



1

# QUADERNO AISDUE

## SERIE SPECIALE

Atti del Convegno  
*“L’Unione europea dopo la pandemia”*  
Bologna 4-5 novembre 2021

Editoriale Scientifica

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

*Presidente:* Antonio Tizzano

*Segretario generale:* Patrizia De Pasquale

*Consiglio direttivo:*

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

*Collegio dei garanti:*

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,  
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

QUADERNO AISDUE  
SERIE SPECIALE

*Comitato scientifico:*

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

*Comitato editoriale Quaderni AISDUE:*

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

*Comitato editoriale BlogDUE:*

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

# **Quaderno AISDUE serie speciale**

*Atti del Convegno*

L'Unione europea dopo la pandemia  
Bologna, 4-5 novembre 2021

Editoriale Scientifica  
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl  
via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 979-12-5976-299-3

## INDICE

*Presentazione del Volume* di Antonio Tizzano 5

*Presentazione del Convegno* di Pietro Manzini 7

### **Sessione introduttiva, 4 novembre 2021**

TIZZANO A., *Saluti introduttivi* 11

MASTROIANNI R., *Il Tribunale dell'Unione europea a confronto con le emergenze della pandemia: i dati salienti* 13

### **Sessione I**

#### **La solidarietà europea, 4 novembre 2021**

CAFARO S., *L'evoluzione della costituzione economica dell'Unione: si è conclusa l'era della stabilità?* 21

COSTAMAGNA F., *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?* 47

MORGESE G., *Il "faticoso" percorso della solidarietà nell'Unione europea* 57

### **Sessione II**

#### **La sovranità europea, 4 novembre 2021**

FAVILLI C., *Le politiche di immigrazione e asilo: passato, presente e futuro di una sovranità europea incompiuta* 99

FERRARO F., *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti* 119

GALLO D., *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri* 141

POLI S., <i>Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche</i>	159
SCHEPISI C., <i>Le “dimensioni” della regolazione dell’intelligenza artificiale nella proposta di regolamento della Commissione</i>	175

### **Sessione III**

#### **Tavola rotonda sul futuro dell’Europa, 5 novembre 2021**

BARTOLONI M.E., <i>La regolazione privata nel sistema costituzionale dell’Unione europea. Riflessioni sulla disciplina relativa al settore dell’innovazione tecnologica</i>	201
TUO C. E., <i>Digitalizzazione e Unione europea a 27: gli effetti sulla cooperazione giudiziaria civile</i>	229
VELLANO M., <i>La costruzione di una leadership mondiale dell’Unione europea attraverso il rafforzamento della sua politica di sicurezza e di difesa comune</i>	255

### **Sessione IV**

#### **Tavola rotonda su digitalizzazione, concorrenza, discriminazione, 5 novembre 2021**

DANIELI D., <i>Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale e il nuovo approccio della Commissione europea: fit for purpose?</i>	273
MASSA C., <i>Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza</i>	293
ZACCARONI G., <i>Le Roi est Mort, Vive le Roi! La blockchain e il diritto dell’Unione europea</i>	317

### *Presentazione del Volume*

Siamo già al terzo volume dei Quaderni nel giro di pochi mesi. Un bel risultato, indubbiamente. Ma a darci soddisfazione non è il solo fatto di aver già raggiunto, in breve tempo, un numero abbastanza elevato di fascicoli. Lo è soprattutto il contenuto degli stessi e la loro varietà e attualità.

Come appunto accade per questo fascicolo speciale, che contiene gli atti del III Convegno della nostra Associazione, svoltosi solo pochi mesi fa a Bologna con grande soddisfazione degli organizzatori e dei partecipanti. Abbiamo raccolto e messo in stampa le relazioni e gli interventi al Convegno e li abbiamo offerti alla nostra comunità scientifica, e non solo ad essa, in tempi molto brevi, come richiesto del resto dalla stessa comunità.

Il Convegno ha centrato i suoi lavori su vari temi del diritto dell'Unione europea, dalla solidarietà alla sovranità, con due Tavole Rotonde: una sul futuro dell'Europa e l'altra su digitalizzazione, concorrenza e discriminazione e un incontro con alcuni giovani studiosi, che hanno riferito delle loro ricerche, prevalentemente nei settori discussi nel Convegno stesso. E tutto questo ha dato luogo ad ampi ed interessanti dibattiti.

Ora tutte le relazioni presentate al Convegno vengono pubblicate nel volume che qui si presenta, e ciò anche, se non soprattutto, perché da esse si parta per ulteriori riflessioni sui temi affrontati e il cui interesse è ben lungi dall'essere esaurito. Al contrario, il loro studio si apre a sviluppi ulteriori, specie per quelli che sono ancora in una prima fase di evoluzione o che comunque si prestano a successivi approfondimenti e anche a prassi ancora da maturare.

È con questo intento che li offriamo all'attenzione dei cultori della materia, nella speranza di incoraggiarli a continuare negli studi sui temi trattati.

Buona lettura, quindi, e al prossimo fascicolo.

Antonio Tizzano



### *Presentazione del Convegno*

Sono raccolte in questo numero speciale dei Quaderni AISDUE le relazioni del III convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del diritto dell'Unione europea, tenutosi a Bologna nei giorni 4 e 5 novembre 2021. Il convegno, intitolato "L'Unione europea dopo la pandemia", aveva come obiettivo di invitare gli studiosi appartenenti all'Associazione a riflettere sulle importanti evoluzioni del diritto dell'Unione provocate, ovvero condizionate o accelerate, dalla pandemia di Covid-19. I temi generali proposti erano quattro. Il primo riguardava l'esigenza di una più ampia e approfondita solidarietà europea, esigenza emersa sin dalla crisi finanziaria degli anni 2008-2011, ma sempre più evidente anche in relazione a molti altri settori, quali quello sanitario, ambientale e della difesa comune. Il secondo chiedeva agli studiosi di ragionare sull'idea di sovranità europea, vale a dire di una rafforzata capacità dell'Unione di agire come autonomo attore globale, salvaguardando al contempo il tradizionale approccio favorevole ad un'ampia cooperazione internazionale. Il terzo tema atteneva all'analisi delle prospettive di riforma del sistema giuridico europeo, segnatamente in relazione al problema del rispetto dei valori europei e dei diritti fondamentali dell'Unione. Infine, il quarto tema generale, sul quale erano stati invitati a cimentarsi gli studiosi più giovani, riguardava le nuove sfide ai diritti sociali presentate dalla digitalizzazione dei mercati.

La pubblicazione dei contributi al convegno non può dare pienamente conto della vivacità e della passione con le quali i temi sono stati dibattuti nelle aule dell'*Alma Mater* ma, come appare evidente dalle analisi qui raccolte, ciò è stato più che compensato dalla cura e dall'approfondimento delle questioni che gli Autori hanno avuto nella preparazione delle loro relazioni scritte.

Questo numero dei Quaderni AISDUE viene licenziato nei giorni in cui una guerra di aggressione, illegittima sotto ogni profilo, è stata portata da uno Stato governato da un regime illiberale contro un Paese sovrano, l'Ucraina, che da tempo aveva manifestato il desiderio di far parte della casa comune europea. Il costante impegno di ricerca e di analisi degli studiosi di diritto dell'Unione europea, anche qui testimoniato, sottolinea l'irrinunciabilità della civiltà giuridica e l'imprescindibilità dello Stato di diritto che sono i valori fondanti dell'Unione.

Pietro Manzini



**Sessione introduttiva, 4 novembre 2021**



## *Saluti introduttivi*

Cari Amici,

siamo arrivati al terzo Convegno AISDUE e lo celebriamo qui a Bologna, città colta e importante per gli studi giuridici, che noi ringraziamo per averci accolti con questo bel sole e con tanto calore. E naturalmente ringraziamo per essa anzitutto il prof. Pietro Manzini, che si è occupato in modo eccellente dell'organizzazione del Convegno, curandone tutti gli aspetti scientifici, culturali ma anche quelli più simpaticamente ... edonistici.

Ringraziamo anche il prof. Mengozzi e la prof.ssa Rossi per aver contribuito, grazie alla loro lunga e ben nota frequentazione dell'Università bolognese, al successo dell'azione del prof. Manzini.

Ma ringrazio soprattutto voi, cari Colleghi ed amici, per aver dato con la vostra folta presenza il riconoscimento più atteso dal Prof. Manzini, ma anche dal Consiglio Direttivo dell' AISDUE. La vostra partecipazione a questo terzo Convegno spiega il successo della nostra Associazione, ma ci dà anche l'impulso a continuare su questa via.

Nell'esprimere la mia soddisfazione per questo nostro incontro odierno e per i risultati da essa conseguiti, non posso però non pensare al fatto che il Convegno cade pochissimi mesi dopo la dolorosa scomparsa del nostro Presidente emerito, prof. Giuseppe Tesauro, che ha dato vita alla nostra Associazione e l'ha presieduta con l'autorevolezza e l'efficacia che tutti abbiamo potuto apprezzare.

Il dolore e il ricordo per la perdita di questo caro Amico e autorevole Presidente sono ancora vivi in quelli di noi che lo hanno frequentato, alcuni per molti anni. E abbiamo pensato di dedicargli per il prossimo luglio, come Associazione e insieme all'Università e al Tribunale di Napoli, un apposito convegno per ricordarne la figura e l'attività scientifica e professionale. Ve ne daremo conto appena siamo pronti. Trovo però intanto doveroso dedicare un minuto di silenzio alla Sua memoria.

\*\*\*

Riprendiamo i nostri lavori. Dicevo di questa ampia partecipazione al nostro Convegno annuale. Essa costituisce, tra le altre cose, anche la conferma del progressivo consolidamento della nostra Associazione e della sua acquisita posizione nella comunità scientifica nazionale. Partecipiamo a tutte o quasi le iniziative scientifiche che toccano la nostra materia, anche se non organizzate da noi; siamo presenti in tutte o quasi le associazioni o comitati nazionali; promuoviamo e ancor più promuoveremo nostre iniziative: o in autonomia o in collegamento con Università, centri studi o di ricerca.

Sotto questo profilo dobbiamo essere grati al Collega e Amico Giandomenico Caggiano e al precedente Consiglio Direttivo, per aver avviato questa attività e all'attuale Consiglio Direttivo per averla continuata con grande impegno.

Ma non ci fermiamo qui, ovviamente, e continuiamo e continueremo a perseguire i nostri obiettivi per dare alla disciplina che ci unisce tutti, lo spazio che merita e che deve avere sulla scena nazionale e internazionale.

Il nostro Convegno annuale vuole essere appunto una testimonianza delle nostre ambizioni e della nostra volontà di essere presenti con forza, modernità e determinazione nel dibattito.

Abbiamo scelto un tema attualissimo e lo analizziamo da punti di vista importanti e proiettati nel futuro, incluso il dibattito sulle riforme che si impongono all'Europa.

Ma di questo parleremo oggi per tutto il giorno. Ora mi fermo per avviare i lavori del Convegno.

Il Presidente  
Antonio Tizzano

IL TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA A CONFRONTO  
CON LE EMERGENZE DELLA PANDEMIA:  
I DATI SALIENTI\*

**Roberto Mastroianni\*\***

Vorrei rubare qualche minuto al denso programma di questo convegno per dare brevemente conto di come il Tribunale abbia affrontato e stia ancora affrontando le delicate questioni sostanziali e procedurali poste dalla pandemia.

A partire dal marzo 2020, il Tribunale è stato chiamato ad adeguare le proprie modalità di lavoro alle sfide specifiche poste della crisi sanitaria.

Subito dopo lo scoppio della pandemia, i termini dei procedimenti in corso e quelli fissati dalla cancelleria sono stati prorogati di un mese. Diversamente, i termini per la proposizione dei nuovi ricorsi non hanno subito dilazioni salva la possibilità, per le parti, di far valere l'art. 45 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo il quale "Nessuna decadenza risultante dallo spirare dei termini può essere eccepita quando l'interessato provi l'esistenza di un caso fortuito o di forza maggiore".

Nel periodo immediatamente successivo allo scoppio della pandemia le udienze di discussione sono state sospese e, per non ritardare la trattazione delle cause, la discussione orale è stata sostituita da quesiti scritti rivolti alle parti. In un secondo momento, il Tribunale, nonostante l'assenza di un'apposita previsione nel regolamento di procedura, ha consentito alle parti che ne facessero richiesta di partecipare alla fase orale del procedimento tramite videoconferenza qualora il rappresentante della parte in questione si trovasse nella condizione di non poter raggiungere la sede della Corte per le restrizioni imposte dagli Stati membri nella gestione dell'emergenza sanitaria. L'esito positivo di questa esperienza ha dato spunto a proposte di modifica

\* Intervento al III convegno AISDUE, Bologna, 4-5 novembre 2021. Le opinioni espresse sono attribuibili soltanto all'Autore. Si ringrazia la dr.ssa Claudia Cinnirella per la collaborazione.

\*\* Giudice del Tribunale dell'Unione europea.

del regolamento di procedura del Tribunale che sono attualmente in discussione in sede di conferenza plenaria.

