Con il regolamento (UE) 2020/2092 del 16 dicembre 2020¹, il legislatore europeo ha introdotto l'ampiamente atteso regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea in caso di violazione dello Stato di diritto².

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi Roma Tre.

¹ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Per alcuni commenti su tale regolamento, si vedano EDITORIAL COMMENTS, *Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 267 ss.; N. KIRST, *Rule of Law Conditionality: The Long-Awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?*, in *European Papers – Insights*, 2021, p. 101 ss.; B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, 2021, p. 176 ss.; per ulteriori considerazioni nelle fasi antecedenti la sua approvazione definitiva, si vedano F. HEINEMANN, *Going for the Wallet? Rule-of-Law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, in *Intereconomics*, 2018, n. 6, p. 297 ss.; K.L. SCHEPPELE, L. PECH, R.D. KELEMEN, *Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU Budget-Related Rule of Law Mechanism*, in *Verfassungsblog*, 12 novembre 2018; L. BACHMAIER, *Compliance with the Rule of Law in the EU and the Protection of the Union's Budget. Further Reflections on the Proposal for the Regulation of 18 May 2018*, in *EU Crim*, 2019, n. 2, p. 120 ss.; M. CARTA, *Strumenti finanziari e tutela della rule of law: i recenti sviluppi nell'Unione europea*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 153 ss.; ID., *Qualche considerazione sulla tutela dello Stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 308 ss.; A. CIRCOLO, *È la rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 395 ss.; P. MORI, *Gli strumenti di tutela del rispetto dello Stato di diritto: verso una condizionalità politico-finanziaria*, in *Temi e questioni*, cit., p. 187, in specie p. 192 ss.; A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 1, p. 145 ss., in specie p. 162 ss.; S. MARINAI, *Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 69 ss.

² La prima sollecitazione a livello politico per l'adozione di un meccanismo di condizionalità generalizzata in caso di violazione dello Stato di diritto può trovarsi nella lettera inviata nel marzo del 2013 dai Ministri degli esteri di Germania, Olanda, Finlandia e Danimarca alla Commissione europea, nella quale si evidenziava che "it is crucially important that the fundamental values enshrined in the European Treaties

Nel Vertice del 10 e 11 dicembre 2020, il Consiglio europeo ha ottenuto il ritiro del veto di Ungheria e Polonia al pacchetto finanziario 2021-2027, con un intervento politico sul blocco del regolamento 2020/2092, il cui testo così veniva approvato senza modifiche da Consiglio e Parlamento europeo³. Infatti, l'interpretazione e le modalità di applicazione sono state "modellate" dalle conclusioni del Consiglio europeo sulla base delle richieste dei due Stati del Gruppo di Visegrad.

Malgrado sia entrato in vigore il 1° gennaio 2021, i suoi effetti sono sospesi per la volontà del Consiglio europeo e la decisione della Commissione europea di dilazionare qualsiasi attività di attuazione. Il blocco dell'attività di esecuzione del regolamento 2020/2092 viene formalmente giustificato dal Consiglio europeo e dalla Commissione dalla necessità di attendere il giudizio della Corte di giustizia sulla richiesta di annullamento da parte di Ungheria e Polonia e della successiva conseguente redazione da parte della Commissione di linee-guida *ad hoc*⁴.

Da tempo era in ogni caso auspicata l'introduzione nel panorama normativo europeo di misure atte a subordinare il pieno accesso ai fondi comunitari al rispetto della *rule of law*, in considerazione della difficile applicabilità del procedimento di tutela dei valori dell'Unione europea, previsto dall'art. 7 TUE.

Invero, i più recenti episodi che hanno visto protagoniste l'Ungheria e la Polonia hanno reso drammaticamente evidente come l'art. 7 non possa costituire una pronta risposta alle violazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE. Né peraltro una risposta pienamente efficace può essere fornita dalla Corte di giustizia, che pure ha cercato di trovare uno spazio attraverso l'uso della procedura di infrazione e del rinvio pregiudiziale per assolvere al compito affidatole dall'art. 19, par. 1, TUE nell'assicurare il rispetto dei Trattati⁵.

Il presente contributo si propone dunque di analizzare brevemente il quadro normativo pregresso e di illustrare il meccanismo di condizionalità, evidenziando

be vigorously protected", ritenendo possibile la sospensione dei fondi europei quale *extrema ratio* (cfr. K.L. SCHEPPELE, *Enforcing the Basing Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, 2016, p. 127).

³ G. RUGGE, *Il ruolo dei triloghi nel processo legislativo dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 809 ss.

⁴ Deve peraltro considerarsi la posizione assunta dal Parlamento sul punto. In una recente risoluzione, l'istituzione ha affermato con fermezza come l'applicabilità del regolamento non possa essere "soggetta all'adozione di linee guida e [...] eventuali linee guida non devono compromettere l'intenzione dei legislatori" (risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea e l'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo alla condizionalità, 10 giugno 2021, lett. F). Pertanto, il Parlamento ha ribadito la piena applicabilità del regolamento sin dalla sua entrata in vigore, invitando la Commissione ad applicarlo urgentemente e sottolineando la possibilità di presentare una mozione di censura contro tale istituzione a fronte di una sua eventuale inerzia e mancanza di collaborazione (punto 2 della risoluzione).

⁵ In particolare, sulle peculiarità legale all'uso della procedura di infrazione in contesti di violazione dei valori fondamentali dell'Unione, anche attraverso una serie di ricorsi sistematici, si vedano le considerazioni di K.L. SCHEPPELE, *Making Infringement Procedures More Effective: A Comment on Commission v. Hungary*, in *Verfassungsblog*, 30 aprile 2014; ID., *Enforcing the Basing Principles*, cit., p. 105; L.W. GORMLEY, *Infringement Proceeding*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 65 ss.; P. MORI, *Gli strumenti di tutela*, cit., p. 192 ss.; ID., *L'uso della procedura di infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 363 ss.; M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, *ivi*, 2019, p. 245; K.L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2021, p. 58 ss.

le criticità che sembrano tuttavia emergere rispetto a tale nuovo strumento di tutela dello Stato di diritto.

2. Negli anni più recenti, l'Unione europea ha adottato talune misure mirate a garantirne le finanze contro usi distorti che possano derivare, *inter alia*, da carenze sistemiche dell'apparato interno dello Stato membro⁶.

Invero, al fine di tutelare il corretto utilizzo di una pluralità di fondi strutturali e di investimento europei (c.d. fondi SIE), le istituzioni hanno previsto uno strumento che permette una revisione della concessione di tali finanziamenti all'interno del regolamento (UE) 2013/1303⁷. In particolare, l'art. 142 di tale regolamento stabilisce la possibilità per la Commissione di sospendere interamente o parzialmente i “pagamenti intermedi a livello di priorità o di programmi operativi” al verificarsi di talune condizioni, tra le quali le “gravi carenze nel funzionamento effettivo del sistema di gestione e controllo del programma operativo, che hanno messo a rischio il contributo dell'Unione al programma operativo e per le quali non sono state adottate misure correttive”⁸.

Come risulta evidente, tale meccanismo di condizionalità prevede un ambito di operatività molto ristretto, limitandosi a sanzionare, attraverso la sospensione di talune predeterminate forme di finanziamento, quelle carenze sistemiche interne allo Stato membro che incidano direttamente sulla gestione e sul controllo dei fondi SIE, sino a pregiudicarne l'efficace funzionamento⁹.

Nel novero degli strumenti finanziari che possono *lato sensu* considerarsi deputati alla tutela dello Stato di diritto, è stato ipotizzato in dottrina anche l'uso del meccanismo previsto dall'art. 126 TFUE¹⁰. In virtù di tale disposizione, il Consiglio, su proposta della Commissione e a seguito di eventuali osservazioni presentate dallo Stato membro interessato, può accertare l'esistenza di un disavanzo eccessivo e procedere nei confronti di quest'ultimo, dapprima con raccomandazioni e successivamente con una serie di misure, anche a carattere sanzionatorio¹¹. Si è sostenuto per-

⁶ Su tali misure, si vedano F. AMTENBRINK, R. REPASI, *Compliance and Enforcement in Economic Policy Coordination in EMU*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 145 ss.; J. ŠELIŠ, I. BOND, C. DOLAN, *Can EU Funds Promote the Rule of Law in Europe?*, Centre for European Reform, novembre 2017, reperibile online; K.L. SCHEPPELE, L. PECH, *Is Article 7 Really the EU's "Nuclear Option"?*, in *Verfassungsblog*, 6 marzo 2018; M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela*, cit.

⁷ Regolamento (UE) 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca. Sulla compatibilità di simili strumenti di diritto secondario con le sanzioni previste dall'art. 7, par. 3, TUE, si veda L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 128 ss., in specie p. 131.

⁸ Art. 142, lett. a), regolamento (UE) 1303/2013. A norma della stessa disposizione, la Commissione può concedere allo Stato membro interessato la possibilità di presentare delle osservazioni, nonché disporre la revoca della sospensione totale o parziale dei pagamenti intermedi qualora lo Stato adotti le misure necessarie indicate.

⁹ M. CARTA, *Strumenti finanziari e tutela della rule of law*, cit., p. 159.

¹⁰ F. CASOLARI, *Respect for the Rule of Law in a Time of Economic and Financial Crisis: The Role of Regional International Organizations in the Hungarian Affaire*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2013, p. 219 ss., in specie p. 234 ss.

¹¹ L'ambito delle violazioni dei Trattati per disavanzo eccessivo è peraltro espressamente sottratto dalla possibilità per la Commissione e per gli Stati membri di avviare una procedura di infrazione contro

tanto che la decisione di esecuzione 2012/156/UE¹², atto che ha trovato fondamento in tale base giuridica, adottata nei confronti dell'Ungheria nel 2012, fosse volta ad arginare le prime violazioni dello Stato di diritto che andavano profilandosi in tale Stato membro; tuttavia, l'art. 126 TFUE non può considerarsi una disposizione volta a tutelare primariamente il rispetto della *rule of law*, aspetto al quale guarda piuttosto incidentalmente qualora intervenga tra le conseguenze un *deficit* pubblico eccessivo.

Come si evince dunque dal breve quadro tracciato, le misure sinora previste dall'Unione possono essere utilizzate unicamente in situazioni di violazione della *rule of law* strettamente circoscritte al mancato adeguato impiego di taluni predeterminati fondi ovvero qualora lo Stato deliberatamente versi in una situazione di disavanzo eccessivo. E si vedrà di seguito come il regolamento (UE) 2020/2092 tenti di intervenire proprio nel senso di allargare l'ambito di applicabilità delle sanzioni finanziarie alle situazioni concernenti in modo generalizzato i fondi e il bilancio dell'Unione europea.

3. L'attuale situazione di crisi della *rule of law* in diversi Stati membri appare di per sé sufficiente a dimostrare come le misure sinora considerate non abbiano esercitato effetti dissuasivi adeguati, né si siano rivelate particolarmente efficaci sotto il profilo sanzionatorio. L'introduzione nel contesto normativo comunitario del regolamento (UE) 2020/2092 è pertanto da accogliere con favore, trattandosi di un primo strumento di condizionalità finanziaria generalizzata in caso di violazione dello Stato di diritto all'interno dell'ordinamento europeo.

Deve peraltro sottolinearsi come la denominazione del regolamento contenesse, nella proposta originaria della Commissione, un esplicito riferimento al fatto che la tutela del bilancio dell'Unione che si proponeva di attuare fosse strettamente connessa ai casi di sistematica violazione della *rule of law* in uno Stato membro¹³: tale rimando risulta tuttavia eliminato nel titolo definitivo.

La base giuridica del nuovo regolamento è costituita dall'art. 322 TFUE¹⁴, dando così seguito alle conclusioni del Consiglio europeo del luglio 2020¹⁵, nelle quali si è affermata l'importanza di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione in

lo Stato interessato (art. 126, par. 10, TFUE).

¹² Decisione di esecuzione del Consiglio 2012/156/UE, del 13 marzo 2012, che sospende gli impegni del Fondo di coesione a favore dell'Ungheria con effetto al 1° gennaio 2013; la successiva revoca è intervenuta con la decisione di esecuzione 2012/323/UE del Consiglio, del 22 giugno 2012, che revoca la sospensione degli impegni del Fondo di coesione a favore dell'Ungheria.

¹³ COM(2018)324 def., del 2 maggio 2018, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri.

¹⁴ In particolare, tale base giuridica è stata ritenuta adeguata in quanto il regolamento adottato concerne le regole sulla formazione e l'esecuzione del bilancio, a norma dell'art. 322, par. 1, lett. a), TFUE. Non sono mancate tuttavia le critiche di quanti ritenevano che il fondamento legislativo andasse ricercato nell'art. 312 TFUE, inserendo dunque il meccanismo di condizionalità nell'ambito del quadro finanziario pluriennale. La scelta orientata verso l'art. 322 TFUE è da ascrivere alle esigenze di maggioranza politica, poiché tale disposizione prevede una procedura legislativa ordinaria, a differenza dell'art. 312 TFUE che richiede l'adozione del quadro pluriennale con l'unanimità in seno al Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo. Cfr. sul punto R.D. KELEMEN, K.L. SCHEPPELE, *How to Stop Funding Autocracy in the EU*, in *Verfassungsblog*, 10 settembre 2018; K.L. SCHEPPELE, L. PECH, R.D. KELEMEN, *op. cit.*; nonché il parere favorevole del Servizio giuridico del Consiglio del 25 ottobre 2018 all'uso dell'art. 322 TFUE come base normativa.

¹⁵ Conclusioni del Consiglio europeo straordinario del 17-21 luglio 2020.

conformità ai principi generali sanciti dai Trattati, tra i quali si fanno rientrare anche i valori dell'art. 2 TUE.

Interessa innanzitutto evidenziare come l'art. 2 del regolamento fornisca una definizione di "Stato di diritto", quale valore di cui all'art. 2 TUE che al suo interno comprende il principio di legalità, la certezza del diritto, il divieto di condotte arbitrarie del potere esecutivo, una tutela giurisdizionale effettiva, la separazione dei poteri, il principio di non-discriminazione ed uguaglianza di fronte alla legge. Ed è il regolamento stesso ad evidenziare come tale valore debba leggersi alla luce degli altri principi e valori previsti dall'art. 2 TUE¹⁶. Una definizione molto ampia, dunque, che non sembra però trovare una corrispondenza nella fase applicativa del Regolamento.

Invero, il successivo art. 3 prevede, con un elenco non tassativo, tre situazioni che possono essere indicative della violazione dello Stato di diritto. Si fa in particolare riferimento alle minacce all'indipendenza della magistratura; al mancato rimedio in caso di adozione di decisioni arbitrarie o illegittime da parte delle pubbliche autorità, anche causate dalla mancata assegnazione di risorse finanziarie o umane che non garantiscano il corretto funzionamento delle autorità stesse; alla limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, in relazione in particolare a sentenze ed indagini penali.

Sono esempi che nascono evidentemente dai recenti eventi che hanno riguardato in particolare l'Ungheria e la Polonia, ma, proprio in quanto mere esemplificazioni, la loro funzione non appare ancora del tutto chiara, anche alla luce del fatto che, come anzidetto, l'art. 2 del regolamento fornisce già una definizione di Stato di diritto ed elementi utili ad individuarlo. Vi è peraltro un contrasto tra tale disposizione e quanto previsto nelle conclusioni del Consiglio europeo del dicembre 2020¹⁷, stando alle quali non è sufficiente una generica constatazione della violazione della *rule of law* per avviare il meccanismo, dovendosi considerare i fattori di attivazione elencati dall'art. 3 come un *numerus clausus*. Sul punto, dunque, saranno certamente necessari i chiarimenti attesi con le linee guida che la Commissione dovrà adottare nei prossimi mesi in collaborazione con gli Stati membri, come previsto dalle stesse conclusioni del Consiglio europeo¹⁸.

Inoltre, l'art. 4 del regolamento fissa, come enunciato dalla sua rubrica, le condizioni per l'adozione delle misure, ossia una serie di "aspetti"¹⁹ che concretamente determinano la violazione dei principi dello Stato di diritto, quali il non corretto funzionamento delle autorità preposte alla riscossione o all'erogazione dei fondi europei, ovvero il mancato perseguimento dei responsabili di frodi e di fenomeni di corruzione. Si potrebbe ipotizzare che essi integrino in concreto i fattori piuttosto

¹⁶ Tale precisazione, sebbene probabilmente non essenziale in quanto prescrivente una ordinaria regola ermeneutica, non era stata prevista nella proposta di regolamento, la quale invece aggiungeva la definizione di "carezza generalizzata dello Stato di diritto", individuata come la "prassi od omissione diffusa o ricorrente, oppure misura adottata dalle autorità pubbliche che compromette lo Stato di diritto".

¹⁷ Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020.

¹⁸ Le stesse conclusioni precisano tuttavia che "[q]ualora venga introdotto un ricorso di annullamento in relazione al regolamento, le linee guida saranno messe a punto successivamente alla sentenza della Corte di giustizia, in modo da incorporarvi eventuali elementi pertinenti derivanti da detta sentenza (...). Fino alla messa a punto di tali linee guida la Commissione non proporrà misure a norma del regolamento" (conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, par. 2, lett. c).

¹⁹ Così definiti dal testo nella versione italiana. Similmente nella versione spagnola (*aspectos*) e portoghese (*aspetos*); *points* e *Punkte*, nelle versioni rispettivamente francese e tedesca; giuridicamente più corretto il termine *elemente* nella versione rumena.

astratti enunciati dall'art. 3, ma anche sotto questo profilo si auspica maggiore chiarezza nelle linee guida della Commissione.

Il regolamento crea dunque una stretta interconnessione tra le violazioni dello Stato di diritto e il bilancio dell'Unione, in quanto il rispetto della *rule of law* viene considerato come un presupposto essenziale per una sana gestione finanziaria²⁰. Ed è indubbio che il corretto funzionamento del mercato interno necessiti di una struttura statale rispettosa della *rule of law*, garantendo tra l'altro gli attori del mercato sulla trasparenza delle regole di funzionamento dello stesso.

4. Per quanto concerne gli aspetti procedurali previsti dal regolamento (UE) 2020/2092, quando a norma dell'art. 6 vengono accertate violazioni dello Stato di diritto, individuate sulla base delle predette disposizioni e tali da compromettere o rischiare di pregiudicare in modo sufficientemente diretto la gestione del bilancio dell'Unione o i suoi interessi finanziari, la Commissione può procedere con la riduzione o la sospensione dell'erogazione di fondi di varia natura, il rimborso anticipato dei prestiti, la risoluzione degli accordi di finanziamento, o anche vietando la conclusione di nuovi accordi garantiti dal bilancio dell'Unione. Tali misure devono essere proporzionate alla violazione occorsa, in considerazione di una serie di fattori, tra cui gli effetti sugli interessi finanziari dell'Unione e la durata e la ricorrenza della condotta. Ciò, naturalmente, senza pregiudicare gli obblighi già altrimenti gravanti sugli Stati membri nel garantire l'erogazione dei fondi ai destinatari finali, in quanto la Commissione deve necessariamente tener conto dei legittimi interessi dei beneficiari ultimi delle erogazioni.

Il meccanismo così predisposto è pertanto saldamente ancorato ai finanziamenti di natura comunitaria, con il rischio di circoscrivere eccessivamente le potenziali violazioni della *rule of law* alle sole condotte che producano macroscopici effetti di pregiudizio al bilancio dell'Unione, null'altro prevedendo relativamente alle specifiche modalità di tutela dei singoli, ed in particolare sull'accesso alternativo ai finanziamenti comunitari in mancanza dell'intermediazione di un apparato amministrativo nazionale, creando un pericolo concreto di lesione degli interessi di costoro²¹.

L'art. 6 affida l'avvio della procedura alla Commissione, che al sussistere delle predette condizioni deve notificare allo Stato membro interessato gli elementi di fatto e di diritto dai quali appare emergere una violazione della *rule of law* correlata agli interessi finanziari dell'Unione, informando contestualmente il Parlamento europeo e il Consiglio. Il Parlamento può peraltro soltanto sollecitare la Commissione ad un dialogo interistituzionale sul punto, ma i poteri dello stesso si limitano a ciò.

A fronte del parere ricevuto, lo Stato membro può fornire delle osservazioni che la Commissione deve tenere in considerazione. Qualora la Commissione dovesse ritenerle insufficienti o non riceverle affatto, potrà presentare una proposta di esecuzione al Consiglio²², che deve adottare una decisione entro il termine di un mese,

²⁰ Sulla difficoltà di individuare e dimostrare la presenza di una relazione diretta tra la sana gestione delle finanze UE e la conseguente violazione dello Stato di diritto, si vedano tuttavia K.L. SCHEPPELE, L. PECH, R.D. KELEMEN, *op. cit.*; P. MORI, *Gli strumenti di tutela*, cit., p. 196.