Così come la Corte, il Tribunale ha prima incentivato, poi imposto (anche ai funzionari) un regime di accesso limitato ai propri locali, in parte tuttora vigente, con applicazione diffusa della prassi del tele-lavoro.

Infine, il Tribunale ha incoraggiato le parti a servirsi dell'applicazione E-Curia per le comunicazioni con la cancelleria nonché per il deposito e la notifica degli atti processuali in via elettronica.

Quanto all'attività propriamente giurisdizionale del Tribunale, la maggior parte del contenzioso, legato alla pandemia, prodottosi nel corso degli ultimi due anni ha interessato il settore del trasporto aereo. Nell'ambito dell'applicazione del “quadro temporaneo per le misure di aiuti di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza Covid-19”<sup>1</sup>, adottato dalla Commissione nel marzo del 2020, la compagnia aerea Ryanair ha avviato una vera e propria campagna a tutto campo contro gli aiuti di Stato concessi da svariati Paesi membri alle compagnie aeree nazionali per far fronte alle conseguenze economiche derivanti dalla crisi sanitaria.

Delle 27 cause promosse, 16 sono attualmente pendenti<sup>2</sup> ed 11 sono state già concluse. Nella maggior parte dei casi, il Tribunale ha ritenuto le misure adottate dagli Stati membri compatibili con il diritto dell'Unione, come nel caso delle garanzie concesse dalla Finlandia e dall'Austria rispettivamente a favore della *Finnair*<sup>3</sup> e dell'*Austrian Airlines*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Comunicazione della Commissione, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, 2020/C 91 I/01, in GUUE C 91I, 20 marzo 2020, pp. 1-9.

<sup>2</sup> *Ex multis*, si vedano le cause: T-499/21, *Ryanair c. Commissione* (TAP Air Portugal), T-429/21, *Ryanair c. Commissione* (Ricapitalizzazione di Air France e KLM); T-444/21, *Ryanair c. Commissione* (Finnair); T-398/21, *Ryanair c. Commissione* (ricapitalizzazione di LOT Polish Airlines); T-340/21, *Ryanair c. Commissione* (Aegean Airlines), ricorso proposto il 19 luglio 2021; T-333/21, *Ryanair c. Commissione* (Alitalia), ricorso proposto il 14 giugno 2021; T-225/21, *Ryanair c. Commissione* (Alitalia), ricorso proposto il 27 aprile 2021; T-111/21, *Ryanair c. Commissione* (Croatian Airlines), ricorso proposto il 19 febbraio 2021; T-34/21, *Ryanair c. Commissione* (Lufthansa), ricorso proposto il 22 gennaio 2020 (Lufthansa); T-14/21, *Ryanair c. Commissione*, (Brussels Airlines), ricorso proposto il 12 gennaio 2021.

<sup>3</sup> Causa T-388/20, *Ryanair c. Commissione* (Finnair), 14 aprile 2020.

<sup>4</sup> Causa T-677/20, *Ryanair e Laudamotion c. Commissione* (Austrian Airlines), 14 luglio 2021. L'aiuto notificato, concesso sotto forma di prestito subordinato convertibile in una sovvenzione pari a 150 milioni €, mirava a compensare l'AUA per i danni derivanti

In altri casi, il Tribunale ha annullato, per difetto di motivazione, le decisioni della Commissione che dichiaravano gli aiuti di Stato compatibili ai sensi dell'art. 107, par. 2, TFUE, come nel caso delle misure stanziati dai Paesi Bassi a favore della compagnia *KLM*, del Portogallo a favore della *TAP Air Portugal* e della Germania a favore della *Condor Flugdienst*. Tuttavia, in questi casi, il Tribunale ha sospeso gli effetti dell'annullamento fino all'adozione di una nuova decisione da parte della Commissione, in ragione delle conseguenze particolarmente dannose della pandemia sulle economie nazionali<sup>5</sup>.

In un altro contesto, di recente il Tribunale è stato chiamato a valutare la legittimità delle decisioni di esecuzione mediante le quali la Commissione ha concesso l'autorizzazione ad immettere in commercio i vaccini *Pfizer*<sup>6</sup>, *Astrazeneca*<sup>7</sup> e *Moderna*<sup>8</sup>. Alcuni di questi ricorsi sono stati promossi da un gruppo

dall'annullamento o dalla riprogrammazione dei suoi voli a seguito dell'introduzione di restrizioni di viaggio e di altre misure di contenimento nel contesto della pandemia di COVID-19. Si veda altresì la causa T-628/20, *Ryanair c. Commissione (Spagna-Covid-19)*, 19 maggio 2021, in cui il Tribunale ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione il fondo di sostegno alla solvibilità delle imprese strategiche spagnole, autorizzato ad adottare diverse misure di ricapitalizzazione a favore delle imprese non finanziarie, stabilite e aventi i loro principali centri di attività in Spagna, considerate sistemiche o strategiche per l'economia spagnola; la causa T-259/20, *Ryanair DAC c. Commissione*, 17 febbraio 2021, in cui il Tribunale ha confermato la compatibilità con il diritto UE della moratoria sul pagamento di una tassa di aviazione civile e della tassa di solidarietà sui biglietti aerei dovuti su base mensile nel periodo da marzo a dicembre 2020 accordata dalla Francia alle compagnie aeree titolari di una licenza francese; la causa T-238/20, *Ryanair DAC c. Commissione (Svezia)*, 17 febbraio 2020, in cui il Tribunale ha ritenuto conforme al diritto UE il sistema di garanzie sui prestiti istituito dalla Svezia per sostenere le compagnie aeree titolari di una licenza di esercizio svedese; nonché le cause riunite T-378/20 e T-379/20, *Ryanair c. Commissione (SAS)*, 14 aprile 2021.

<sup>5</sup> Si vedano, rispettivamente, cause T-643/20, *Ryanair c. Commissione Europea (KLM)*, del 19 maggio 2021, e T-465/20, *Ryanair c. Commissione (TAP)*, del 19 maggio 2021; T-665/20, *Ryanair c. Commissione (Condor)*, del 9 giugno 2020.

<sup>6</sup> Cause T-418/21, *Alazun e altri c. Commissione*, ricorso (con 775 ricorrenti) proposto il 12 luglio 2021; T-464/21, *Faller e a. c. Commissione*, ricorso (con 75 ricorrenti) proposto il 30 luglio 2021; T-96/21, *Amort e a. c. Commissione*, ricorso (con 35 dipendenti) proposto il 16 febbraio 2021, che impugnano la decisione di esecuzione del 31 maggio 2021 EMEA/H/C/005735/II/0030 della Commissione europea.

<sup>7</sup> Causa T-165/21, *Amort e a. c. Commissione*, ricorso (con 35 ricorrenti) proposto il 29 marzo 2021, che impugna la decisione di esecuzione della Commissione del 29 gennaio 2021 C(2021) 698 (final).

<sup>8</sup> Causa T-136/21, *Amort c. Commissione*, ricorso proposto il 5 marzo 2021, che impugna la decisione di esecuzione C(2021) 94 (final) della Commissione europea del 6 gennaio 2020.

di genitori (tra cui molti italiani) di ragazzi non ancora maggiorenni i quali lamentano di essere sottoposti al vincolo della vaccinazione o all'obbligo del tampone per poter partecipare alle attività sociali, culturali o sportive. Altri ricorsi sono stati presentati da personale sanitario e da operatori socio-assistenziali italiani i quali lamentano l'obbligatorietà – o comunque la forte pressione subita – di sottoporsi alla vaccinazione al fine di poter svolgere la propria attività lavorativa, nonostante la natura sperimentale del vaccino comporti, a loro parere, dei rischi per la salute, ed imputano questo rischio alle decisioni di autorizzazione al commercio impugnate. In tutti i casi, i ricorrenti ritengono: che le decisioni di esecuzione siano state emanate in violazione dell'art. 2 del regolamento (CE) n. 507/2006, riguardante l'autorizzazione alla messa in commercio condizionata di medicinali per uso umano, nella misura in cui sia l'OMS che l'UE avrebbero erroneamente valutato la situazione di emergenza nel senso di una minaccia per la salute pubblica<sup>9</sup>; che le decisioni di esecuzione impugnate violino l'art. 4 del regolamento (CE) n. 507/2006 a causa della insussistenza di un rapporto positivo tra rischi e benefici ai sensi dell'articolo 1, punto 28 *bis*, della direttiva 2001/83/CE<sup>10</sup>; che le decisioni di esecuzione si pongano in contrasto con il regolamento (CE) n. 1394/2007, la direttiva 2001/83/CE ed il regolamento (CE) n. 726/2004<sup>11</sup>; che le decisioni di esecuzione violino gli articoli 168 e 169 TFUE nonché degli articoli 3, 35 e 38 della Carta dei diritti fondamentali.

Un nutrito (423 persone) gruppo di ricorrenti italiani ha altresì deposita-

<sup>9</sup> Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione, del 29 marzo 2006, relativo all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d'applicazione del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>10</sup> Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

<sup>11</sup> Regolamento (CE) n. 1394/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, sui medicinali per terapie avanzate recante modifica della direttiva 2001/83/CE e del regolamento (CE) n. 726/2004; direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano (versione consolidata); regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali.

to presso la cancelleria del Tribunale un ricorso<sup>12</sup> volto ad ottenere l'annullamento del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 953/2021 sul certificato Covid digitale dell'Unione europea<sup>13</sup>, o in subordine, l'annullamento (o la modifica) del solo art. 3(1) a e b del medesimo regolamento che prevede la verifica e l'accettazione transfrontaliera dei certificati comprovanti la somministrazione del vaccino e dei certificati comprovanti la somministrazione di un test antigenico rapido. Tra i motivi di ricorso, risulta che i ricorrenti lamentano una presunta ingiustificata discriminazione tra soggetti vaccinati e soggetti non vaccinati nell'esercizio delle loro libertà fondamentali (artt. 20, 21, 41 e 49 della Carta) e della libera circolazione in quanto cittadini dell'Unione. Come è noto, con ordinanza del 29 ottobre 2021 il Presidente del Tribunale ha respinto la richiesta di provvedimenti provvisori avanzata dai ricorrenti, finalizzata a sospendere in tutto o in parte l'esecuzione del regolamento in questione, ritenendo, sulla base delle allegazioni dei ricorrenti, insussistente il *periculum in mora*. Il Presidente del Tribunale ha fornito altresì una serie di valutazioni in tema di interpretazione delle finalità e del campo di applicazione del suddetto regolamento, inteso come intervento normativo finalizzato piuttosto a facilitare la libera circolazione delle persone a fronte di misure restrittive di natura e contenuto differente adottate dagli Stati membri per arginare la diffusione del virus Covid-19: ciò grazie all'introduzione di un quadro comune per il rilascio, la verifica e l'accettazione dei certificati Covid digitali dell'UE.

Sempre in tema di regolamento n. 953/2021, tre ricorsi sono stati presentati di recente da cittadini italiani<sup>14</sup> e da un'associazione sindacale del pubblico impiego<sup>15</sup>, per chiedere al Tribunale l'annullamento del conside-

<sup>12</sup> Causa T-527/21, *Abenante e altri c. Consiglio e Parlamento*, ricorso proposto il 30 agosto 2021. Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

<sup>13</sup> Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2021, su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

<sup>14</sup> Cause T-655/21, *Meluzzi c. Parlamento e Consiglio*; T-657/21, *Chesini e a. c. Parlamento e Consiglio*.

<sup>15</sup> Causa T-679/21, *ANIEF c. Parlamento e Consiglio*.

rando n. 36, nella versione in lingua italiana pubblicata nella GUUE prima della rettifica sopraggiunta in data 5 luglio 2021.

Infine, ricordo che con ordinanza del 27 settembre 2021<sup>16</sup> il Tribunale ha dichiarato irricevibile, per carenza di legittimazione ad agire dei ricorrenti, un ricorso volto ad ottenere l'annullamento del regolamento (UE) 2020/1043 del Parlamento e del Consiglio relativo all'esecuzione di sperimentazioni cliniche con medicinali per uso umano contenenti organismi geneticamente modificati o da essi costituiti e destinati alla cura o alla prevenzione della malattia da coronavirus (Covid-19) e relativo alla fornitura di tali medicinali.

Questo in pillole un sunto dell'attività del Tribunale in un periodo particolarmente complicato. Vi ringrazio per l'attenzione e rivolgo a tutti i miei migliori auguri di buon lavoro.

<sup>16</sup> Ordinanza della Corte del 27 settembre 2021, causa T-633/20, *CNMSE c. Parlamento e Consiglio*.

**Sessione I**  
**La solidarietà europea, 4 novembre 2021**



## L'EVOLUZIONE DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA DELL'UNIONE: SI È CONCLUSA L'ERA DELLA STABILITÀ?

**Susanna Cafaro\***

SOMMARIO: 1. La costituzione economica europea nei Trattati. – 2. *Segue*: e i suoi limiti. – 3. Le criticità affiorate in occasione delle crisi e le risposte della prassi. – 4. Il *Next Generation EU* e il suo impatto sulla costituzione economica dell'Unione: più solidarietà, meno rigore. – 5. Un insieme di strumenti transitori o una modifica permanente della costituzione economica europea?. – 6. Conclusioni.