²¹ La questione della mancata predisposizione di rimedi adeguati per le singole persone fisiche o giuridiche nell'ipotesi dell'applicazione del regolamento in esame era stata peraltro già sollevata dalla Corte dei Conti europea durante l'iter legislativo (cfr. K.L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *op. cit.*, p. 111).

²² Risulta eliminata la disposizione della proposta di regolamento (art. 5, par. 7) che prevedeva che l'adozione di tale misura da parte del Consiglio dovesse avvenire con la c.d. "maggioranza qualificata inver-

con facoltà dello stesso di modificare la proposta della Commissione a maggioranza qualificata. Con procedura analoga, le misure adottate possono essere revocate o modificate al venir meno o al miglioramento della situazione di violazione dello Stato di diritto che ha dato principio al meccanismo.

Prima di avviare la procedura di cui all'art. 6, la Commissione è tuttavia richiesta dalla stessa disposizione di verificare se non possano individuarsi "altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione [che] consentano di proteggere più efficacemente il bilancio dell'Unione". Trattasi di una indicazione volta probabilmente a predisporre una clausola di rinvio verso gli altri strumenti preesistenti nel quadro normativo comunitario, quale il già menzionato regolamento (UE) 2013/1303, in un tentativo di coordinamento legislativo che, ciononostante, si prospetta di non semplice attuazione.

Da ultimo, il 26° 'considerando' del regolamento fa salva la possibilità per lo Stato membro interessato di chiedere il rinvio della questione al Consiglio europeo qualora ritenga che l'iniziativa della Commissione non sia caratterizzata da imparzialità o non si fondi su sufficienti elementi di prova²³. E non appare difficile prevedere che uno Stato che rischi il taglio di finanziamenti europei non tenti una soluzione ancora più marcatamente politicizzata, rimettendo di fatto la decisione al Consiglio europeo.

Nel complesso, la procedura delineata dal regolamento appare dunque una sorta di ibrido tra la procedura d'infrazione, della quale ricalca la fase precontenziosa, e il meccanismo di tutela dei valori di cui all'art. 7 TUE, rispetto al quale sembra porsi quasi come un'ipotesi speciale.

Ne consegue che, qualora la Commissione rilevi una violazione dello Stato di diritto e questa abbia una ricaduta sui finanziamenti di natura comunitaria o sul bilancio dell'Unione, essa dovrà scegliere se avviare la procedura di infrazione²⁴ ovvero il meccanismo predisposto dal regolamento in esame. Non emergendo alcuna indicazione sulla cumulabilità o meno delle due azioni, né peraltro su eventuali preclusioni nell'avviare questa procedura in pendenza del meccanismo dell'art. 7 TUE, sembrerebbe che la Commissione disponga del potere di decidere se far passare la questione della violazione dello Stato di diritto per il tramite di una procedura essenzialmente politica, dato il ruolo determinante nel nuovo regolamento del Consiglio (e, in subordine, del Consiglio europeo), oppure valutare l'opportunità di giungere ad una sentenza da parte della Corte di giustizia.

Invero, il regolamento in esame non attribuisce alcun ruolo specifico, nella procedura così delineata, ai giudici di Lussemburgo, limitandosi a prevedere al 16° 'considerando' come la Commissione debba procedere ad una "valutazione qualitativa approfondita" della violazione della *rule of law*, tenendo conto delle informazioni attendibili che possono provenire, *inter alia*, dalla stessa Corte di giustizia²⁵. Al pari

sa", ossia la presunzione che l'atto risulti adottato a meno che il Consiglio stesso non decida di respingere la proposta a maggioranza qualificata, entro un mese dalla sua adozione da parte della Commissione.

²³ Si noti peraltro come tale 'considerando' non era stato previsto nella originaria proposta di regolamento.

²⁴ Si vedano peraltro K.L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *op. cit.*, p. 112 ss., nonché P. WENNERÅS, *Making Effective Use of Article 260 TFEU*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 79 ss., sulla opportunità di utilizzare la ben più collaudata procedura d'infrazione, ed in particolare il meccanismo sanzionatorio predisposto dall'art. 260 TFUE, per limitare l'erogazione dei fondi europei agli Stati che violino la *rule of law*.

²⁵ Riferimento alle decisioni della Corte di giustizia da assumere come potenziali informazioni che la proposta di regolamento della Commissione integrava espressamente nell'articolo dedicato alla procedura per l'applicazione del meccanismo. Al contrario, l'attuale art. 6, par. 3, del regolamento adottato

di quanto accade con la c.d. “opzione nucleare” prevista dall’art. 7 TUE, la Corte appare dunque lasciata priva di un potere attivo nella procedura, sebbene il regolamento non manchi di richiamare (mera disposizione di stile?), al 12° ‘considerando’, come l’art. 19 TUE costituisca la concretizzazione del valore dello Stato di diritto.

Le osservazioni che precedono inducono a rilevare come, alla luce della somiglianza con il meccanismo di tutela dei valori predisposto dall’art. 7 TUE, il regolamento in esame abbia introdotto nel panorama europeo una opzione che potrebbe definirsi “quasi nucleare”. È infatti indubbio che il nuovo strumento presenti caratteri simili a quelli che hanno portato a definire l’art. 7 una ipotesi “nucleare”, sia sotto il profilo della difficile applicabilità del meccanismo stesso, ancora fortemente radicato nella volontà politica degli Stati membri, che per ciò che concerne gli effetti incisivi della sua concreta applicazione.

5. Innegabile, dunque, come le brevi considerazioni sinora svolte sul meccanismo di condizionalità generalizzata portino con sé l’interrogativo se, analogamente alla procedura *ad hoc* di tutela dei valori di cui all’art. 2 TUE, vi saranno effettivi spazi di applicazione o se esso rimarrà relegato ad un ruolo del tutto marginale.

Il nuovo regolamento dovrà certamente trovare non semplici spazi di applicazione, in un quadro di equilibri politici che appare sempre più complesso sulla scena europea. E dovrà, al contempo, provare a rispondere ai timori di quanti hanno evidenziato il rischio che la sua applicazione possa compromettere il principio della mutua fiducia e cristallizzare le difficoltà economiche di quegli Stati membri che, sinora, appaiono come i principali portatori di idee populiste e anti-europeiste²⁶.

Nell’attesa delle future linee guida della Commissione, che potranno certamente chiarire gli aspetti non ancora del tutto definiti dal regolamento, non rimane dunque che auspicare che il nuovo meccanismo riesca efficacemente a proporsi come terza via tra l’art. 7 TUE e la procedura di infrazione, in grado di arginare finalmente le violazioni dello Stato di diritto, sebbene nei limiti delle sole situazioni incidenti sul bilancio dell’Unione europea.

Abstract

The New Conditionality Mechanism for the Protection of the Union’s Budget

After briefly considering the framework of existing tools of protection for the Union’s finance until 2020, the contribution aims at analysing the latest general conditionality mechanism for the safeguard of the European budget against the violations of the rule of law, introduced under Regulation (EU) 2020/2092. Some critical considerations, posed by the newly-established mechanism, require a reflection on whether the new tool introduces a ‘quasi-nuclear’ option for the protection of the rule of law, thus creating a third way among the ‘nuclear’ option of Art. 7 TEU and the infringement proceeding.

richiama più genericamente le informazioni provenienti dalle istituzioni dell’Unione, oltre che dalle organizzazioni internazionali competenti in materia e dagli enti riconosciuti.

²⁶ Come richiamato da L. BACHMAIER, *op. cit.*, p. 121; si vedano altresì G. HALMAI, *The Possibility and Desirability of Economic Sanction: Rule of Law Conditionality Requirements Against Illiberal EU Member States*, EUI Working Papers, 2018, n. 6, p. 18 s.; F. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 299 s.



Recensioni

Daniel Borrillo

Droit d'asile et homosexualité. Comment prouver l'intime?

Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 275



Daniel Borrillo, *Maître de conférences* en la *Université Paris X, Nanterre*, especialista en la protección de los derechos fundamentales de las minorías, nos presenta su último trabajo titulado “Derecho de asilo y homosexualidad: ¿cómo probar la intimidad?”; una obra que pone en evidencia las dificultades procesales a las que se enfrentan los extranjeros que solicitan asilo en Francia. Este estudio nos muestra cómo la especificidad de esta protección, en el caso de las personas LGBTI, obliga a las autoridades estatales competentes, en materia de evaluación de solicitudes de asilo, a realizar un esfuerzo para tratar de superar los estereotipos y las concepciones tradicionales con las que se evalúa la prueba en aquellos grupos que provienen de contextos lejanos a la cultura occidental.

La investigación desarrollada entre marzo de 2018 y marzo de 2020, gracias a la firma de un Convenio de colaboración entre el Defensor del Pueblo de Francia, Jacques Toubon, y el Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) bajo la dirección de Borrillo, tiene como objetivo global analizar las modalidades de prueba de la orientación sexual en materia de asilo, centrándose en la construcción de los “indicios”. En este contexto, la prueba constituye un elemento clave para que los solicitantes puedan hacer valer sus derechos ante la Oficina Francesa de Protección a las personas Refugiadas y Apátridas – Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (OFPRA), así como ante el Tribunal Nacional del Derecho de Asilo – Cour nationale du droit d’asile (CNDA). La prueba se presenta como un constructo social “fabricado” en el seno del proceso, que adopta forma jurídica. En este sentido, la prueba aparece en el momento de la constitución del expediente probatorio – las alegaciones o los elementos necesarios para apoyar la solicitud –, para que las autoridades administrativas y judiciales puedan apreciar los elementos clave aportados por los solicitantes.

Más allá de la cuestión jurídica, esta obra se plantea con la finalidad de conocer la forma en que la prueba se produce – no sólo por parte del solicitante, sino también la influencia por parte de su entorno en centros de acogida, con el asesoramiento e instrucción de asociaciones, o tras el contacto con sus compatriotas... – y cómo se instruye – por parte de los centros institucionales de documentación, por la propia OFPRA, o por parte de letrados ante jueces del CNDA, o según el caso, ante el Tribunal Supremo o el Consejo de Estado –, conforme a los principios de Derecho nacional, internacional y europeo. Con esta finalidad, se analizan los expedientes probatorios desde las alegaciones hasta la decisión final, pasando por toda la fase de instrucción.