1. La costituzione economica dell'Unione è la risultante di una serie di disposizioni contenute nei Trattati europei, alcune di ampio respiro, altre più specifiche.

Il punto di partenza è, a nostro avviso, il terzo paragrafo dell'art. 3 che recita “L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”. La stessa disposizione più avanti pone gli obiettivi dell'inclusione, dell'equità intergenerazionale, della coesione economica, sociale e territoriale e della solidarietà tra gli Stati membri. Si tratta dunque di una visione di economia sociale chiaramente solidaristica su cui si innesta l'elemento dell'economia di mercato “fortemente competitiva”.

Pur senza voler qualificare questo assunto di partenza un ossimoro, ci limitiamo a segnalare come, dalle prime battute, il trattato istitutivo dell'Unione lasci ampio margine all'interpretazione o alle interpretazioni che possono derivarne e che variano significativamente a seconda del punto di equilibrio o del bilanciamento individuato tra solidarietà e competitività, due

\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università del Salento. Il testo sviluppa la relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione europea “L'Unione europea dopo la Pandemia”, tenutosi a Bologna il 4 e 5 novembre 2021.

obiettivi potenzialmente in conflitto all'interno di un modello di capitalismo sociale.

Una serie di altre disposizioni nel Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) contribuisce ad arricchire il quadro e, nel tratteggiare gli strumenti, consente di capire come il delicato equilibrio tra istituzioni e tra competenze, tra politiche e tra livelli di governo, dia sostanza a questa visione. Ne discende anche, come si vedrà nelle conclusioni, che un cambio di prospettiva possa essere il risultato di una modifica del *policy mix*, ovvero dell'insieme di scelte politiche (soprattutto nell'ambito delle politiche di spesa), dettate dalle esigenze del momento, senza alterare il quadro normativo di riferimento.

Una disposizione da cui partire nel TFUE è l'art. 119, par. 1, che chiarisce il ruolo relevantissimo svolto dagli Stati membri: "l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza".

È ben chiarito dal TFUE come la politica economica dell'Unione, vincolata al rispetto dei principi di un'economia di mercato competitiva e con alcuni rilevanti elementi sociali e di solidarietà (principalmente nella politica regionale e di coesione) rientri nelle competenze degli Stati membri, che ci si aspetta che si coordinino. L'articolo 5, par. 1, del TFUE, tracciando i confini di tale competenza, aggiunge: "Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche". Sulla falsariga degli indirizzi di massima, dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1999, una seconda linea di coordinamento attiene alle politiche occupazionali e lo strumento è un analogo atto di indirizzo, gli "orientamenti" in materia.

Pertanto, gli Stati membri svolgono il ruolo di attori principali della politica economica come ulteriormente chiarito dagli articoli 120 e 121. Questi, rispettivamente, specificano che: "Gli Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea e nel contesto degli indirizzi di massima di cui all'articolo 121, paragrafo 2". E che:

“Gli Stati membri considerano le loro politiche economiche una questione di interesse comune e le coordinano nell’ambito del Consiglio”.

Gli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell’Unione (articolo 121) e gli indirizzi per l’occupazione (articolo 148) sono il quadro entro il quale si svolge tale coordinamento in sede di Consiglio e di Consiglio europeo. Le due istituzioni intergovernative assolvono quindi utilmente il ruolo di sedi istituzionali in cui gli Stati discutono tra loro di tale coordinamento, sulla base di un lavoro preparatorio e di accompagnamento svolto dalla Commissione europea. Il Parlamento europeo è escluso da questa procedura, salvo un debole ruolo consultivo. La tempistica di tale meccanismo di coordinamento è proceduralizzata nel cosiddetto semestre europeo, che si basa sulla presentazione e sul confronto periodico dei programmi nazionali di stabilità (per i Paesi dell’area dell’euro) o dei programmi di convergenza (per i Paesi al di fuori dell’area dell’euro). Questo è il risultato dell’attrazione di questa procedura di coordinamento nel braccio preventivo del Patto di stabilità e crescita<sup>1</sup>.

Nel titolo dedicato alla politica economica nel TFUE si trovano essenzialmente due categorie di norme: (i) quelle dedicate al coordinamento delle politiche economiche nazionali e (ii) quelle volte a garantire direttamente, attraverso i divieti, la solidità e la sostenibilità delle finanze pubbliche. Tra questi ultimi, il divieto per gli Stati di accedere direttamente al finanziamento monetario del debito da parte della BCE (art. 123 TFUE), il loro obbligo di evitare debiti e disavanzi eccessivi (art. 126 TFUE) e la cosiddetta regola del “*no bail out*”, ovvero il principio per il quale ciascuno è responsabile del proprio bilancio (art. 125 TFUE).

In definitiva, questa attenzione alla stabilità serve a consentire agli Stati di mantenere il (quasi) pieno controllo sui propri bilanci nazionali senza per questo costituire una minaccia per le finanze pubbliche di altri Stati membri o per la stabilità dell’area dell’euro. Questa attenzione alla stabilità non è altro che un modo per garantire che la politica economica e di bilancio (e per conseguenza la fiscalità ed il *welfare*) rimangano nazionali.

<sup>1</sup> Vale a dire fondata sull’art. 121 e sugli atti adottati sulla base giuridica dell’art. 121, par. 6, che costituiscono il braccio preventivo del Patto di stabilità e di crescita, specificamente il regolamento (CE) 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche.

Se la sostenibilità delle finanze pubbliche è la regola aurea nel capo dedicato alla politica economica del TFUE, la stabilità dei prezzi svolge lo stesso ruolo in quello dedicato alla politica monetaria; il binomio sostenibilità economica e stabilità dei prezzi sono al contempo gli obiettivi delle due politiche e gli strumenti che garantiscono il buon funzionamento del mercato comune, creando quella cornice di fiducia o affidabilità che rendono possibili le quattro libertà di circolazione, gli investimenti, i progetti a lungo termine.

I due obiettivi sono a loro volta strettamente collegati tra loro: se le finanze pubbliche sono sostenibili, è ben più facile per la BCE garantire la stabilità dei prezzi, se non lo sono, la crisi finanziaria – simmetrica o asimmetrica che sia – frantuma l’unità del sistema finanziario, vi inserisce ampi margini di incertezza e di rischio e, in ultima analisi, costringe la Banca centrale ad intervenire – come di fatto è intervenuta – con manovre espansive della liquidità (il ben noto *quantitative easing*) che rendono concreto il rischio inflazione. In tale situazione l’aumento dell’inflazione è un rischio calcolato che può essere anche accettato come “male minore” rispetto al rischio di default di uno stato membro o di un sistema bancario nazionale<sup>2</sup>.

Questo aumento del rischio, a cui abbiamo assistito prima con la crisi finanziaria globale e la crisi dei debiti sovrani in Europa, poi con la recessione dovuta alla pandemia, non era tuttavia prefigurato nel trattato, che si limitava a descrivere i due obiettivi complementari come espressione della visione ordoliberal ereditata dal pensiero economico tedesco<sup>3</sup> e a prevenire, attraverso i divieti e i meccanismi di coordinamento, la possibilità che da essa si potesse deragliare.

La stabilità dei prezzi – obiettivo principale del Sistema europeo delle banche centrali – è ciò che rende neutrale la politica monetaria rispetto alle diverse politiche economiche degli Stati membri: tutte si spera equilibrate,

<sup>2</sup> Si veda sul tema F. BASSAN, *Il parametro di legittimità delle misure non convenzionali della BCE*, in *Banca Impresa Società*, 2015, p. 173 ss.

<sup>3</sup> Sull’argomento si risale a F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMAN-DORTH, *Unsere Aufgabe*, in F. BÖHM (hrsg.), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart-Berlin, 1937, p. VII ss. La traduzione italiana si trova in *Il nostro compito. Il Manifesto dell’Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, Catanzaro, 2016, p. 3 ss. Un’utile sistematizzazione è operata da G. CONTALDI, *Il significato attuale dell’economia sociale di mercato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 544 ss.

eppure tutte diverse. In fin dei conti, la cattedrale normativa dell'unione economica e monetaria edificata con il Trattato di Maastricht è piuttosto un muro di contenimento per garantire che gli Stati siano liberi di continuare a gestire i propri bilanci nazionali senza grandi rischi per i partner.

2. Tale visione presentava, sin dall'inizio delle criticità importanti, leggibili nel suo impianto ben prima che le crisi le rendessero evidenti,<sup>4</sup> queste attingono sia alla linea di confine verticale tra politica economica e politica monetaria, sia a quella orizzontale tra competenze monetarie europee e competenze economiche nazionali, entrambe incerte, particolarmente nella gestione delle crisi.

Entrambi i confini si fondano sulla definizione di cosa possa considerarsi politica economica e cosa politica monetaria.

Tuttavia, non solo la definizione delle due politiche pubbliche rimane estremamente confusa, essendo, in fin dei conti, piuttosto artificiale – poiché la politica monetaria è in fondo uno strumento nella cassetta degli attrezzi della politica economica – per di più l'una impatta sull'altra e viceversa, come ha chiaramente evidenziato la Corte di giustizia europea (CGUE), da ultimo nel caso *Weiss*, e ancor di più la Corte costituzionale tedesca. A rendere più incerte tali linee di demarcazione, l'obiettivo secondario della BCE – dopo la stabilità dei prezzi – è quello di sostenere le politiche economiche generali dell'Unione.

La giurisprudenza sul tema ha confermato la fluidità di entrambe queste linee di demarcazione: si vedano le cause *Pringle*, *Gauweiler*, *Weiss*, infine la discutibile sentenza della Corte costituzionale tedesca – la prima e l'ultima incentrate principalmente sulla linea di demarcazione verticale, mentre le altre due per lo più su quella orizzontale (ma anche questa suddivisione è piuttosto approssimativa).

La sentenza della Corte di giustizia, nel caso *Weiss*<sup>5</sup>, conduce alle sue lo-

<sup>4</sup> Se ne trova ampia conferma in S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001 e autori ivi citati.

<sup>5</sup> Sentenza della Corte dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*. Cfr. A. M. MOOIJ, *The Weiss judgment: The Court's further clarification of the ECB's legal framework: Case C-493/17 Weiss and others*, EU:C:2018:1000, in *Maastricht Journal of European and Comparative*

giche conseguenze una premessa già posta in *Gauweiler* (punto 52) e *Pringle*<sup>6</sup> (punto 56): la politica monetaria si interseca con la politica economica, o meglio è suscettibile di produrre effetti indiretti inquadabili nell'ambito della politica economica. Tali effetti, tuttavia, non sono meri accadimenti esterni alla ratio dell'operare della banca, possono essere "prevedibili" e "scientemente accettati" (così al punto 63) e possono esser perfino ovvi, giacché, come si precisa nel paragrafo successivo "occorre ricordare che la gestione della politica monetaria implica in permanenza interventi sui tassi di interesse e sulle condizioni di rifinanziamento delle banche, il che ha necessariamente delle conseguenze sulle condizioni di finanziamento del deficit pubblico degli Stati membri", per conseguenza, "al fine di esercitare un'influenza sui tassi di inflazione, il SEBC è necessariamente portato ad adottare misure che hanno determinati effetti sull'economia reale" (punto 66)<sup>7</sup>.

In una situazione di crisi, come quelle cui si è assistito nell'ultimo decennio, gli strumenti utilizzati dalle banche centrali sono molto più invasivi nell'economia di quanto non sarebbero normalmente. Per questo motivo, i confini posti dal trattato alla politica monetaria sono stati interpretati estensivamente dalla BCE, così da legittimarli<sup>8</sup>. Inoltre, le ragioni addotte dalla

*Law*, 2016, p. 449 ss.; R. MICCÙ, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *federalismi.it*, n. 5, 2019, p. 33 ss.; R. CISOTTA, *Profili istituzionali della BCE e la fine (prossima?) del Quantitative Easing*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2018; F. PENNESI, *Nel nome della stabilità dei prezzi? La Corte di giustizia approva il Quantitative Easing della Banca centrale europea (nota a sentenza C-493/17, Weiss e a.)*, in *diritticomparati.it*, 2018.

<sup>6</sup> Sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12. Si vedano, a commento, F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 724 ss. e la numerosissima dottrina ivi citata; C. KOEDOODER, *The Pringle Judgment: Economic and/or Monetary Union?* in *Fordham International Law Journal*, 2013, p. 111 ss.; G. LO SCHIAVO, *The Judicial 'Bail Out' of the European Stability Mechanism: Comment on the Pringle Case*, in *CoE Research Papers in Law*, n. 9, 2013. Sulle origini del MES, A. DE GREGORIO MERINO, *Legal developments in the Economic and Monetary Union during the debt crisis: The mechanisms of financial assistance*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1613 ss.

<sup>7</sup> Si veda il commento di A. MOOJI *Judicial Review of the ECB's Monetary and Economic Policy Powers: the Last Chapter*", in *EU Law Analysis*, post del 26 gennaio 2019, eulawanalysis.blogspot.com.

<sup>8</sup> Mi sia consentito rinviare sul punto a S. CAFARO, *How the ECB Reinterpreted Its Mandate During the Euro-Crisis (and Why It Was Right in Doing So)*, in L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (a cura di), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Berlin-Heidelberg, 2017, p. 217 ss.

BCE per giustificare la sua proattività – stabilità finanziaria e sopravvivenza dell'euro – sono strettamente legate alla politica economica oltre che monetaria. Infine, obiettivo secondario della BCE è il sostegno delle politiche economiche generali dell'Unione. Con queste premesse, non stupisce più di tanto che la Corte costituzionale tedesca ritenesse *ultra vires* l'operato della BCE e la sua sentenza - dirompente soprattutto perché attaccava una pronuncia su rinvio pregiudiziale e quindi di per sé non attaccabile – conferma in realtà che tale intervento opera in una zona grigia al confine tra competenze europee e nazionali, sia pure argomentando discutibilmente sul punto<sup>9</sup>.

A complicare ulteriormente il quadro, vi è l'evidenza per la quale in una crisi di proporzioni continentali, o globali, pur ricadendo la competenza nel livello nazionale o nell'oggetto dei meccanismi di coordinamento, occorrono soluzioni al livello delle sfide. Così gli stessi Stati membri hanno recentemente ritenuto con l'adozione del pacchetto *Next Generation EU*, un tema sul quale si tornerà in seguito.

Un altro fattore di criticità nell'impianto dei Trattati è la dimensione molto ridotta del bilancio europeo. Anche questa si iscrive nella logica di insieme dei Trattati europei. Se la politica economica rimane agli Stati, se le principali leve dell'intervento pubblico nell'economia - la fiscalità sul fronte entrate, il welfare sul fronte uscite (e dunque scuola, sanità, politiche sociali) - sono nazionali, è evidente che i bilanci nazionali debbano rimanere di volume importante. Di conseguenza, il bilancio europeo è molto piccolo. E tut-

<sup>9</sup> BVerfG, sentenza del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15. Quanto all'ampio dibattito scatenato dalla sentenza, si vedano M. AVBELJ, *The Right Question about the FCC Ultra Vires Decision*, in *verfassungsblog.de*, 6 May 2020; L. BINI SMAGHI, *The Judgment of the German Constitutional Court is incomprehensible*, LUISS School of European Political Economy, Policy Brief n° 25, 2020; F. FABBRINI, R.D. KELEMAN, *With one court decision, Germany may be plunging Europe into a constitutional crisis*, in *washingtonpost.com*, 7 May 2020; M. P. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *verfassungsblog.de*, 6 May 2020; D. SARMIENTO, *Requiem for Judicial Dialogue – The German Federal Constitutional Court's Judgment in the Weiss case and its European implications*, in *eulawlive.com*, 9 May 2020; H. SAUER, *Substantive EU Law review beyond the veil of democracy: the German Federal Constitutional Court ultimately acts as a Supreme Court of the EU*, in *eulawlive.com*, 9 May 2020; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale Tedesco*, in *Osservatorio europeo (www.dirittounioneeuropea.eu)*, 11 maggio 2020; S. CAFARO, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020: conseguenze giuridiche e (soprattutto) politiche*, in *I Quaderni di SIDIBlog*, vol. 7, 2020, p. 451 ss.

tavia, questa scelta mal si concilia con le esigenze che affiorano nella gestione delle crisi e con il principio di solidarietà espresso nei trattati, che richiede una, se pur limitata, capacità di riallocazione delle risorse. I Trattati sembrano essere frutto di una visione particolarmente ottimista, per la quale, date buone politiche nazionali, ci sarà una buona situazione economica europea senza che occorra investirvi, una visione un po' calvinista per la quale i destini economici sono controllabili e i dissesti non esistono se non per chi se li merita. In termini economici, questo significa non contemplare gli *shock* esogeni, se non come accadimenti locali (es. terremoti, alluvioni) per i quali il piccolo bilancio europeo può bastare, tanto più che il suo intervento è addizionale rispetto alle ben più significative possibilità dei bilanci nazionali. È questa la funzione dell'art. 122 TFUE, che contempla accanto agli eventi naturali solo le crisi energetiche e di approvvigionamento (tema tornato purtroppo di scottante attualità).

Un ultimo fattore di criticità nell'impianto dei Trattati è strettamente connesso al precedente ed è nel sistema delle risorse proprie, ovvero delle entrate che alimentano il bilancio europeo, un elemento del quadro in cui si intravedono oggi importanti segnali di cambiamento

La previsione dell'art. 312, par. 1, TFUE per la quale "il quadro finanziario pluriennale mira ad assicurare l'ordinato andamento delle spese dell'Unione entro i limiti delle sue risorse proprie" lega inevitabilmente l'entità del bilancio alla questione delle risorse proprie. Una prima considerazione attiene alla logica a cui questa disposizione risponde, tipica del modello "organizzazione internazionale", per cui le uscite sono logicamente precedenti alle entrate e ne determinano l'entità (il modello della ripartizione delle spese tra gli associati): questa potrebbe non rispondere più alle esigenze di un'area valutaria associata ad un mercato interno e dunque ad un'area economica con caratteristiche che la avvicinano piuttosto alla dimensione statale.

Una seconda considerazione attiene alla composizione del paniere delle risorse proprie e alle sue ripercussioni sul processo decisionale che le regola. La dimensione del bilancio è, come osservato, una diretta proiezione della scarsità delle risorse a disposizione dell'Unione. Il sistema delle "risorse proprie" fu istituito nel 1976 e si fondava su tre categorie di entrate: dazi doganali comuni, prelievi alle importazioni agricole e una piccola percentuale dell'IVA (oggi lo 0,3%) di cui veniva armonizzata la base imponibile; dagli

anni Ottanta, le residue esigenze finanziarie erano coperte da trasferimenti a carico dei bilanci nazionali in misura proporzionale alla dimensione delle economie con qualche aggiustamento, frutto di faticosi compromessi<sup>10</sup>. La soluzione si presentò allora innovativa rispetto alla gran parte delle organizzazioni internazionali le cui entrate erano il risultato di trasferimenti diretti dagli stati. L'esazione rimane di fatto gestita dalle amministrazioni statali che trattengono una percentuale importante, il 25%, a titolo di rimborso dei costi di gestione.

A seguito del declino dei trasferimenti derivanti dai prelievi alle frontiere a causa della progressiva liberalizzazione degli scambi internazionali, la quota a carico dei bilanci nazionali ha tuttavia subito una crescita inarrestabile, fino a toccare nel 2018 il 71 % del totale. È di tutta evidenza come questa non sia esattamente una "risorsa propria", e come il suo incremento abbia compromesso l'autonomia finanziaria dell'Unione incidendo sull'uguaglianza dei suoi membri. A ciò si aggiunge un peso eccessivo degli Stati nelle procedure, rappresentato dall'unanimità richiesta in Consiglio, nella procedura di adozione del quadro finanziario pluriennale, che di fatto ingabbia il bilancio in tetti rigidi di spesa; ancora maggiore è il loro ruolo nella decisione che istituisce o modifica il regime delle risorse proprie: unanimità in Consiglio e ratifica di tutti gli Stati membri.

I due ordini di problemi appaiono strettamente interconnessi o addirittura speculari: la scarsità di risorse autenticamente proprie e l'importanza eccessiva dei trasferimenti nazionali da un lato, l'intergovernatività delle delibere più importanti in merito alle finanze dell'Unione dall'altro. Probabilmente è solo riducendo le entrate a carico degli Stati che si può sperare di veder ridotto anche il loro strapotere – che si concretizza nel diritto di veto - nelle relative procedure.

E tuttavia, un bilancio poco sopra l'1% del PIL europeo non è un problema di per sé (posto che il costo della macchina amministrativa europea ne impegna un modesto 6%), la criticità è nella sua scarsa capacità di rispondere alle sfide che cambiano, e che di certo non possono essere previste per un arco di sette anni, lo è la sua incapacità di configurarsi come strumento di riallocazione delle risorse, tra aree, tra categorie di cittadini, tra vincitori e

<sup>10</sup> Sul bilancio europeo si rinvia ad A. SANTINI, *Voce "Unione europea (bilancio della)"*, in *Enciclopedia del diritto - Annali VIII*, Milano, 2015, p. 821 ss. ed autori ivi citati.

vinti all'interno di un'economia definita fortemente competitiva dal Trattato stesso. In una parola la sua limitata capacità di essere strumento di solidarietà.

Ridurre i trasferimenti nazionali a vantaggio del bilancio europeo restituirebbe un triplice beneficio: (i) renderebbe l'Unione più autonoma; (ii) le consentirebbe di adottare politiche di solidarietà a beneficio dei cittadini (possibilmente non degli Stati) e (iii) aprirebbe la strada ad una possibile eliminazione del voto all'unanimità, poiché è ben difficile da immaginare un passo indietro degli Stati fintantoché si attinge al loro portafoglio. In ultima analisi, consentirebbe un po' di politica economica europea al di là del coordinamento delle politiche nazionali, poiché è attraverso la porta stretta del bilancio che passa la maggiore o minore discrezionalità politica in quest'ambito.

3. Il terreno della gestione delle crisi ha portato allo scoperto le ambiguità e le mancanze dell'area valutaria europea e, dopo una serie di tentativi e di palliativi, sta portando gli Stati membri – faticosamente – a rivedere almeno parzialmente l'impianto concettuale iniziale.

Si è presto compreso che le crisi possono avere origine esogena, come la grande crisi finanziaria del 2008 che ha acceso la miccia per la crisi dei debiti sovrani del 2010 o come la crisi pandemica in atto. Certo, il fatto di avere i conti pubblici più o meno in ordine e la più o meno buona gestione della crisi stessa possono fare la differenza nell'assorbire *shock* di vasta portata, tuttavia agli Stati non può attribuirsi quella piena responsabilità per gli eventuali sforamenti dalle previsioni di spesa che il Patto di stabilità e di crescita sembra implicare. Né in tale occorrenza si può chiedere alla Banca centrale di rimanere neutrale e *fuori dalla politica economica*.

Ne consegue che la distinzione politica economica agli Stati, politica monetaria all'Unione e per essa alla BCE è una regola rigida e non sempre applicabile. Si potrebbe ritenere che attraverso l'annunciato programma OMT e poi la strada ampiamente percorsa del *quantitative easing*<sup>11</sup> la BCE

<sup>11</sup> Il c.d. *quantitative easing* è l'*Asset Purchase Programme* (APP) che si sostanzia in quattro sottoprogrammi: Public Sector Purchase Programme (PSPP); Asset-Backed Securities Purchase Programme (ABSPP); Covered Bond Purchase Programme (CBPP 3) e Corporate Sector Purchase Programme (CSPP).

abbia agito *ultra vires*, come ritenuto dalla Corte costituzionale tedesca. La Corte di giustizia ha scelto di ritenere invece che vi fosse nei Trattati un margine di manovra stretto ma sufficiente. Quale che sia l'interpretazione scelta, si può convenire che nessun'altra via era probabilmente percorribile senza far saltare l'unione monetaria.

Si è anche compreso che, davanti ad una situazione già grave, l'*austerity* non è una soluzione, rimettere i conti pubblici in ordine può avere un costo sociale troppo elevato, come ha ritenuto persino il Fondo monetario internazionale<sup>12</sup>. C'è poi un costo politico che non si può eludere, e si manifesta in uno spettro che va dall'euroscetticismo all'esplosione dei sovranismi. Questo spiega perché la procedura per la correzione dei *deficit* eccessivi definita dall'art. 126 e specificata da (troppi) atti di diritto derivato non sia mai giunta alle estreme conseguenze della sanzione. Si può ritenerlo un fallimento del diritto, preferiamo ritenerlo un fallimento dell'impianto concettuale stesso, per il quale nel Trattato è stato inserito un deterrente fondato sulla premessa che lo Stato fosse effettivamente nel pieno controllo delle sue finanze, quando, come abbiamo visto, non sempre lo è, a causa dei più vari accadimenti. La perdita di sovranità che gli stati hanno subito a causa dell'unificazione monetaria, della perdita della leva monetaria e del cambio, si è cumulata negli ultimi decenni ad un'ulteriore perdita di sovranità dovuta alla crescente interconnessione globale delle economie e non solo di quelle. I rischi esogeni esistevano già prima, si pensi alle due guerre mondiali, la pace tuttavia non li ha eliminati e da ultimo la globalizzazione li ha significativamente acuiti.

Si è infine visto che in alcune circostanze occorrono riserve di liquidità e fondi di mutuo soccorso e che un bilancio dell'1% del PIL non basta all'Unione per far fronte alle emergenze. La creazione del MES<sup>13</sup> ha risposto

<sup>12</sup> Nell'IMF Country Report No. 13/156 (June 2013), *Greece: Ex Post Evaluation of Exceptional Access Under the 2010 Stand-By Arrangement*, possiamo leggere che il prezzo pagato dalla Grecia, in termini di costi sociali è stato troppo elevato rispetto ai benefici conseguiti attraverso la condizionalità imposta: "Market confidence was not restored, the banking system lost 30 percent of its deposits, and the economy encountered a much deeper-than-expected recession with exceptionally high unemployment. Public debt remained too high and eventually had to be restructured, with collateral damage for bank balance sheets that were also weakened by the recession. Competitiveness improved somewhat on the back of falling wages, but structural reforms stalled and productivity gains proved elusive", più avanti nel testo c'è anche un riferimento a "notable failures".