El resultado es una completa obra dividida en dos partes – cada una de ellas compuesta por dos títulos, que contienen, a su vez, dos capítulos. La primera parte del estudio, se dedica íntegramente al “asilo por razón de orientación sexual”. En esta primera parte, el título I trata la “situación de gays y lesbianas”. En este sentido, como bien indica el autor, es importante conocer la evolución del tratamiento de la homosexualidad en Occidente (Capítulo 1), antes de adentrarnos a estudiar cuál es la situación actual en los países de origen de los solicitantes de asilo (Capítulo 2). Esta perspectiva histórica nos permite relativizar la situación de los países considerados como “retrasados”, a través del estudio de una introducción histórica de la situación LGBTI en nuestro propio continente. En este primer Capítulo, podemos observar cómo el autor realiza una excelente labor de síntesis, presentándonos el resultado de su investigación – desarrollada en los últimos años –, como punto de partida para articular este trabajo. Se trata de mostrar cómo la tolerancia moral hacia los gays y lesbianas es un fenómeno relativamente reciente y de comprender cómo la fabricación de instrumentos jurídicos de protección ha sido una tarea muy laboriosa. A tal efecto, Borrillo realiza un análisis de la penalización de la homosexualidad en Occidente desde sus orígenes – en la filosofía occidental y en la religión cristiana –, estudiando su desarrollo a través del concepto de “sodomía”, en tanto que creación teológica en la Edad Media, que permite clasificar ciertos deseos y disposiciones como “actos contra natura”. Como bien indica el Profesor Borrillo, la sodomía no será despenalizada durante el Renacimiento, aunque sí encontramos en este periodo una relativa tolerancia hacia la homosexualidad. Y, es que, Francia no dejará de contemplar la “sodomía” como un delito, hasta finales del Siglo XVIII – en su Código Penal de 1791. En esta etapa, el ciudadano homosexual ya no es considerado como un delincuente, sino como un enfermo – que requiere tratamiento psiquiátrico. Pero, este fenómeno de descriminalización de la homosexualidad se verá interrumpido por la llegada de los nazis al poder. El artículo 175 del Código Penal alemán – heredero del código prusiano – preveía penas privativas de libertad de hasta diez años. Durante este periodo, se calcula que entorno a 5000.000 ciudadanos homosexuales murieron en prisiones, ejecuciones o tratamientos experimentales. Tras la Segunda Guerra Mundial, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o los Pactos de 1966 – el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – no hacen referencia a la homosexualidad. No será hasta la década de los ‘80, en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comenzará un lento proceso de despenalización de la homosexualidad, que todavía avanza hacia una nueva etapa: la penalización de la homofobia. Así como, desde 1992, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ya no considera la homosexualidad como una enfermedad mental que requiera de un tratamiento psiquiátrico.

En el segundo Capítulo, del Título I de la monografía, se presenta un estudio muy original y actualizado sobre “la situación en los países de origen”, mostrándonos cómo todavía subsisten violencias y discriminaciones contra las personas LGBTI. En este Capítulo, Daniel Borrillo aplica su teoría sobre la “Homofobia de Estado”, que hace referencia a cómo la homofobia puede formar parte de un ordenamiento jurídico – cristalizada en todos los estratos administrativos y jurisdiccionales. El autor acude a los informes anuales de la International Lesbian, Gay, Bisexual,

Trans and Intersex Association (ILGA) para ofrecernos una fotografía estática de la situación actual de las personas LGBTI más allá de Occidente: el resultado es el cómputo de 72 países que consideran que la homosexualidad es un delito – directa o indirectamente – amparándose en la protección de la moral, la salud o la seguridad pública. Entre éstos, el autor destaca cómo 8 países contemplan la pena de muerte, señalando que desde distintos órganos de Naciones Unidas se muestra una “grave preocupación” por este tipo de prácticas. Asimismo, el autor señala que, según los datos proporcionados por Amnistía Internacional, todo apunta a que el ambiente más hostil hacia las personas LGBTI lo encontramos en el continente africano. Además, más allá de la Homofobia de Estado, el Profesor Borrillo también analiza la “homofobia social” en los países de origen. Ésta comprende actitudes discriminatorias, violencias, actos de intimidación y maniobras de intimidación. En este apartado, el autor ilustra una serie de supuestos concretos y el tratamiento de este tipo de casos por parte de los órganos onusianos.

El Título II, de la primera parte de la obra, está dedicado a “la protección contra las persecuciones homófobas” en el ámbito del Derecho internacional y a cómo esta protección se articula en el Derecho francés. En este contexto, el rol del Estado receptor es fundamental, ya que será el encargado de acordar la protección jurídica, en función de si se aprecia una amenaza por la que el solicitante está siendo perseguido o a la que se vería expuesto en caso de retorno a su país de origen. Se trata de un procedimiento único: el solicitante de protección internacional se dirige a las autoridades nacionales que estudian, en primer lugar, si el caso se ajusta a lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), así como las autoridades estatales estudiarán de forma subsidiaria, si se cumplen los requisitos necesarios para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, establecidos en la “Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de diciembre de 2011”. El problema que se plantea es que la normativa internacional no protege expresamente la persecución por razón de “orientación sexual”, por lo que, en este tipo de casos, el reconocimiento de protección dependerá de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, así como de la voluntad de las autoridades estatales que evalúan las solicitudes.

Daniel Borrillo plantea un estudio de las condiciones en las que los solicitantes de asilo pueden recibir protección (Capítulo 1), con el fin de analizar el procedimiento de solicitud de asilo de gays y lesbianas en Francia (Capítulo 2). La autoridad – administrativa o judicial – francesa puede establecer una protección convencional, examinando varios elementos de la persecución: el motivo, posibles riesgos, el nexo causal y la existencia de un temor, individual o actual. En este apartado, el autor plantea una propuesta muy original: la solicitud de asilo – basada en preceptos de la Constitución francesa –; o incluso, una protección subsidiaria, aplicable en tres situaciones: 1. Ante un riesgo de atentado grave, contra los derechos del solicitante, en caso de retorno a su país de origen; 2. Cuando no se pueda demostrar la orientación sexual del solicitante, pero sí se pueda constatar un peligro inminente en caso de retorno; y 3. Solicitantes homosexuales o bisexuales, que no pueden demostrar que la causa de dicho peligro – en caso de retorno – sea su orientación sexual. Además, en este apartado de la obra, el Profesor Borrillo analiza con todo lujo de detalles las etapas del procedimiento de asilo gay en Francia – administrativa y judi-

cial – y examina los perfiles sociológicos de los solicitantes, sirviéndose de informes y estadísticas de la OFPRA, así como de la Association pour la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles et trans à l’immigration et au séjour (ARDHIS).

La segunda parte de esta obra contiene la parte más innovadora de la investigación: “la prueba de la orientación sexual como motivo de persecución”. ¿Cómo puede demostrar el solicitante de asilo su orientación sexual? Con el fin de dar respuesta a esta cuestión, el autor concibe la prueba como un medio o una forma de demostrar un hecho. No se trata de una prueba científica, que tenga por finalidad demostrar la verdad material, sino más bien como una forma de convencer al instructor. En este sentido, el Profesor Borrillo analiza las características y peculiaridades de la prueba en la jurisdicción contencioso – administrativa – en contraposición con la concepción de la prueba en el orden civil o penal – y, más específicamente, en el caso de las solicitudes de asilo gay. El Título I, sobre “la constitución del expediente probatorio en el asilo gay” plantea cómo, según la normativa comunitaria (Directiva 2011/95/UE), “corresponde al Estado miembro (...) evaluar los elementos pertinentes de la solicitud”. De modo que, será necesario evaluar cuáles son los medios de prueba susceptibles de ser aportados por el solicitante (Capítulo 1) y las autoridades encargadas de la instrucción (Capítulo 2) en el marco de una solicitud de asilo gay.

El solicitante de asilo no tiene por qué presentar una prueba completa, sino más bien un indicio de prueba. A tal efecto, la declaración – de los hechos vividos – realizada por el solicitante ocupará un rol esencial en el proceso; que puede ser acompañada de elementos materiales que la apoyen. En este apartado, Borrillo acude al Derecho internacional y al Derecho de la Unión Europea, con el fin de establecer cuándo puede cuestionarse la credibilidad del testimonio. Sobre todo, en aquellos casos en los que, si bien la declaración no es falsa, sí puede ser un tanto imprecisa – debido a la intervención de terceros, compatriotas o al asesoramiento de asociaciones. En este apartado, el autor se sirve de las entrevistas realizadas para analizar casos concretos y tratar de extraer patrones, que le ayuden a determinar cuál es el “rol de terceros consejeros en la construcción de la declaración”. Asimismo, se elabora un inventario de posibles pruebas materiales que pueden ser aportadas para apoyar el testimonio de los solicitantes: orales (declaraciones de familiares, testigos o expertos médicos), documentales (expedidas por las autoridades del país de origen, cartas, correos electrónicos o artículos de prensa), visuales y/o sonoras (redes sociales, fotos o vídeos) u otros medios de prueba (objetos físicos, huellas dactilares o cicatrices corporales).

Por todo lo anteriormente expuesto, el autor señala que la fase de instrucción en el procedimiento de solicitud de asilo se limita, esencialmente, a la búsqueda documental y a la audiencia de los solicitantes. En dicha fase de instrucción, las autoridades competentes pueden servirse un gran número de fuentes de información, tales como: cartas, enciclopedias, anuarios, informes elaborados por organizaciones internacionales, documentos de trabajo de ONGs, publicaciones académicas, normativa – ya sea internacional o interna –, e incluso publicaciones en redes sociales. Este tipo de informaciones constituyen un elemento clave a la hora de apreciar la situación en el país de origen. A tal efecto, son los propios órganos franceses de asilo los encargados de recabar información sobre el terreno – a través de *misiones in loco* – en cooperación con otros países, organizaciones internacionales, u ONGs. Toda esta información sirve a las autoridades para poder apreciar, con mayor deta-

lle, cuál es la situación del solicitante de asilo. En este apartado, el Profesor Daniel Borrillo ha realizado un análisis de varias transcripciones de audiencias, identificando posibles dificultades de expresión, destacando la importancia de la formación de los intérpretes, como elemento esencial para un tratamiento justo de este tipo de solicitudes.

El Título II trata sobre “la apreciación de la prueba de la intimidad” como el principal método de establecimiento de los hechos, en cada caso particular, para el examen y comparación de los medios de prueba disponibles. En materia de asilo en Francia, contrariamente a lo que ocurre en los países anglo – sajones, podemos apreciar un sistema de libertad de prueba. Esto quiere decir que el juez contará con un poder soberano para apreciar los hechos y establecer el Derecho. No obstante, este poder de apreciación no puede interpretarse como un poder ilimitado para dictar sentencias arbitrarias. En atención a lo dispuesto en el artículo 10.3.a. de la Directiva 2013/32/UE, los Estados miembros velarán por que las solicitudes sean examinadas y las decisiones sean adoptadas individualmente, objetivamente e imparcialmente. Ello exige establecer una serie de límites al razonamiento probatorio (Capítulo 1), así como identificar una serie de principios y criterios (Capítulo 2) a modo de marco de actuación.

La autoridad competente, encargada de valorar los hechos y circunstancias específicas del demandante de asilo – en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Directiva 2011/95/UE – debe enfrentarse a una serie de desafíos, que podrían nublar su capacidad para adoptar una decisión individual, objetiva e imparcial. El Profesor Daniel Borrillo subraya la existencia de posibles estereotipos – homófobos y/o xenófobos –, así como el fenómeno del *décalage* cultural (o choque cultural) que podemos apreciar en las transcripciones de audiencias – una especie de ancla involuntaria del razonamiento en el universo cultural europeo. Por este motivo, Borrillo destaca la necesidad de que las autoridades competentes actúen con total objetividad e imparcialidad, lo que requiere de una toma de conciencia de la influencia de sus propios procesos de pensamiento, de su condición emocional y física, de su contexto personal, de sus valores y de sus creencias, así como de sus vivencias y de cómo todo ello afecta al modo en que éstos toman decisiones. Además, se plantea la cuestión del respeto a la intimidad del solicitante de asilo. A tal efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha considerado que determinados medios de prueba deben considerarse como degradantes, tales como: evaluaciones basadas en estereotipos; interrogatorios sobre detalles de prácticas sexuales; la posibilidad de que los solicitantes lleven a cabo relaciones sexuales o cumplimenten “tests” para determinar su orientación sexual; o el hecho de que el solicitante no declarase abiertamente su orientación sexual en su primera entrevista o audiencia, como motivo para denegar la concesión de asilo (*véase*, en este sentido, STJUE de 7 de noviembre de 2013, X. y otros, C-199/12 a C-201/12, EU:C:2013:720, apartado 46; STJUE de 2 de diciembre de 2014, A. y otros, C-148/13 a C-150/13, EU:C:2014:2406, apartados 52 y 69; y STJUE de 25 de enero de 2018 – petición de decisión prejudicial planteada por Hungría –, C-473/16, EU:C:2018:36, apartados 22 ss.).

Para el especialista en Derecho administrativo, en ausencia de una prueba absoluta, la verdad reconocida por el juez será una verdad relevante, lo que no significa que ésta sea frágil, sino que sólo se puede extraer de un conjunto de indicios. En este proceso de (re)construcción imaginaria, se sustituye la noción de la verdad por

la de la posibilidad o la de la probabilidad. De modo que, para poder entender esta cuestión, se requiere el estudio de los principios y criterios jurídicos que guían el razonamiento probatorio en materia de asilo. En este apartado, el autor analiza los principios de “profunda convicción” y del “beneficio de la duda”, en aquellos casos en que “la entrevista no ha permitido establecer la realidad de los hechos alegados” o “las alegaciones han mostrado poca credibilidad o han sido poco desarrolladas”. En este tipo de casos, ante una posible dificultad por parte del solicitante para hablar de su orientación sexual, o ante un posible choque cultural, debe evitarse la formación de un “juez único”, porque el establecimiento de un órgano colegiado aporta mayor garantía de objetividad. Además, en aplicación de estos principios, más allá del testimonio o de las pruebas aportadas, el juez deberá verse persuadido si aprecia riesgo de persecución, en caso de retorno al país de origen.

No se trata sólo de prestar un testimonio coherente, sino también de poder justificarlo. En caso de duda, la “credibilidad” aparece como un elemento esencial, es decir, la ausencia de divergencias, contradicciones y variaciones de los hechos pertinentes presentados por el solicitante. Otro elemento esencial es la actitud del solicitante. En este sentido, la ausencia de emociones, un testimonio impersonal, la ausencia de empatía con otras personas que se encuentran en su misma situación en su país de origen pueden determinar una falta de credibilidad. Llegados a este punto, el Profesor Borrillo cierra la obra planteando dos supuestos, en relación con la credibilidad del testimonio: 1. Una declaración tardía de su orientación sexual – que puede asociarse a la influencia o asesoramiento de terceros –, aunque señala que no ha encontrado ningún caso de este tipo entre los supuestos estudiados; y 2. Puede que el solicitante no se identifique como homosexual o bisexual, o no haya tenido ningún tipo de práctica sexual de este tipo, pero que sea percibido por la sociedad como tal y, por tanto, sufra este tipo de persecución. Teóricamente, el solicitante debe ser perseguido por razón de su orientación sexual, pero poco importa que ésta sea real o sólo percibida por quienes le persiguen. A tal efecto, *vid.* STJUE, de 25 de enero de 2018 (asunto C-473/16), apartados 31-32, en los que se establece que “cuando los Estados miembros evalúan si los temores a ser perseguido del solicitante son fundados, es indiferente el hecho de que posea realmente la característica que lo identifica como perteneciente a un determinado grupo social, siempre que el agente de persecución atribuya al solicitante tal característica. Por lo tanto, no siempre es necesario evaluar la credibilidad de la orientación sexual del solicitante”.

A modo de conclusión, Daniel Borrillo plantea un amplio y detallado listado de propuestas, que tienen como destinatarios a todos los operadores que tienen contacto – directa o indirectamente – con los solicitantes de asilo a lo largo del procedimiento. En primer lugar, en lo que concierne a los agentes y jueces, se requiere: una formación adecuada – en cuestiones LGBTI, interculturalidad e interseccionalidad –; una mayor cooperación entre los agentes de la OFPRA y los jueces del CNDA, para poder recolectar todos los elementos de prueba posibles y no sólo la constatación de los hechos y la credibilidad del testimonio; y una mayor presencia de peritos, especialistas y testigos, así como la habilitación de un mecanismo de *amicus curiae* ante el CNDA. En segundo lugar, en relación con el procedimiento de instrucción, se reclama: un tiempo de entrevista adecuado para una buena instrucción – hora y media sin contar la traducción; un control más estricto de la información de los países de origen y de la calidad de las traducciones e interpretaciones durante el pro-

cedimiento; un mayor uso de informes de expertos, *visitas in loco* y entrevistas para contratar los hechos declarados; la grabación de las audiencias – sonido y audio; un mayor acceso a la información para los investigadores; y la creación de un registro de los fallos. En tercer lugar, con respecto al papel de juez en el procedimiento, se propone: reducir las formaciones de juez único, para asegurar una mayor objetividad en los fallos; aplicar el principio de “beneficio de la duda” cuando el solicitante se auto – determine como homosexual; e incluso la posibilidad de que se considere la categoría de “orientación sexual” como si se tratase de una especie de opinión política, en aquellos países en los que exista una separación entre Iglesia y Estado. Y, por último, el autor exige mayor protección para aquellas personas que defienden los derechos humanos en los países de origen. Además, podemos encontrar un ANEXO con información actualizada sobre la normativa de los distintos Estados, que podrían suponer un riesgo para los solicitantes de asilo.

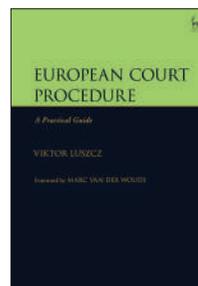
Todo ello hace de esta obra un Manual de referencia, indispensable para todos aquellos compañeros que se planteen abordar – ya sea desde la Academia, en la Práctica Jurídica o desde una Administración Pública – el procedimiento de solicitud de asilo gay, no sólo en Francia, sino también en el conjunto de Estados miembros que componen la Unión Europea.

Jonatán Cruz Ángeles

Viktor Luszc

European Court Procedure. A Practical Guide

Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. XLVIII-730



Il volume qui recensito, con la prefazione del presidente del Tribunale dell'Unione europea, Marc van der Woude, costituisce un importante contributo nel panorama editoriale relativo al contenzioso e al diritto processuale dell'Unione europea, materia quest'ultima che, nonostante i suoi indubbi tecnicismi, appare sempre meno relegata in una nicchia per pochi addetti ai lavori ed è sempre più oggetto di insegnamento nelle aule universitarie di tutta Europa e di interesse crescente da parte di una platea sempre più vasta di operatori del diritto

Il curatore (nonché autore di numerosi capitoli) del volume, che vanta una significativa esperienza nelle istituzioni europee, in particolare, nel Tribunale, di cui è stato referendario per oltre un decennio, si è avvalso della collaborazione di altri esperti della materia (Alexandre Geulette, Milan Kristof, Vivien Terrien, a loro volta referendari alla Corte e al Tribunale, nonché Viktor Bottka e Martin Farley, componenti del servizio giuridico della Commissione europea), che hanno trattato i restanti capitoli dell'opera, condividendo lo sforzo corale di conferire a quest'ultima un taglio quanto più possibile pratico, che non sempre è rinvenibile nelle (non molte, invero) pubblicazioni, prevalentemente in lingua inglese e francese, dedicate al contenzioso e alle regole del diritto processuale dell'Unione.

Il volume, redatto in lingua inglese, è disponibile sia in versione cartacea che in *e-book* ed è aggiornato al primo semestre del 2020. Tiene quindi conto di tutte le più importanti riforme dell'architettura giurisdizionale, che nell'ultimo lustro hanno visibilmente trasformato l'assetto, per certi versi più razionale, disegnato dal Trattato di Nizza nel 2001 e sostanzialmente confermato dal Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009.