<sup>13</sup> Il Meccanismo europeo di stabilità o MES è un'organizzazione internazionale istituita

ad un'esigenza sentita, non è d'altronde stata sufficiente e si è fatto ricorso al FMI, ai prestiti bilaterali e soprattutto alle boccate di ossigeno offerte dai programmi d'acquisto di titoli pubblici e privati della BCE. Ognuno di questi strumenti presenta a sua volta delle criticità e degli effetti collaterali economici o politici (su cui non abbiamo in questa sede lo spazio per soffermarci), tuttavia tutti conducono ad un'interpretazione dell'art. 125 TFUE molto diversa da quella che numerosi autori sostenevano fino ad un decennio fa: ogni Stato è responsabile del proprio bilancio, non ha diritto ad aspettarsi di essere soccorso da altri Stati o dall'Unione *tuttavia in casi di reale emergenza verrà soccorso lo stesso*.

La ragione è nell'interesse di tutti a che l'Unione non si sfasci e c'è una spinta ben più pressante al mutuo soccorso negli stati che condividono la moneta, il rischio, ancora più reale, che a sfasciarsi sia l'unione monetaria. Questa è l'ultima e la più importante delle lezioni della crisi che trova posto in questo elenco: la moneta comune è un fattore di integrazione fortissimo che spinge alla solidarietà anche *ob torto collo*. Gli stati dell'eurozona hanno accettato di sostenersi a vicenda e di creare strumenti comuni anche a fronte di resistenze interne e difficoltà nell'Unione, la Banca centrale li ha a sua volta sostenuti quanto ha potuto, la Corte di giustizia ne ha avallato l'operato perché quale che sia l'interpretazione più corretta della clausola *no bail out*, al di là dell'effetto deterrente, è interesse di tutti fare fronte comune in caso di avversità.

A partire dal 2010 e precisamente dallo scoppio della crisi greca, i paesi dell'area euro, i più esposti al contagio per l'integrazione dei loro mercati finanziari, hanno creato strumenti di intervento che non coinvolgono paesi al di fuori dell'area dell'euro (se non su base volontaria). EFSM<sup>14</sup>, EFSF<sup>15</sup>, MES

da un trattato internazionale tra gli Stati membri dell'Eurozona, reso possibile da un emendamento del TFUE con l'aggiunta di un terzo paragrafo all'art. 136 TFUE (per consentire questo tipo di iniziativa). Obiettivo della istituzione di recente creazione è il reperimento di risorse sul mercato dei capitali, attraverso l'emissione di titoli obbligazionari al fine di supportare – dietro stretta condizionalità – gli Stati membri in difficoltà. Il trattato istitutivo è stato firmato il 2 febbraio 2012, l'entrata in vigore è dell'ottobre successivo, il MES ha sede a Lussemburgo.

<sup>14</sup> L'Unione ha sfruttato il ridotto margine di manovra consentito dal TFUE e dalle dimensioni del suo bilancio attivando la clausola di solidarietà di cui all'art. 122, par. 2, sulla cui base è stato istituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (*European Financial Stabilization Mechanism* o EFSM), per mezzo del regolamento (EU) 407/2010 del Consiglio,

sono nati come meccanismi della zona euro, mentre il trattato noto come *Fiscal Compact* ha rafforzato la disciplina di bilancio a livello nazionale e formalizzato il Vertice euro<sup>16</sup>. Questa differenziazione e la crescente acquisizione di un'identità propria da parte dell'Eurozona non sono fenomeni transitori, ma stanno ancora cercando un'adeguata proiezione nell'ordinamento europeo.<sup>17</sup>

Se la crisi dei debiti sovrani ha compattato la zona euro, facendo emergere il ruolo dell'Eurogruppo e dell'Eurosummit, il Covid-19 ha invece riportato il tema solidarietà nel più ampio scenario dell'Unione. Ancora una volta il limite era in una competenza debole, quella sanitaria, ma la crisi ritornava ad investire la già osservata competenza debole politica economica e di bilancio. Le conseguenze creative aperte dal nuovo fronte di crisi si sono concretizzate nel *Next Generation EU*.

#### 4. La crisi da Covid-19 esplosa nel marzo 2020, l'impatto recessivo dei

dell'11 maggio 2010.

<sup>15</sup> L'EFSF o *European Financial Stability Facility* era una Società per azioni di diritto lussemburghese partecipata dagli Stati dell'eurozona con la specifica finalità di reperire risorse attraverso l'emissione di titoli, garantiti dai soci, allo scopo di supportare gli Stati in crisi, è stata istituita nel 2010, per fare fronte alle esigenze immediate della crisi dei debiti sovrani nell'attesa che venisse negoziato e ratificato il trattato istitutivo del MES. Questo, entrato nelle sue funzioni nel 2012 ha ereditato l'insieme delle attività (e passività) dell'EFSF, che ha concluso pertanto il proprio mandato.

<sup>16</sup> Sulla reazione dell'Unione alla crisi finanziaria globale rimandiamo, *inter alia* a A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 961 ss. nonché *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2012, p. 323 ss.; L. F. PACE, *La crisi del «sistema euro» (2009-2013): cause, fasi, players e soluzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauero*, vol. III, Napoli, 2014, p. 2147 ss. Cfr. C. JOERGES, *The European Economic Constitution and its Transformation Through the Financial Crisis*, in D. PATTERSON, A. SÖDERSTEN (eds.), *A Companion to European Union Law and International Law*, Oxford, 2016, p. 242 ss.

<sup>17</sup> L. S. ROSSI, "Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 293 ss.; P. PONZANO *L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea e la "costituzionalizzazione" dell'eurozona*, in *The Federalist*, 2015, p. 42 ss.; G. ROSSOLILLO, *Cooperazione rafforzata e Unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 325 ss. Ci sia consentito inoltre rinviare sul tema a S. CAFARO *L'Unione economica e monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato*, Napoli, 2017, cap. VI.

*lockdown* e la crescita straordinaria della spesa sanitaria hanno congiurato ad aggravare la già difficile situazione dei bilanci pubblici nell'Unione, questa volta generando una spinta ad una ricerca di soluzioni condivise che coinvolgesse tutti i Paesi membri senza distinzioni tra eurozona ed altri Stati membri.

L'approccio è stato ben diverso da quello nella crisi precedente. Era di tutta evidenza, infatti, come i provvedimenti adottati per far fronte all'emergenza sanitaria e sostenere i cittadini nei settori particolarmente colpiti avrebbero avuto ricadute sia immediate che a lungo termine sul saldo delle amministrazioni pubbliche, generando l'impossibilità di rimanere nel binario della stabilità finanziaria come definita nel Patto di stabilità. La Commissione europea nel marzo 2020 è corsa ai ripari attivando la clausola di salvaguardia che consente di mettere in *stand by* l'operatività delle disposizioni più stringenti del patto<sup>18</sup>. Tale eccezione era stata prevista nell'ambito della seconda riforma del patto di stabilità e crescita nel 2011 (il cosiddetto "*six-pack*")<sup>19</sup>, che evidentemente rifletteva l'esperienza maturata nella grave crisi finanziaria allora ancora in atto e consente uno scostamento temporaneo e coordinato dagli obiettivi di bilancio in caso di "grave recessione economica della zona euro o dell'UE nel suo complesso"<sup>20</sup>. Tuttavia, le altre norme sul coordinamento delle politiche economiche e sul monitoraggio dei conti pubblici nazionali sono rimaste in vigore garantendo un dialogo costante sulle misure per far fronte alla crisi.

Nel frattempo, la BCE anticipava le istituzioni politiche adottando, nel marzo 2020, il *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP)<sup>21</sup> sulla scia del

<sup>18</sup> COM(2020)123 final, del 20 marzo 2020, comunicazione.

<sup>19</sup> I sei atti sono entrati in vigore nel dicembre 2011. Dei cinque regolamenti, quattro sono stati adottati dal Consiglio dell'Unione insieme al Parlamento europeo (1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011) e uno dal solo Consiglio (1177/2011). Tutti si applicano ai 28 Stati membri, con alcune disposizioni specifiche per gli Stati la cui moneta è l'euro, relative in particolare ai profili sanzionatori.

<sup>20</sup> Si tratta di due clausole in verità, l'una nell'articolo 5, paragrafo 1, all'articolo 6, paragrafo 3, all'articolo 9, paragrafo 1, e l'altra nell'articolo 10, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche e all'articolo 3, paragrafo 5, e all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

<sup>21</sup> Decisione (UE) 2020/440 della Banca centrale europea, del 24 marzo 2020, su un pro-

*quantitative easing* già in atto. Successivi provvedimenti avrebbero poi rafforzato questo strumento ed esteso la sua efficacia<sup>22</sup>.

Un secondo passaggio significativo, in Consiglio e in Parlamento, è stato l'adozione di un regolamento che consentisse agli Stati membri di mobilitare tutte le risorse non utilizzate dei Fondi strutturali e d'investimento europei, in modo da poter far fronte alle eccezionali conseguenze della pandemia di Covid-19<sup>23</sup>.

Eliminare gli ostacoli normativi sulla strada che avrebbe portato ad un approccio più flessibile nella gestione economica della crisi era solo il primo passo. A questi primi esempi di approccio delle istituzioni più improntato alla solidarietà che alla disciplina, sono seguite altre e ben più rilevanti deliberazioni.

gramma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17). Sul tema si vedano P. DERMINE, M. MARKAKIS, *The EU fiscal, economic and monetary policy response to the COVID-19*, in *eulawlive.com*, n. 11, 28 March 2020; C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in *I Post di AISDUE*, sezione *Coronavirus e diritto dell'Unione*, vol. II, n. 5, 2020, p. 39 ss.; C. A. PETIT, *An ambitious and collective response to COVID-19 shock? ECB's monetary policy package and recent EU policy measures*, in *eulawlive.com*, 18 marzo 2020; A. CLAMOUS, G. CLAEYS, *The evolution of European economic institutions during the COVID-19 crisis*, in *European Policy Analysis*, vol. 6, n. 2, December 2020, p. 328 ss.

<sup>22</sup> Con comunicato stampa del 4 giugno 2020, la BCE incrementava la già ricca dotazione finanziaria del PEPP (750 miliardi di euro nel corso del 2020), di ulteriori 600 miliardi, estendendone altresì l'orizzonte temporale fino ad (almeno) giugno 2021 e comunque fino alla fine della crisi determinata dall'emergenza Covid-19. Un nuovo comunicato dell'ottobre 2020 informava del fatto che “[g]li acquisti continueranno a essere effettuati in maniera flessibile nel corso del tempo, fra le varie classi di attività e i vari paesi. Ciò consente al Consiglio direttivo di contrastare efficacemente i rischi per l'ordinata trasmissione della politica monetaria” e che il “Consiglio direttivo condurrà gli acquisti netti di attività nell'ambito del PEPP almeno sino alla fine di giugno 2021”. Vedasi comunicato stampa *Monetary policy decisions* del 4 giugno 2020 e comunicato stampa *Monetary policy decisions* del 29 ottobre 2020, [www.ecb.europa.eu/press/pr/html/index.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/pr/html/index.en.html).

<sup>23</sup> Regolamento (UE) 2020/460 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 marzo 2020, che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di COVID-19 (Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus) e regolamento (UE) 2020/558 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2020, che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di COVID-19.

Un passo successivo, nel maggio 2020, è stato l'emissione dell'obbligazione sociale SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*). Nell'ambito di detto programma, la Commissione ha raccolto 100 miliardi di euro per erogare prestiti agli Stati membri per finanziare regimi di riduzione dell'orario lavorativo e altre misure analoghe per il mantenimento dell'occupazione e il sostegno al reddito (in Italia, la cassa integrazione guadagni)<sup>24</sup>.

La strada che ha condotto all'adozione del pacchetto di misure denominato *Next Generation EU*, si è successivamente caratterizzata per coincidenze e scelte inattese e coraggiose.

Tra le coincidenze va segnalata la scadenza del quadro finanziario pluriennale europeo (QFP) proprio nel 2020. Si tratta del fondamentale atto di programmazione di bilancio a lungo termine, che stabilisce quanto l'Unione europea investirà nei successivi cinque-sette anni. I massimali annui degli stanziamenti per impegni per categoria di spesa e il massimale annuo degli stanziamenti per pagamenti fissati dal QFP vincolano il Parlamento e il Consiglio nell'adozione del bilancio annuale. Il QFP è un regolamento impegnativo da adottare perché richiede, a norma dell'art. 312 TFUE, una deliberazione all'unanimità del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri. Tale processo deliberativo in vista del nuovo settennato si trascinava infruttuosamente già da un paio d'anni<sup>25</sup> quando ha ricevuto l'accelerazione improvvisa dettata dalla congiuntura.