Si tratta, in particolare, oltre che delle importanti novelle apportate ai regolamenti di procedura di Corte e Tribunale, che per natura inseguono il continuo evolversi della realtà processuale e sono quindi oggetto di frequenti rielaborazioni ad opera delle due giurisdizioni; dell'ampliamento (*rectius* del raddoppio), in tre fasi (l'ultima delle quali si è realizzata nel settembre 2019), del numero dei giudici del Tribunale (v. regolamento 2015/2422 del 16 dicembre 2015), accompagnato dalla soppressione (nel 2016, in corrispondenza della seconda fase) dell'unico Tribunale specializzato esistente, vale a dire quello che si occupava del contenzioso della funzione pubblica europea (riassorbito dal Tribunale, v. il regolamento 2016/1192 del 6 luglio 2016), che, dopo un considerevole dispendio di energie e di risorse per poter essere messo in condizioni di lavorare, ha chiuso i battenti poco più di dieci anni dopo la sua istituzione, con il conseguente, pressoché contestuale, sostanziale dissolvimento della competenza del

Tribunale quale giudice delle impugnazioni e dell'istituto del riesame di cui all'art. 256, par. 2, co. 2, TFUE; della creazione di un meccanismo di ammissione preventiva delle impugnazioni (v. il regolamento 2019/629 del 17 aprile 2019), attualmente riguardante le impugnazioni proposte in cause che beneficiano di un duplice scrutinio, prima da parte di una commissione di ricorso indipendente e poi da parte del Tribunale (si tratta prevalentemente, allo stato, delle cause relative al contenzioso della proprietà intellettuale), ma che potrebbe in futuro essere esteso ad altri settori del contenzioso, stando a quanto evidenziato nella parte finale della Relazione prevista all'art. 3, par. 1, del regolamento 2015/2422, dedicata al funzionamento del Tribunale a seguito della menzionata riforma in tre passaggi e presentata lo scorso 21 dicembre 2020.

Il volume esamina tanto il contenzioso dell'Unione, consistente nello studio, in tutte le loro diverse sfaccettature, delle varie tipologie di azioni, intese come mezzi di tutela esperibili (in via diretta e indiretta) dinanzi al giudice dell'Unione, quanto le numerose e complesse regole che disciplinano il funzionamento e lo svolgimento del processo dinanzi a quest'ultimo. La prospettiva che lo ispira è, soprattutto, quella di offrire uno strumento agile e di facile e rapido utilizzo (il che spiega, ad esempio, l'uso di un medesimo schema espositivo per i vari tipi di azione) non solo a tutti coloro che praticano pressoché quotidianamente il diritto UE, ma anche ai professionisti meno attrezzati all'uso dei mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento dell'Unione, nonché agli studiosi della materia, che potranno rinvenirvi informazioni e spunti interessanti.

L'opera si suddivide in cinque grandi parti, strutturate in modo non molto dissimile dal noto volume curato, tra gli altri, dal presidente della Corte (cfr. K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *Eu Procedural Law*, Oxford, 2014), al cui interno vengono raggruppati ed esaminati i diversi istituti del contenzioso e del diritto processuale dell'Unione.

Nella prima parte (pp. 3-26) vengono presentati in maniera succinta (forse proprio in ragione dell'impronta pratica che intende caratterizzare l'opera) i principi fondamentali che sorreggono l'intero edificio costituito dall'ordinamento dell'Unione, vale a dire il c.d. primato e l'effetto diretto del diritto UE, il ruolo chiave ricoperto dal giudice nazionale nell'applicazione di tale diritto e la funzione essenziale che la Commissione svolge nell'assicurarne il rispetto, anche a garanzia del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Segue poi una presentazione altrettanto sintetica della struttura della Corte di giustizia dell'Unione nel suo complesso, intesa cioè come istituzione, all'esito della menzionata riforma del Tribunale, del riparto di competenze tra Corte e Tribunale e dei meccanismi di cui all'art. 54, par. 3, Statuto diretti a risolvere i conflitti di competenza tra le due giurisdizioni. Vengono poi brevemente esaminati la composizione di entrambe le giurisdizioni, le modalità di nomina dei loro membri, i rispettivi ruoli di Presidente e vice-Presidente, la loro struttura e organizzazione, con particolare attenzione ai meccanismi di funzionamento dei vari collegi giudicanti e al sistema di attribuzione delle cause (senza tuttavia menzionare la decisione del Tribunale di istituire, a partire dalla fine del 2019, due gruppi di sezioni specializzate, alle quali attribuire, rispettivamente, il contenzioso della funzione pubblica e quello in materia di proprietà intellettuale, relativo a marchi, disegni e modelli e ritrovati vegetali), con un cenno al ruolo dei diversi protagonisti dell'attività giudiziaria *stricto sensu*, dal giudice relatore all'avvocato generale, dal cancelliere ai referendari.

Nella seconda parte (pp. 29-105), riguardante l'applicazione del diritto UE nei confronti degli Stati membri e delle parti private, vengono analizzati la procedura di

infrazione e il rinvio pregiudiziale c.d. di interpretazione. Nella sezione riguardante la procedura di infrazione, vengono presi in considerazione i soggetti che possono adire la Corte, i vari tipi di procedura, l'imputabilità dell'infrazione allo Stato inteso in senso lato, con eloquenti esempi tratti dalla giurisprudenza, e i diversi comportamenti che possono essere all'origine di siffatta procedura. Segue poi una disamina delle due fasi, precontenziosa e contenziosa, che la contrassegnano, degli effetti delle sentenze e, da ultimo, delle sanzioni pecuniarie (somma forfettaria o penalità) che la Corte può infliggere allo Stato membro che abbia mancato a uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei Trattati (v. art. 260, paragrafi 2 e 3, TFUE).

La sezione riguardante il rinvio pregiudiziale c.d. di interpretazione si apre invece con una breve illustrazione dell'evoluzione storica dell'istituto e delle interrelazioni tra esso e, rispettivamente, la procedura d'infrazione, da una parte, e il ricorso in carenza e l'azione di risarcimento danni, dall'altra. Tale sezione è poi strutturata seguendo idealmente le varie tappe che caratterizzano il dialogo costruttivo tra il giudice nazionale e la Corte. In tale percorso ipotetico, ci si sofferma sul momento in cui il rinvio deve essere effettuato, nonché sulla facoltà e l'obbligo (e le sue relative eccezioni) di rinvio delle giurisdizioni nazionali alla luce anche della più recente giurisprudenza, per poi accennare alle conseguenze della violazione di un siffatto obbligo. Segue poi una parte in cui si dà conto delle diverse disposizioni di diritto dell'Unione che possono formare oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale in via interpretativa e del diritto, nazionale e non, che la Corte non può invece essere chiamata a interpretare. La parte centrale di questa sezione, in cui risalta maggiormente l'intento di imprimere al volume un taglio pratico, scandagliando tra la giurisprudenza meno nota, è quella dedicata alle condizioni soggettive e oggettive di ricevibilità (*rectius* ammissibilità) del rinvio pregiudiziale, in cui vengono analizzate, alla luce della ricca e variegata casistica, le varie fattispecie che possono determinare un rigetto della domanda di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte, che vanno dalle condizioni che deve soddisfare l'entità che effettua il rinvio per poter essere considerata "organo giurisdizionale" ai sensi dell'art. 267 TFUE, alle c.d. situazioni puramente interne, per finire con il contenuto minimo che l'ordinanza di rinvio deve avere per risultare conforme all'art. 94 del regolamento di procedura della Corte e non incorrere altrimenti in un suo rigetto da parte di quest'ultima. Chiude il capitolo l'esame degli effetti, tanto dal punto di vista sostanziale che temporale, delle decisioni pregiudiziali interpretative.

La terza parte del volume (pp. 109-383) – dedicata all'esame degli strumenti apprestati dall'ordinamento al fine di assicurare il rispetto del diritto UE da parte di istituzioni, organi e organismi – è indubbiamente la più corposa e ricca di spunti. Al ricorso di annullamento *ex art.* 263 TFUE, che è notoriamente il più importante tra i ricorsi diretti, la cui giurisprudenza è peraltro ormai quasi esclusivamente appannaggio del Tribunale, considerata la competenza residuale della Corte in materia, sono dedicate svariate pagine. Nell'ordine, vengono analizzati, con particolare dovizia e un apprezzabile apparato di note giurisprudenziali e di esempi concreti, tutti i vari elementi che contraddistinguono il ricorso di annullamento: gli atti impugnabili; i soggetti legittimati passivamente; le diverse forme di legittimazione ad agire dei vari ricorrenti (privilegiati, semi-privilegiati e ordinari); la categoria di creazione giurisprudenziale dell'interesse ad agire; i termini (e i differenti *dies a quo* e *dies ad quem* a seconda dell'atto impugnato) per introdurre il ricorso; i diversi vizi dell'atto/motivi di ricorso (afferenti alla legalità esterna e interna dell'atto) invocabili a sostegno della domanda di annullamento; il tipo di sindacato giurisdizionale che

può esercitare il giudice dell'Unione a seconda della natura della controversia e del margine di discrezionalità riconosciuto all'autore dell'atto (con un breve cenno alla competenza estesa al merito o di piena giurisdizione in materia di sanzioni pecuniarie inflitte dalla Commissione nei casi di illeciti anticoncorrenziali, che, vista la sua particolare rilevanza pratica, avrebbe forse meritato una trattazione autonoma e più approfondita); gli effetti della sentenza di annullamento e l'obbligo di ottemperanza che incombe all'istituzione, all'organo o organismo da cui emana l'atto annullato.

Vengono poi esaminati, sulla falsariga dello schema seguito per il ricorso di annullamento, il ricorso in carenza di cui all'art. 265 TFUE, con tutte le sue peculiarità, anche inerenti alla fase precontenziosa che deve necessariamente precedere l'introduzione del ricorso (anche in questo caso l'uso di esempi tratti dalla giurisprudenza si rivela di particolare utilità), e l'azione di responsabilità extracontrattuale dell'Unione di cui al combinato disposto degli artt. 268 e 340 TFUE (in cui vengono illustrati la legittimazione attiva e passiva, i tre presupposti perché possa configurarsi una responsabilità dell'Unione, i danni risarcibili e la loro quantificazione e la prescrizione dell'azione), per poi concentrarsi sul contenzioso della funzione pubblica e su quello in tema di proprietà intellettuale, entrambi caratterizzati da alcune specificità che ne consentono la trattazione alla stregua di categorie di ricorsi omogenee, il che, come si è detto, ha comportato che ne sia stata recentemente decisa l'attribuzione a sezioni specializzate del Tribunale (quattro per il contenzioso della funzione pubblica e sei per il contenzioso in materia di proprietà intellettuale). Segue poi la trattazione, assai analitica, delle impugnazioni, in una sorta di continuità ideale con i ricorsi diretti esaminati in precedenza, nella misura in cui sono dirette anch'esse, sebbene in seconda battuta, ad assicurare la legittimità degli atti di diritto derivato. Non si può tuttavia non osservare come, in questa sezione dedicata ai ricorsi diretti, manchi una trattazione autonoma di quelli di natura contrattuale, che si fondano su una clausola compromissoria, ai sensi dell'art. 272 TFUE, che pure hanno sollevato e continuano a sollevare non pochi problemi giuridici, sui quali la Corte ha recentemente fornito delle prime importanti risposte in sede di impugnazione. Una trattazione separata di questo tipo di ricorsi sarebbe stata *a fortiori* utile e necessaria in un'opera che ambisce a rivolgersi segnatamente agli avvocati.