<sup>24</sup> Istituito con regolamento 2020/672, 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, sulla base dell'art. 122 TFUE. Le obbligazioni sociali SURE dell'UE sono conformi ai principi delle obbligazioni sociali dell'Associazione internazionale dei mercati di capitali (ICMA).

<sup>25</sup> Basti dire che Il Consiglio europeo tenne un primo scambio di opinioni sul QFP 2021-2027 nel dicembre 2018 e che secondo le allora ottimistiche previsioni intendevano raggiungere un accordo in sede di Consiglio europeo già nell'autunno 2019. Da allora gli scambi di opinioni, le battute di arresto e le ripartenze si sono succedute lungo tutto il 2019. La Presidenza finlandese proponeva già uno schema con dati numerici a dicembre che prevedeva un tetto all'0,7 del PIL europeo (è questo che rende cruciale il dibattito sul QFP, il tetto di spesa che esso pone sul bilancio annuale), una riunione straordinaria veniva convocata a febbraio 2020 per discutere una proposta del Presidente Michel, che si concludeva con un nulla di fatto, il 21 aprile si assisteva ad una ripresa sull'onda dell'emergenza COVID 19 che confluirà poi nel dibattito sul *Recovery Fund* (vedi *infra* par. successivo).

E tuttavia, alzare i massimali non sarebbe stato possibile senza intervenire contestualmente sul fronte delle entrate a breve e a medio termine. In pratica, l'emergenza pandemica e la necessità di adottare strumenti finanziari di intervento hanno forzato la mano al legislatore europeo nel rivedere le proprie regole di finanziamento e di bilancio dopo un lungo periodo di indecisione. Da molti anni si discuteva infatti della revisione del sistema delle risorse proprie<sup>26</sup>, un altro atto impegnativo che richiede a norma dell'art. 311 TFUE unanimità in Consiglio e ratifica di tutti i Parlamenti nazionali.

Adottare QFP e Decisione risorse proprie (trovando unanimità e collezionando ratifiche nazionali a tempo di record) insieme alla proposta a pacchetto degli atti che compongono il *Next Generation EU* ha consentito sostanzialmente di aggiornare e raddoppiare di volume l'intero quadro finanziario dell'Unione, dando così alle deliberazioni un orizzonte temporale coincidente almeno con quello del nuovo QFP (2021-2027), ma anche in grado di scavalcarlo e condizionare il successivo ciclo di programmazione, come si vedrà. Un altro elemento importante che compone il quadro della piccola rivoluzione economica avvenuta in sede europea nel 2020 è il ricorso all'emissione di titoli di debito europei per reperire risorse sul mercato. In realtà, non è impossibile per l'Unione reperire risorse fuori bilancio da utilizzare con destinazioni specifiche (come già avvenuto nel caso del SURE e in passato in occasione di crisi precedenti). A spiegare la necessità – più politica che giuridica – di un passaggio normativo attraverso la nuova decisione sulle risorse proprie è l'entità senza precedenti delle emissioni obbligazionarie deliberata nel 2021.

A seguito del Consiglio europeo del 23 aprile, la Commissione europea presentava una proposta ambiziosa di recovery plan intitolata *Next Genera-*

<sup>26</sup> La previsione dell'art. 312, par. 1, TFUE per la quale “il quadro finanziario pluriennale mira ad assicurare l'ordinato andamento delle spese dell'Unione entro i limiti delle sue risorse proprie” lega a doppio filo il discorso sul bilancio alla questione delle risorse proprie. Per rivedere il sistema delle risorse proprie, un Gruppo di lavoro ad alto livello presieduto da Mario Monti si è insediato nel 2014 e ha prodotto un primo rapporto interinale nel dicembre 2014 ed un rapporto finale nel dicembre 2016. In esso si dà conto di una serie di opzioni che non trovavano però consenso unanime e furono dunque accantonate. Il quadro giuridico delle risorse proprie è dato dal regolamento del Consiglio (UE, Euratom) n. 608/2014. Pende inoltre una proposta di regolamento del Consiglio che stabilisce misure di esecuzione del sistema delle risorse proprie dell'Unione europea COM(2018) 327 final del 2 maggio 2018, solo il 14 dicembre – con i debiti emendamenti – tale atto è stato approvato.

*tion EU*<sup>27</sup> che incideva sui due delicati *dossier* delle risorse proprie e del quadro finanziario pluriennale, sbloccando altresì l'opzione lungamente discussa dell'emissione di titoli di debito europei<sup>28</sup>. In un lungo Consiglio europeo (17-21 luglio 2020), con qualche non indifferente scostamento nelle cifre e nelle percentuali di dono e di prestito, il *Next Generation EU* diventava a tutti gli effetti il programma politico dell'Unione, con tutto ciò che ne consegue sul fronte dell'accresciuta dimensione del bilancio europeo, della maggiore autonomia finanziaria che ne è l'esito – anche grazie all'emissione di *bonds* europei come mezzo straordinario per far fronte alle conseguenze della crisi da Covid-19 – e alla prospettiva di una sostanziale revisione del regime delle risorse proprie<sup>29</sup>.

Come insieme di misure di intervento, *Next Generation EU* è costituito da una serie di fondi, modellati sui fondi strutturali, che comportano il trasferimento di risorse agli Stati membri, sotto forma di prestiti o fondi a fondo perduto. Il 90 % dei fondi *Next Generation EU* finanzia il fondo maggiore, il Dispositivo per la ripresa e la resilienza, uno strumento che offre sovvenzioni e prestiti a sostegno delle riforme e degli investimenti negli Stati membri. Per accedervi gli Stati hanno redatto dei Piani nazionali di ripresa e resilienza che attraversano un iter di approvazione europeo e vengono liquidati per *tranches* al raggiungimento dei target prefissati. Il 37 % dei fondi nell'ambito di questo strumento sostiene la transizione verde. Il monitoraggio delle spese verdi è effettuato attraverso il sistema di tracciamento degli

<sup>27</sup> Si veda COM(2020) 442 final, del 27 maggio 2020, comunicazione e le numerose proposte di atti che la accompagnano, a partire dalla proposta per il quadro finanziario pluriennale. Si rinvia per un'analisi d'insieme a G. CONTALDI, *Il Recovery Plan*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3, 2020, p. 587 ss.

<sup>28</sup> Sebbene l'Unione abbia già emesso in passato titoli di debito comune garantiti dagli Stati membri (si vedano S. HORN, J. MEYER, C. TREBESCH, *Coronabonds: The forgotten history of European Community debt*, in *voxeu.org*, 15 April 2020), il tema è stato rilanciato già all'indomani dell'unificazione monetaria, si rinvia, per una ricognizione a M. C. MALAGUTI, *Un'agenzia europea del debito pubblico? Brevi riflessioni sui profili giuridici ed istituzionali*, in S. CAFARO (a cura di), *Il governo dell'economia in Europa*, Napoli, 2008, p. 81 ss. Nella crisi determinata dalla pandemia da coronavirus si è assistito ad una reviviscenza del dibattito che ha portato a numerose proposte concrete.

<sup>29</sup> Nello specifico, l'art. 5 della nuova decisione 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea conferisce alla Commissione il potere di contrarre sui mercati dei capitali prestiti per conto dell'Unione per un importo massimo di 750 000 milioni di euro.

indicatori climatici e finalizzato ad anticipare quanti più elementi possibile della tassonomia dell'UE<sup>30</sup>. Il rimanente 10% di *Next Generation EU* è destinato ad altri programmi europei di sostegno alle economie nazionali e alla realizzazione di obiettivi condivisi: si tratta di fondi estremamente eterogenei, che comprendono il *Recovery and Resilience Facility* (RRF), che ne comprende la parte principale (672 miliardi di euro); *ReactEU* (47,5 miliardi); e poi altri fondi di minor impatto economico come *Horizon Europe*; *InvestEU*; Sviluppo rurale; Fondo per una transizione giusta (JTF); *RescEU*<sup>31</sup>.

Pur senza voler affrontare in dettaglio l'analisi dei nuovi strumenti, vale la pena soffermarsi su alcuni aspetti significativi, che dimostrano un cambiamento nelle linee di tendenza della politica economica su scala continentale.

Anzitutto, interessante è la scelta adottare il principale degli atti di intervento in cui si sostanzia il NGEU, il Dispositivo per la ripresa e la resilienza<sup>32</sup>, sulla base giuridica dell'art. 174 che si colloca nel trattato nel titolo dedicato alla coesione economica, sociale e territoriale e dunque tra le disposizioni che perseguono l'obiettivo di attenuare i divari di sviluppo e supporta-

<sup>30</sup> La normativa sulla Tassonomia per la finanza sostenibile è in vigore dal 13 luglio 2020, a seguito della pubblicazione il 22 giugno sulla Gazzetta Ufficiale europea del regolamento (UE) 2020/852. Particolarmente impegnativo, tuttavia, si è rivelato per la Commissione europea il processo di adozione degli atti delegati, che entrano nel merito delle attività economiche, ma soprattutto delle fonti energetiche a cui può attribuirsi una certificazione di sostenibilità. Si vedano le difficoltà e gli scontri che hanno accompagnato l'adozione del Regolamento delegato amending Delegated Regulation (EU) 2021/2139 as regards economic activities in certain energy sectors and Delegated Regulation (EU) 2021/2178 as regards specific public disclosures for those economic activities, approvato in via di principio il 2 febbraio 2022, ma ancora in versione *draft* e consultabile all'indirizzo [ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/taxonomy-regulation-delegated-act-2022-631\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/taxonomy-regulation-delegated-act-2022-631_en.pdf). Con un discreto ritardo su quella ambientale, è anche partito il processo europeo per la definizione di una tassonomia sociale nell'ambito della strategia sulla finanza sostenibile. Difficilmente quest'ultima vedrà la luce prima del 2023.

<sup>31</sup> Sul tema si rinvia a G. CONTALDI, *La normativa per l'attuazione del programma Next Generation EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2, 2021, p. 245 ss.; P. CASALINO, *Recovery and Resilience Facility: genesi, finalità, modalità di attuazione, monitoraggio e controllo di uno strumento unico nel panorama dei programmi dell'Unione europea*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 1, 2021, p. 25 ss. nonché ID., *La fase di prima attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza: gestione, monitoraggio e controllo; principi trasversali e condizionalità per il corretto utilizzo delle risorse europee*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 5, 2021, p. 25 ss..

<sup>32</sup> Adottato con regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021.

re le aree meno favorite. Questo articolo si collega all'art. 175.3 che consente al Parlamento europeo ed al Consiglio, operando al di fuori dei fondi a finalità strutturale, di attuare azioni specifiche secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. La scelta non è casuale, e colloca l'intervento al di fuori delle ipotesi di gestione dell'emergenza di matrice congiunturale (come nel caso dell'art. 122) per attribuirgli il respiro di un rilancio strutturale.

Una seconda considerazione non meno interessante scaturisce dalle priorità trasversali all'intero pacchetto di misure. Si tratta com'è noto dei due obiettivi della transizione verde e della transizione digitale, che si accompagnano anche alla promozione in via orizzontale della parità di genere e ad una visione strategica che mira ad eliminare alcune fortissime dipendenze europee, specificamente in ambito energetico e tecnologico. Si tratta, com'è evidente, di obiettivi di medio – lungo periodo che poco hanno a che fare con il crollo del PIL dovuto al Covid e molto con il rilancio economico del vecchio continente in un contesto globale sempre più competitivo in cui altre potenze sono emerse (Cina in testa) e minacciano di acuire le debolezze già evidenziate.

In realtà poco si è discusso in Consiglio europeo e nei Parlamenti di queste priorità, che hanno evidentemente sfondato porte aperte. Sebbene questa modalità di definizione di obiettivi europei adottando, quasi per inerzia, le proposte della Commissione può lasciare perplessi, bisogna però ricordare – altra coincidenza significativa – che solo nell'anno precedente, nel 2019, si era insediata la Commissione von der Leyen, con un chiaro programma politico che aveva ottenuto la fiducia del Parlamento europeo e che nel dicembre precedente era stato varato il *Green Deal* europeo<sup>33</sup>, programma orizzontale per una transizione verde dell'economia europea. Ecco che dunque un'emergenza congiunturale, la pandemia, carica di significato e di risorse inattese quello che solo l'anno precedente era stato il facile *endorsement* di un programma di carattere ben più regolamentare (e di ben minore impatto sulle economie nazionali). Che la transizione verde e quella digitale (o più in generale tecnologica) debbano trovare tra loro un punto di equilibrio in nome della sostenibilità è di immediata evidenza. Inoltre, è stato in-

<sup>33</sup> COM/2019/640 final, dell'11 dicembre 2019, comunicazione.

serito l'obiettivo di raggiungere il 7,5% della spesa annuale dedicata agli obiettivi della biodiversità a partire dal 2024 e il 10% a partire dal 2026.

Per finanziare *Next Generation EU* la Commissione europea, per conto dell'UE, contrae prestiti sui mercati dei capitali e qui, altro elemento interessante di novità, si realizza una solidarietà *de facto* sul fronte delle garanzie offerte agli investitori, che ben giustifica l'elevato rating dei bond europei e spiega l'incredibile successo sui mercati di queste emissioni.

La necessaria coerenza tra entrate e uscite ha generato l'obiettivo di raccogliere il 30% dei fondi attraverso l'emissione di obbligazioni verdi. Le obbligazioni che rispettano criteri ambientali, sociali e di governance (ESG) sono una novità significativa e un fenomeno in crescita sul mercato dei capitali e hanno l'obiettivo di attrarre investitori desiderosi di sostenere progetti con sostenibilità sociale e ambientale.

5. Molte delle deliberazioni intervenute nell'arco dell'ultimo anno sono destinate ad apportare all'ordinamento europeo e alla sua costituzione economica delle modifiche permanenti.

Anche se il pacchetto denominato *Next Generation EU* vuole essere uno strumento temporaneo di risanamento dettato dall'emergenza, l'emissione di obbligazioni europee e la loro scadenza (fino a 30 anni come quelle che finanziano il meccanismo SURE) estende l'effetto della decisione ben oltre l'emergenza. Nonostante nella decisione risorse proprie si sottolinei l'eccezionalità della risposta dell'Unione per far fronte alle conseguenze della crisi COVID-19, che comporta la scelta di mettere a disposizione la maggior parte delle risorse finanziarie nel periodo immediatamente successivo alla crisi, infatti gli impegni finanziati dall'emissione di bond dovrebbero essere assunti entro il 31 dicembre 2023. L'assunzione di prestiti si concentrerà tra la seconda metà del 2021 e il 2026. Tutti i prestiti saranno rimborsati entro il 2058.

Tuttavia, l'importanza del precedente è innegabile e benché non si auspichi – ovviamente – uno stato di emergenza permanente che comporti un'estensione delle disposizioni del NGEU (peraltro non pensate per essere estendibili), sembra tuttavia che il ricorso all'emissione di debito a fini di intervento straordinario e di investimenti sia in certo qual modo accettata nell'ordinamento europeo e, in presenza di esigenze pressanti quali gli inve-

stimenti necessari per sostenere le transizioni digitale, ecologica, e per rendere l'Europa competitiva globalmente, potrebbe continuare a far parte del *modus operandi* dell'Unione. È infatti probabile, alla luce dell'evoluzione geopolitica in atto, che non basteranno pochi anni di investimenti straordinari per competere con i colossi americani, cinesi, indiani, né per acquisire una totale autonomia energetica. Quel che ci si può ragionevolmente aspettare, di qui al 2026, è una buona spinta nella giusta direzione.

Ancora più significativi sono gli effetti nel tempo della revisione del sistema delle risorse proprie. È, infatti, passato il principio secondo cui i costi a medio e lungo termine del rimborso del debito che deriverà dal Fondo di ripresa non devono andare a scapito di programmi di investimento già esistenti, né tradursi in contributi più elevati da parte degli stati membri. Pertanto, nella decisione è presente una tabella di marcia per l'introduzione di nuove risorse proprie nei prossimi sette anni.

Come primo passo è stata introdotta una nuova categoria di risorse proprie basata su contributi nazionali calcolati sulla base dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati. L'obiettivo, in linea con la priorità ambientale, è contribuire a ridurre l'inquinamento da rifiuti di plastica. La Commissione presenterà inoltre proposte relative a un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera e a un prelievo sul digitale ai fini della loro introduzione entro il primo gennaio 2023. Sono inoltre allo studio una riforma del sistema di scambio di quote di emissione dell'UE (ETS) ed una risorsa basata sulle operazioni delle imprese nel mercato unico dell'UE, anche un'imposta sulle transazioni finanziarie è considerata tra le possibili future entrate.

Se le nuove risorse proprie copriranno la restituzione – sia pure graduale – delle emissioni obbligazionarie, ciò comporterà – man mano che sarà restituito il debito – tanto una diminuzione della quota a carico dei trasferimenti nazionali, e dunque una crescente autonomia finanziaria dell'Unione, quanto presumibilmente un mantenimento del volume di bilancio dell'Unione a livelli più elevati rispetto alla situazione pre-Covid e dunque alle soglie del QFP in vigore fino al 2020. Il condizionale è d'obbligo, perché per quanto le tipologie di entrate siano grosso modo definite, come pure la quota del 25% che gli Stati continueranno a trattenere come corrispettivo dell'attività di esazione, il volume delle stesse è difficilmente quantificabile ora e destinato ad alterarsi nel tempo: ad esempio, si presume che gli imballaggi in plastica non riciclabile andranno a diminuire fino a sparire, e si spera che anche con

il meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera succeda altrettanto, nell'interesse di tutti. Altre potrebbero aumentare come i prelievi sulle transazioni digitali o finanziarie. Quello che è certo è il consolidarsi progressivo di una fiscalità europea. Anche questo è un precedente importante per il quale non si esclude un effetto “palla di neve”. A ciò si aggiunge la considerazione, presentata da economisti e politologi, per cui si ingenera un a.c.d. *path-dependency*, ovvero il fenomeno per cui gli attori istituzionali tendono a restare nei processi e nei meccanismi di governance una volta che questi sono stati modificati e difficilmente tornano indietro<sup>34</sup>.

6. Ne consegue che l'emergenza ha generato un incremento del ruolo europeo nella politica economica e di bilancio che va ben oltre il mero coordinamento delle economie nazionali prefigurato dagli articoli 5 e 120 del TFUE, attraverso l'applicazione di altre disposizioni dello stesso trattato, come gli articoli 174 e 311. Questo cambiamento di prospettiva ha seguito da presso una altrettanto significativa alterazione nell'interpretazione dei trattati per ciò che concerne la politica monetaria, che ha consentito alla BCE di intervenire per far fronte all'emergenza con l'acquisto straordinario di titoli, grazie ad un'interpretazione estensiva dell'obiettivo della stabilità dei prezzi.

Nel momento in cui la stabilità finanziaria – prima declinata esclusivamente come disciplina di bilancio – diviene resilienza e la politica monetaria è utilizzata (anche) per assorbire gli *shock* che il trattato precedentemente lasciava a carico del welfare nazionale<sup>35</sup>, è innegabile che: (i) la costituzione economica dell'Unione sta subendo una profonda alterazione<sup>36</sup>; (ii) i confini tra politica economica e politica monetaria non sono più così netti; (iii) il ruolo dell'Unione come ente regolatore che si occupa solo di garantire il *level playing field* e della BCE come gestore neutrale della moneta – come de-

<sup>34</sup> F. FABBRINI, *The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 60, n. 1, 2022, p. 195 ss.

<sup>35</sup> F. COSTAMAGNA *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in *European Law Journal*, 2018, p. 163.

<sup>36</sup> Si rinvia sul tema al volume in uscita a cura di G. GRÉGOIRE, X. MINY, *L'idée de Constitution économique en Europe - The Idea of Economic Constitution in Europe*, Leiden, 2022 e specificamente ai capitoli *The European Economic Constitution in Crisis: A Conservative Transformation?* di M. WILKINSON, H. LOKDAM e *The Eurozone Crisis, the Coronavirus Response, and the Limits of European Economic Governance* di P. LINDSETH, C. FASONE.

scritti nei trattati- si sono alterati, come pure il rapporto tra Unione e Stati membri; (iv) la gestione delle crisi di dimensione continentale – o globale – è divenuta *de facto* una politica europea nonostante la scarsità di strumenti dedicati (l'art. 122). La capacità europea di gestione delle crisi in sede politica (Consiglio, Parlamento, Commissione) risulta fortemente accresciuta, sia sul fronte delle entrate che delle uscite<sup>37</sup>.

A fronte di un futuro sempre più incerto e rischioso, la solidarietà da valore diviene necessità e la resilienza è il nuovo obiettivo non scritto nei trattati. Questa è definita nell'articolo 2 del regolamento istitutivo del Dispositivo per la ripresa e la resilienza come “la capacità di affrontare gli shock economici, sociali e ambientali e/o i persistenti cambiamenti strutturali in modo equo, sostenibile e inclusivo”. Si tratta dunque di uno strumento pensato per l'emergenza COVID ma atto a migliorare l'attitudine dell'Unione e degli Stati a gestire efficacemente le emergenze, presenti e future.

Tutte le riflessioni sopra accennate – seppure non compiutamente svolte per ragioni di spazio – spiegano perché l'accordo a pacchetto composto di QFP, Decisione sulle risorse proprie e *Next Generation EU* si ponga come autentico punto di svolta non solo nell'ambito della politica economica europea (con il raddoppio di entrate e uscite e la scelta di campo sulle priorità strategiche cui destinare le seconde) ma anche come momento di transizione tra due valori entrambi sottolineati nei trattati europei ma in difficile equilibrio tra loro: stabilità e solidarietà<sup>38</sup>. Se in passato il punto di equilibrio tra i due tendeva a privilegiare la stabilità – sostenibilità delle finanze pubbliche, disciplina di bilancio, stabilità dei prezzi – adesso questa sembra scavalcata dall'inedito primato della solidarietà – supporto alla ripresa dalla crisi da covid, ma anche supporto alla transizione verde e digitale, con specifica attenzione agli Stati più colpiti<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Si veda in proposito P. DE PASQUALE, *L'Unione europea di fronte alle conseguenze della crisi sanitaria, tra metodo comunitario e metodo intergovernativo*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, p. XI ss.

<sup>38</sup> Il carattere trasformativo dell'intervento europeo nella crisi pandemica è ben delineato da I. PAPADOPOULOS, *The EU Recovery Instrument as a European Success Story*, in I. PAPADOPOULOS (ed.), *European Economic Governance after the Eurozone and COVID-19 Crises*, Cambridge, 2022, p. 87 ss.

<sup>39</sup> Si veda la rilevanza attribuita in tal senso all'emissione di debito comune da E. TRIGGIANI, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 170, 2021, e la completa analisi di G. MORGESE, *Il “faticoso” percorso della solidarietà*

L'obiettivo della stabilità non può dirsi superato: la disciplina di bilancio negli Stati rimane un elemento importante della sostenibilità dell'unione economica e monetaria e il Patto di stabilità verrà riattivato, sia pure all'esito di un processo di revisione che significativamente coincide con la sua sospensione, sicuramente facendo tesoro dell'esperienza. La Commissione aveva d'altronde già adottato due comunicazioni interpretative del patto di stabilità nel 2015 e 2016 evidenziando i limiti dei meccanismi di coordinamento europei<sup>40</sup>. Parallelamente, l'obiettivo della stabilità dei prezzi rimane il cardine della politica monetaria, ma un innalzamento temporaneo dell'inflazione sembra accettabile alla luce dei rischi che il mancato intervento comporta, così che le iniezioni di liquidità della BCE hanno avuto il beneplacito delle istituzioni politiche e di controllo. Quella che sembra essere saltata è la rigidità dei due obiettivi.

Una implicazione importante di questo cambio di prospettiva è nel ruolo della politica. Le istituzioni politiche europee hanno sempre operato tenendo un basso profilo che di fatto le faceva apparire come regolatori di questioni tecniche e di garanti di buona amministrazione. Anche decisioni politiche importanti sono state presentate in passato come esito di valutazioni tecniche/neutrali, magari fondate su analisi di costi e benefici.

Il passaggio da stabilità a resilienza chiama in causa il benessere dei cittadini, che implica la capacità di navigare tra le pericolose correnti dell'instabilità globale e dei crescenti rischi ambientali. Nella gestione dell'emergenza la politica si appropria di spazi che le competono naturalmente (o, potremmo dire, esce allo scoperto), con il coraggio delle scelte e la creatività di soluzioni che non erano affatto ovvie. Non a caso, alcuni commentatori hanno definito il passaggio in Consiglio europeo del NGEU come un vero e proprio "momento hamiltoniano"<sup>41</sup>, un momento di svolta in termini di so-

*nell'Unione europea*, in *I Post di AISDUE*, Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 6, 20 dicembre 2021.

<sup>40</sup> L. F. PACE, *Il regime giuridico dell'euro. La nascita dell'Unione economica e monetaria, la sua crisi e la risposta dell'Unione europea*, Bari, 2018, pp. 109 e 110.

<sup>41</sup> Il richiamo è all'approvazione nel 1790 del piano di Alexander Hamilton di emissione di debito pubblico per sostituire il debito pubblico contratto dai 13 Stati che allora componevano gli Stati Uniti, una decisione che contribuì significativamente all'evoluzione degli Stati Uniti da confederazione a federazione e dunque ad una vera acquisizione di sovranità a livello centrale. A KALETSKY, *Europe's Hamiltonian Moment*, *Project Syndicate*, 21 May 2020, [www.project-syndicate.org/commentary/french-german-european-recovery-plan-proposal-by-](http://www.project-syndicate.org/commentary/french-german-european-recovery-plan-proposal-by-)

vranità: se la stabilità si può accontentare di contabili, la resilienza richiede leader politici, ovvero valutazioni difficili e assunzioni di responsabilità, come quando si tratta di definire su quali priorità investire o su che livello di inflazione ritenere accettabile a fronte di altre minacce. Che si tratti di risorse proprie o di pacchetti di investimento, sta affiorando una più evidente discrezionalità politica, che richiederebbe la sanzione dei Trattati, auspicabilmente all'atto della prossima revisione, non solo con la previsione di una vera competenza di politica economica, ma anche con l'affiancamento del Parlamento europeo al Consiglio nel determinarne le linee guida.