Oggetto di questa terza parte sono inoltre i rimedi indiretti della c.d. eccezione di illegittimità (o anche dichiarazione incidentale di inapplicabilità) di cui all'art. 277 TFUE e del rinvio pregiudiziale c.d. di validità – entrambi in rapporto di complementarietà con il ricorso di annullamento, in quanto anch'essi diretti a garantire la legittimità degli atti adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione – e, da ultimo, la competenza della Corte, su richiesta di uno Stato membro, del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, a fornire pareri (nell'esercizio quindi di una funzione non contenziosa), ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, circa la compatibilità con il diritto UE di un progetto di accordo che l'Unione intende stipulare con Stati terzi o organizzazioni internazionali.

La quarta parte del volume (pp. 388-539), analogamente alla quinta, è consacrata all'esame delle disposizioni che disciplinano lo svolgimento delle varie fasi del processo dinanzi ad entrambe le giurisdizioni. Questa parte si suddivide in sei sezioni, riguardanti, nell'ordine: le regole processuali comuni alle due giurisdizioni (che vanno dalla rappresentanza in giudizio al calcolo dei termini processuali); le norme specifiche che disciplinano lo svolgimento del processo nei ricorsi diretti (con uno sguardo pratico alle modalità di istruzione della causa da parte del giudice

dell'Unione e diversi consigli pratici relativi anche a come presentare e sviluppare i motivi di ricorso negli atti processuali e a come preparare la discussione della causa in udienza) e quelle ancora più specifiche che regolano il contenzioso in materia di proprietà intellettuale e impugnazioni; le norme applicabili al procedimento pregiudiziale (ordinario, accelerato e d'urgenza) e, infine, le regole che disciplinano la procedura relativa alle richieste di parere ai sensi del menzionato art. 218, par. 11, TFUE.

La quinta e conclusiva parte del volume (pp. 543-704) assembla, in maniera non sempre rigorosa, vari istituti e situazioni processuali di natura incidentale e ancillare o accessoria contemplati dal diritto primario, da quello derivato, dallo Statuto e dai regolamenti di procedura di Corte e Tribunale, la cui trattazione, anche se in un *mélange* atipico, evidenzia profili di interesse soprattutto per l'avvocato che si imbatte in questioni processuali (talvolta bagatellari) meno ricorrenti, ma molto peculiari. Questa parte si compone, in particolare, di dodici sezioni riguardanti: il regime dell'accesso ai documenti, visto sotto diverse angolazioni; il trattamento di informazioni confidenziali e atti riservati e il regime dell'anonimato (di recente utilizzato dalla Corte nei procedimenti pregiudiziali); il procedimento cautelare, incluso il regime di impugnazioni avverso le decisioni di prima istanza; le disposizioni relative alla trattazione accelerata e prioritaria delle cause; l'intervento di terzi (inclusa la problematica del trattamento riservato delle informazioni contenute nel fascicolo di causa). Figurano sempre in questa parte, in ordine sparso, la disamina delle regole in materia di riunione di cause connesse e di sospensione del processo; delle cause d'irricevibilità nel contesto sia dei ricorsi diretti che dei procedimenti pregiudiziali e di non luogo a statuire; la transazione e la rinuncia agli atti; la procedura di composizione amichevole delle controversie in materia di funzione pubblica. Seguono l'esame del giudizio in contumacia, dei regimi delle spese processuali (inclusa la procedura di liquidazione delle stesse in caso di contestazione) e del gratuito patrocinio, nonché una trattazione assai sintetica dei c.d. mezzi di controllo e di impugnazione straordinaria, quali l'opposizione di terzo, la revocazione, l'interpretazione delle sentenze e ordinanze e il procedimento di rettifica delle stesse (manca invece qualsiasi accenno alle fattispecie dell'opposizione alle sentenze contumaciali e dell'omissione di pronuncia del giudice dell'Unione su un capo specifico delle conclusioni o sulle spese, disciplinata, rispettivamente, dall'art. 155 del regolamento di procedura della Corte e dall'art. 165 di quello del Tribunale). L'ultima sezione illustra sommariamente i profili essenziali del processo esecutivo e delle decisioni del giudice dell'Unione *ex* articoli 280 e 299 TFUE.

Da ultimo, se l'indice analitico appare sufficientemente dettagliato, non si può tuttavia non rilevare l'assenza, com'è d'uso specialmente nella manualistica in lingua inglese, di un elenco della giurisprudenza citata e dell'apparato bibliografico delle (invero poche e citate esclusivamente in nota) opere utilizzate. Si tratta evidentemente di una scelta editoriale che sembra rispondere, ancora una volta, al taglio pratico dell'opera. È invece utile la lista, che figura nella parte introduttiva del volume, delle norme rilevanti citate nel testo.

Il libro curato da Luszcz si presenta, in definitiva, come un vasto *corpus iuris*, sfrondata di ogni speculazione di natura teorica, il cui intento, invero riuscito, è di plasmare la materia processuale al fine di offrirne una visione "animata" e apprezzabile tanto dai pratici che dagli studiosi del diritto dell'Unione.

Daniele P. Domenicucci

Libri ricevuti



Chiara Amalfitano, Massimo Condinanzi (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. XVI-234.

Nerina Boschiero, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'Agenda delle Nazioni Unite 2030*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. XXI-326.

Antonio Marcello Calamia, Marcello Di Filippo, Simone Marinai, *Manuale breve diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. XIV-506.

Pietro Curzio, *Il palazzo della Cassazione*, Bari, Cacucci, 2021, pp. 63.

Claudio Di Turi, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. XIV-310.

Silvia Favalli, *Disabilità, diritti umani e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pp. XIV-274.

Angela Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 266.

Carlo Focarelli, *Diritto internazionale*, Milano, Wolters Kluwer, 2021, VI ed., pp. XXXII-824.

Marco Frigessi di Rattalma (a cura di), *La pandemia da COVID-19. Profili di diritto nazionale, dell'Unione Europea ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. VIII-206.

Fabio Marcelli (a cura di), *Il problema catalano tra diritto a decidere ed auto-determinazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 154.

Silvia Marino, *Il ruolo del giudice nazionale nell'enforcement della disciplina sugli aiuti di Stato nell'Unione europea*, Milano-Torino, Pearson, 2021, pp. 187.

Stefano Masini, Vito Rubino (a cura di), *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della PAC*, Bari, Cacucci, 2021, pp. XXVI-174.

Lorenzo Federico Pace, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, Bari, Cacucci, 2021, pp. XIX-175.

Giulio Peroni (ed.), *Which Future for the Euro and the Economic and Monetary Union after the European Elections?*, Bari, Cacucci, pp. 225.

Natalino Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, Giappichelli, 2021, VII ed., pp. XVII-457.

Claudio Sciancalepore, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, Bari, Cacucci, 2021, pp. VII-345.

Giuseppe Tesauo, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, III ed. (a cura di Patrizia De Pasquale e Fabio Ferraro), vol. I, pp. XXVI-493, vol. II, pp. XXIV-552.

The Italian Yearbook of International Law, vol. XXIX, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2020, pp. XV-613.

Ennio Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, Cacucci, 2021, III ed., pp. XVII-318.

Anna Lucia Valvo, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2021, II ed., pp. X-458.

Ugo Villani, *Lezioni di Diritto internazionale*, Bari, Cacucci, 2021, pp. XV-293.

Indice degli autori



Ugo VILLANI

emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Gianluca CONTALDI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Macerata

Ruggiero CAFARI PANICO

ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Fabrizio DI BENEDETTO

dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Maria Rosaria MAURO

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi del Molise

Francesco BATTAGLIA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nella Sapienza di Roma

Matteo DEL CHICCA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Pisa

Marta LAZZARONI

dottore di ricerca in Diritto della navigazione e dei trasporti dell'Università degli studi di Sassari

Cristina Evaghelia PAPANIMITRIU

dottore di ricerca in Diritto dei mercati finanziari dell'Università commerciale Luigi Bocconi di Milano

Viviana SACHETTI

dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea dell'Università degli studi Roma TRE



Consiglio Regionale della Puglia

Teca del Mediterraneo

L'accesso alle fonti documentarie presenti in Biblioteca costituisce un'opportunità per la stesura di tesi di laurea, per l'attività professionale e per gli adempimenti giuridici e fiscali dei cittadini.

La Biblioteca è specializzata nei profili tematici della pubblica amministrazione, diritto, economia e finanza, organizzazione e management, politiche pubbliche e politologia, oltre le riviste e le monografie, sono consultabili diverse banche dati, sia autonomamente, presso la sala riviste della Biblioteca, sia in modalità assistita presso le postazioni di reference, sempre in sede.

DE JURE - un vasto repertorio di massime e sentenze per esteso di legittimità e di merito, normativa nazionale dal 1861, sia in testo vigente che in testo originale, la normativa comunitaria, quella regionale e la prassi in testo vigente, il panorama completo del pensiero giuridico italiano dal 1995 ad oggi.

LEGGI D'ITALIA - oltre 120.000 provvedimenti nel testo vigente e coordinato a partire dal 1751 e i sette Codici d'Italia nel testo vigente e coordinato, oltre 140.000 provvedimenti normativi delle 20 regioni italiane e 2 province autonome, tutti i provvedimenti legislativi che hanno subito modifiche e/o abrogazioni a partire dal 1989, prassi e circolari, normativa comunitaria classificata in 25 aree tematiche, raccolte di sentenze delle Corti di ogni ordine e grado.

IL SOLE 24 ORE - abbonamento all'edizione digitale del Sole 24 ore con gli speciali di "Norme e tributi" e la possibilità di accedere a: Archivio storico del Sole 24 ore, Quotidiano Enti locali, Banca dati 24, My 24, PlusPlus 24 lavoro, Smart24 PA, PlusPlus 24 diritto (banca dati giuridica con dottrina, giurisprudenza e sentenze).

GIUSTAMM e IPSOA – banche dati di dottrina giuridica.

Negli ultimi anni il catalogo è stato arricchito con pubblicazioni relative a Sezioni che valorizzano il territorio regionale: Cultura dell'Ambiente, Sezione di Genere, Identità pugliese, Ragazzi, Arte e spettacolo, Multiculturale.

Servizi gratuiti per il pubblico: assistenza alla ricerca bibliografica, bollettini tematici, consultazione e prestito, corsi sull'uso delle risorse bibliografiche, iniziative didattiche, internet e wifi, prestito interbibliotecario e fornitura di documenti, tirocini formativi, emeroteca e riviste, catalogo on line, banche dati, webzine.

Contatti: tel. 080.540.2770 e-mail: biblioteca@consiglio.puglia.it

via Giovanni Gentile, 52 – 70126 Bari

Sito web: www.consiglio.puglia.it | <http://biblioteca.consiglio.puglia.it>

Facebook: Consiglio Reg Puglia | Biblioteca Consiglio Reg Puglia Teca del Mediterraneo

Instagram [@consiglio.regionale.puglia](https://www.instagram.com/consiglio.regionale.puglia) [@teca_del_mediterraneo](https://www.instagram.com/teca_del_mediterraneo)



CACUCCI EDITORE
BARI

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it



EUROPE DIRECT Puglia

DOVE SIAMO

Europe Direct Puglia

*Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Dipartimento di Scienze Politiche*

Via Giuseppe Suppa, 9 - 70122 Bari

Tel. +39 080 5717707

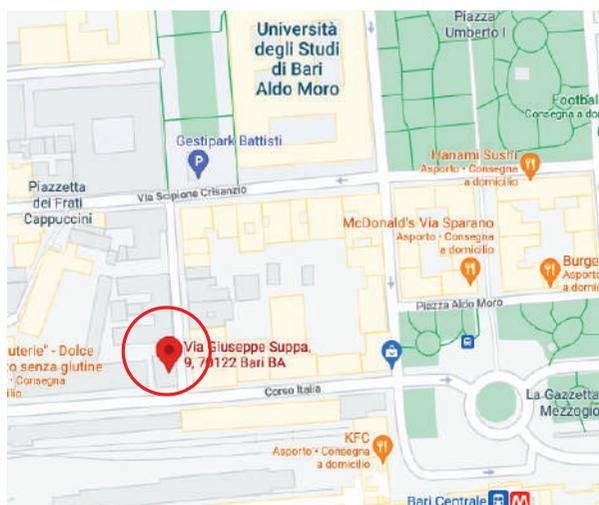
info@europedirectpuglia.eu

www.europedirectpuglia.eu

 [instagram/europedirectpuglia](https://www.instagram.com/europedirectpuglia)

 twitter.com/EuropeDirectPuglia

 [facebook.com/europedirectpuglia](https://www.facebook.com/europedirectpuglia)



ORARI

Europe Direct Puglia è aperto al pubblico
dal lunedì al venerdì ore 9.00 - 15.00

Cofinanziato dall'UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct Puglia* utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in formato PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2021	<input type="checkbox"/> abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'integrazione europea - anno 2021).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del Regolamento UE 2016/679, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi degli art. 15-22 del citato Regolamento, Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i diritti previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*⁶, 2020.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al Diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO, Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, 2014.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*³, 2021.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione europea*, 2017.

14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, 2017.
16. Ivan INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, 2017.
17. Luca PALADINI, *Il Servizio europeo per l'azione esterna – Aspetti giuridici e prospettive di sviluppo*, 2017.
18. Anna IERMANO, *La nozione di pena tra forma e sostanza nel sistema di tutela europeo*, 2018.
19. Andrea CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2018.
20. Teresa Maria MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno. Riflessioni sul sistema delle fonti alla luce dell'art. 114 TFUE*, 2018.
21. Ennio TRIGGIANI, Anna Maria NICO, Maria Grazia NACCI (a cura di), *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, 2018.
22. Antonietta DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, 2018.
23. Giandonato CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, 2018.
24. Emanuela PISTOIA, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, 2018.
25. Nicola RUCCIA, *Caratteri, limiti e prospettive dell'Unione bancaria*, 2018.
26. Francesco CHERUBINI, *Le decisioni nel sistema delle fonti dell'ordinamento europeo*, 2018.
27. Claudia MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, 2018.
28. Giuseppe MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, 2018.
29. Valeria DI COMITE, *La dimensione europea dell'istruzione superiore*, 2018.

30. Lorenzo Federico PACE, *Il regime giuridico dell'euro*, 2018.
31. Maria Caterina BARUFFI, Matteo ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, 2018.
32. Davide DIVERIO, *Limiti all'accesso al mercato dei servizi. Prospettive interne ed europee*, 2019.
33. Caterina FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, 2019.
34. Francesco BATTAGLIA, *Il Mediatore europeo*, 2020.
35. Pierre DE GIOIA CARABELLESE, *Crisi bancaria e diritti dei creditori*, 2020.
36. Mario CARTA, *Unione europea e tutela dello stato di diritto negli Stati membri*, 2020.
37. Claudia MORINI, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, 2020.
38. Angela Maria ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network. Dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN+*, 2020.
39. Denise MILIZIA (a cura di), *The new European Union. Different perspectives from different Member States*, 2020.
40. Alessandro NATO, *La cittadinanza sociale europea al tempo della crisi economica*, 2020.
41. Ilaria OTTAVIANO, *Profili di tutela giurisdizionale nell'unione bancaria*, 2020.
42. Daniela VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'unione europea*, 2020.
43. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, 2021.
44. Maria Luisa TUFANO, Sara PUGLIESE, Mariaconcetta D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, 2021.
45. Lorenzo Federico PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, 2021.
46. Claudio SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, 2021.

Francesco Albani (Bologna, 1578-1660)

Ratto d'Europa, 1640-45, olio su tela, cm 170 x 224, San Pietroburgo, Museo dell'Hermitage

Il dipinto, entrato nel Museo dell'Hermitage nel 1769 grazie ad un acquisto effettuato presso gli eredi di Heinrich von Brühl, uomo politico alla corte di Sassonia e appassionato collezionista, morto a Dresda nel 1763, rappresenta una delle varie interpretazioni, forse la più tarda, del noto tema mitologico derivato dalle *Metamorfosi* di Ovidio, prodotte da Francesco Albani, esponente fra i più accreditati della pittura bolognese di gusto classicista a cavallo tra Cinque e Seicento.

Dal punto di vista iconografico il dipinto di San Pietroburgo riprende da vicino quello della Galleria Spada di Roma (oltre quest'ultima, fra le altre versioni del mito date dall'artista ricordiamo almeno quella della Galleria degli Uffizi, spesso replicata o copiata, e quella del Louvre), di cui ripete anche le notevoli dimensioni. Punto di partenza è, come sempre, il tema ovidiano del rapimento di Europa, giovane ed avvenente figlia di Agenore, oggetto della sfrenata passione di Zeus. Questi, pur di possederla, si trasforma in un placido toro, e in tale aspetto appare alla fanciulla e alle sue ancelle che si trattengono sulla spiaggia, ne suscita la curiosità e la simpatia, gioca con loro, salvo poi balzare improvvisamente in mare tenendo in groppa la malcapitata Europa, e fuggire con la rapita nell'isola di Creta. Sia nel dipinto di San Pietroburgo che in quello, precedente di qualche anno, della Galleria Spada, l'Albani rappresenta l'episodio mitico da un punto di vista molto ravvicinato: Europa vi compare in primo piano, seduta sulla groppa del toro, con un lembo dell'abito sollevato dal vento tanto da formare una sorta di vela, tenuta aperta da un putтино in volo. Un altro putтино, immerso in acqua, afferra un capo della ghirlanda che cinge il collo del toro, quasi fosse un guinzaglio, mentre un terzo sembra voler tirare scherzosamente la coda dell'animale. Un altro elemento comune ai due dipinti, e quasi sovrapponibile, è il gruppo di ancelle sulla lingua di terra retrostante il mare, le quali mostrano nei gesti concitati tutto il loro spavento e la loro disperazione. La differenza sostanziale del dipinto di San Pietroburgo rispetto a quello di Roma è nell'atteggiamento di Europa, che nella versione più tarda che qui proponiamo è molto più carnale, lasciando che un seno nudo emerga dallo scollo dell'abito, e si volge mollemente, senza alcun pathos, in direzione della costa, col braccio allargato quasi ad indicare l'ineluttabilità del rapimento, mentre nella versione romana la fanciulla cinge con le braccia il capo del toro, quasi aggrappandovisi, senza rapportarsi in alcun modo alle ancelle. Anche la cromia cambia, e all'azzurro intenso della veste che contraddistingue la versione romana (e quella fiorentina degli Uffizi), l'Albani sostituisce qui un abito in velluto viola scuro cangiante, molto più raffinato e materico.

La scelta di un soggetto tratto dal mito è frequente nella produzione dell'Albani, che giovanissimo fu allievo della bottega dei Carracci, e in particolare di Ludovico, al seguito del quale, insieme ai condiscipoli Guido Reni e Domenichino, fece il suo esordio, già prima della fine del Cinquecento, negli affreschi di Palazzo Fava a Bologna, che raccontano storie tratte dall'*Eneide*. Trasferitosi a Roma con Guido Reni, più avanti di lui in carriera, per vedere "Annibale, Raffaello e li marmi antichi" (Bellori), nella Città Eterna ebbe modo di accentuare e rimodulare le sue già manifeste propensioni classicistiche subendo particolarmente la fascinazione di Raffaello e divenendo insieme a Guido e al Domenichino, dopo la morte di Annibale Carracci nel 1609, il legittimo erede di questi e realizzando, accanto a vari dipinti di tema religioso, altri dove spesso sono messe in scena allegorie o storie tratte dalla mitologia.

Rispetto alle altre versioni dello stesso mito, il dipinto di San Pietroburgo sembra accentuare il carattere sensuale del soggetto, forse su richiesta del committente, peraltro ignoto, desideroso di esporlo a pochi intimi nella galleria del suo palazzo.

Clara Gelao

storica dell'arte, già Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2021, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2020, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2021).

ISBN 979-12-5965-055-9



9 791259 650559



€ 28,00