Un'Unione dotata di una vera autonomia di bilancio rispetto ai propri Stati membri inoltre potrebbe finalmente superare il principio dell'unanimità richiesto tanto per l'adozione del quadro finanziario pluriennale quanto della decisione risorse proprie. Infine, forse, la resilienza meriterebbe di fare il suo ingresso nell'articolo 2 accanto alla solidarietà e alla sostenibilità, ma questo è forse chiedere troppo.

IL *NEXT GENERATION EU* E LA COSTRUZIONE  
DI UNA POLITICA ECONOMICA EUROPEA:  
QUALE RUOLO PER DEMOCRAZIA E SOLIDARIETÀ?

**Francesco Costamagna\***

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La politica economica nei Trattati: limiti quantitativi e coordinamento delle politiche nazionali. – 3. Il tentativo di rafforzare la dimensione qualitativa facendo leva su quella quantitativa: il Semestre europeo. – 4. Il salto di qualità (sempre nei confronti degli Stati più deboli): i programmi di assistenza finanziaria e la politica di condizionalità. – 5. La condizionalità nel Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza tra continuità e discontinuità. – 6. Priorità della politica economica e spazi di democrazia: un rapporto difficile. – 7. Considerazioni conclusive.

1. L'adozione del Next Generation EU (“NGEU”) è stata giustamente descritta da più parti come un momento di svolta nel processo di integrazione europea, mettendone in luce i numerosi aspetti di significativa novità. Vi è chi, nell'imminenza della sua adozione, ha addirittura parlato di momento Hamiltoniano per il processo di integrazione europea. Per quanto tale ricostruzione sia poi stata accantonata, non vi è dubbio che gli elementi di novità siano molti e sostanziali. A partire, sul lato del finanziamento, dalla creazione di uno stock di debito comune, fino ad arrivare alle modalità di erogazione delle risorse, non più solo attraverso prestiti, ma anche sovvenzioni. Si tratta di scelte che traducono in termini concreti e tangibili il concetto di solidarietà interstatale, in un periodo di estrema difficoltà come quello rappresentato dalla pandemia.

Queste brevi riflessioni si concentrano su un profilo diverso, vale a dire il contributo del NGEU alla costruzione di una politica economica comune, collocando le scelte fatte in questa occasione nel quadro della *governance* europea e provando, in questo modo, ad esaminare le ripercussioni di carattere sistemico del NGEU. Sotto questo profilo, si cercherà di mettere in luce l'esistenza di elementi che si pongono in forte continuità con il passato, in-

\* Professore associato di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Torino – *Fellow* Collegio Carlo Alberto.

sieme ad altri di maggiore novità. L'ipotesi di lavoro da cui muove l'analisi è che il NGEU contribuisca a rafforzare ulteriormente la capacità delle istituzioni europee di porre limiti qualitativi e non più solo quantitativi in materia di politica economica e che tale svolta ponga importanti questioni quanto alla democraticità dell'intero sistema.

Per altro, tale aspetto conferma come, nonostante sia stato presentato come uno strumento emergenziale adottato per fare fronte ai danni creati dalla pandemia, in realtà il NGEU abbia lo sguardo puntato sul futuro e sulle scelte di medio e lungo periodo in materia di politica economica ed industriale.

**2.** Come è ampiamente noto, l'Unione Economica e Monetaria ("UEM") ha una natura marcatamente asimmetrica, posto che alla creazione di una vera unione monetaria non si è accompagnata la creazione di un'unione economica altrettanto forte.

Secondo l'impianto originario, la politica economica dell'Unione si fonda su due pilastri:

- uno di natura quantitativa, apparentemente più stringente, rappresentato dal divieto di disavanzi pubblici eccessivi di cui all'articolo 126 TFUE. Il divieto ha due componenti: una riguardante il rapporto deficit/PIL e l'altra il rapporto debito/PIL;

- uno di natura qualitativa, il quale è espresso in termini molto blandi. L'art. 5 TFUE prevede, infatti, che in tale ambito gli Stati procedano semplicemente a coordinare le loro politiche economiche, prevedendo un intervento del Consiglio finalizzato solo alla fissazione di "indirizzi di massima". La procedura per l'adozione di detti indirizzi, e per il loro monitoraggio, è disciplinata all'articolo 121 TFUE. Disposizione che ribadisce come gli Stati debbano considerare le loro politiche economiche "una questione di interesse comune".

**3.** Il Semestre è stato creato dal regolamento (UE) n. 1175/2011 relativo alla parte preventiva del patto di stabilità e crescita ("PSC"), riunendo all'interno di un'unica cornice diversi meccanismi di coordinamento e sorveglianza. L'aspetto più innovativo era l'operare congiunto di strumenti

di coordinamento di natura soft con altri, quali le procedure per debito eccessivo o per la correzione di squilibri macroeconomici eccessivi, aventi carattere vincolante. Per questa via si voleva rafforzare la capacità delle istituzioni europee di influenzare le scelte nazionali di politica economica.

Operativamente, le indicazioni offerte dalle istituzioni europee (prima la Commissione e poi il Consiglio ECOFIN) erano contenute in raccomandazioni molto dettagliate, e non semplici “indirizzi di massima”, ma pur sempre atti soft. Anche se si tratta di raccomandazioni “rafforzate” per quegli Stati con *deficit* (o debito) eccessivi e, dunque, a rischio di procedura da parte della Commissione. In alcuni casi questa connessione ha funzionato (v. il caso della *Loi Travail* francese), ma, in larga misura, gli Stati hanno ignorato, o seguito in maniera parziale, le raccomandazioni adottate nell’ambito del Semestre.

La politica di condizionalità, vale a dire la scelta di condizionare l’erogazione dei fondi di assistenza all’impegno da parte degli Stati beneficiari di adottare riforme strutturali, il cui contenuto viene negoziato con le istituzioni UE, ha costituito una caratteristica strutturale di tutti i programmi di assistenza finanziaria. La “condizionalità rigorosa” – per molto tempo intesa come austerità – è stata codificata all’articolo 136 TFUE ed è stata considerata un obbligo per garantire la compatibilità degli interventi di assistenza finanziaria con l’articolo 125 TFUE nella sentenza *Pringle*<sup>1</sup>.

4. La politica di condizionalità ha enormemente aumentato la capacità delle istituzioni europee, e soprattutto della Commissione, di condizionare le scelte di politica economica a livello nazionale, almeno per ciò che riguarda i Paesi più deboli. Tale capacità varia, infatti, in base allo squilibrio nei rapporti di forza tra chi controlla le risorse e chi ha bisogno delle stesse per espletare le sue funzioni. Nel quadro dei programmi di assistenza finanziaria, tale capacità è stata ulteriormente rafforzata facendo ricorso a strumenti giuridici esterni all’ordinamento dell’UE, alle sue logiche e alle sue garanzie. Ciò si è tradotto nell’adozione di riforme strutturali nel cui ambito i diritti sociali, e i meccanismi nazionali preposti alla loro realizzazione, sono stati considerati come costi da ridurre al fine di perseguire l’obiettivo del pareggio di bilan-

<sup>1</sup> Sentenza della Corte del 27 novembre 2012, causa C-370/12.

cio o fattori produttivi la cui funzione primaria era contribuire al miglioramento della competitività del Paese a livello internazionale. Obiettivo quest'ultimo che è stato perseguito, ad esempio, attraverso l'ulteriore precarizzazione del mercato del lavoro, costi da ridurre a carico delle imprese. La scelta di procedere in questo senso non solo non ha contribuito a migliorare la situazione dei Paesi destinatari degli interventi di assistenza finanziaria, ma ha grandemente danneggiato il processo di integrazione europeo e le sue prospettive di sviluppo.

5. L'erogazione di gran parte delle risorse del NGEU – circa 672 miliardi di euro – avviene sotto forma di sovvenzioni e prestiti, per il tramite del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza. Il Dispositivo è stato istituito dal regolamento 2021/241, il quale è stato adottato sulla base dell'articolo 175, comma 3, TFUE. La disposizione, collocata nel Titolo sulla coesione, economica, sociale e territoriale, consente a Parlamento e Consiglio di adottare “misure specifiche” al di fuori dei Fondi strutturali. La scelta della base giuridica è significativa sotto diversi punti di vista.

In prima battuta, essa segna una netta presa di distanza rispetto all'impostazione di politica economica che aveva ispirato l'assistenza finanziaria in occasione della precedente crisi, la quale aveva quale obiettivo assicurare la stabilità finanziaria anche a costo di mettere a rischio la coesione sociale. Come evidenziato dall'Avv. gen. Bot nelle conclusioni relative alla causa *Parlamento c. Consiglio*, aveva evidenziato “la politica di coesione si definisc[a] come un meccanismo di riequilibrio e di redistribuzione tra gli Stati membri. Essa è inoltre espressione di una solidarietà tra questi ultimi e i tra loro popoli”<sup>2</sup>.

In secondo luogo, la scelta conferma la necessità di andare oltre al Titolo del Trattato sulla politica economica alla ricerca di basi giuridiche alternative per il completamento dell'unione economica. L'articolo 175, comma 3, TFUE costituisce un'opzione interessante in questo senso, stante l'indeterminatezza della nozione di “misure specifiche” adottabili dal legislatore.

Il funzionamento del Dispositivo segue una procedura complessa e caratterizzata dalla compresenza di istanze sovranazionali e intergovernative.

<sup>2</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 2 aprile 2009, causa C-166/07, punto 85.

Per beneficiare di sovvenzioni o prestiti, ogni Stato membro ha dovuto presentare un Piano per la ripresa e la resilienza. Il Piano è stato redatto seguendo le raccomandazioni specifiche adottate nel contesto del Semestre europeo, nonché al fine di rafforzare il potenziale di crescita, la creazione di posti di lavoro e la resilienza sociale ed economica dello Stato membro. A tali obiettivi si aggiungeva l'effettivo contributo alla transizione verde e digitale. Il Piano è, dapprima, valutato dalla Commissione e, successivamente, approvato a maggioranza qualificata dal Consiglio attraverso l'adozione di una decisione di esecuzione. Tale ultimo passaggio è stato introdotto dal Consiglio europeo del luglio 2020: nella proposta originaria, infatti, la Commissione si era riservata il potere di approvare i Piani nazionali, ma la soluzione era stata avversata dagli Stati membri frugali che ritenevano che ciascuno Stato membro dovesse avere un diritto di veto. La soluzione adottata è un compromesso tra le diverse istanze, evitando il requisito dell'unanimità, ma prevedendo che la questione sia decisa da un'istanza intergovernativa.

La Commissione deve controllare il raggiungimento degli obiettivi intermedi previsti dai Piani da cui dipende l'erogazione delle tranche successive. Alla verifica partecipa anche il Comitato economico e finanziario che dovrà adottare un parere sulla condotta degli Stati membri. La valutazione potrà essere positiva solo se il Comitato avrà emesso un parere favorevole. Ancora su pressione degli Stati membri frugali, il Consiglio europeo del luglio 2020 aveva introdotto una sorta di freno di emergenza: se uno o più Stati membri avessero ritenuto che lo Stato membro sotto esame si fosse discostato in modo grave dal perseguimento degli obiettivi intermedi o finali del Piano, la questione poteva essere deferita al Consiglio europeo e la Commissione avrebbe dovuto attendere la valutazione prima di procedere con la relativa decisione. Sebbene ancora richiamato al considerando n. 52 del regolamento (UE) n. 2021/241<sup>3</sup>, tale possibilità non è stata inserita nella parte normativa del regolamento: l'art. 24(10) reg. (UE) n. 2021/241 si limita infatti a prevedere che “[i]n presenza di circostanze eccezionali, l'adozione della decisione che autorizza l'erogazione del contributo finanziario [o] del prestito (...) può essere rinviata fino a tre mesi”. Si tratta, probabilmente, di un opportuno tentativo da parte di Consiglio e Parlamento di ridurre la portata

<sup>3</sup> Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza.

pratica di tale aggravio procedurale, dal sapore marcatamente intergovernativo. Potrebbe quindi spettare alla Corte di giustizia chiarire se le “circostanze eccezionali” di cui all’art. 24(10) reg. (UE) n. 2021/241 corrispondono all’eventuale attivazione del freno di emergenza menzionato dal considerando n. 52 del medesimo regolamento.

Il meccanismo riproduce la logica della condizionalità, vale a dire quella che è stata efficacemente descritta “cash-for-reforms approach”. Logica che, per altro, non è affatto estranea ai Fondi strutturali e che era alla base di due proposte avanzate dalla Commissione prima dello scoppio della pandemia, le quali erano anch’esse fondate sull’articolo 175, comma 3, TFUE. Si tratta in particolare, del Programma di sostegno alle riforme (proposta del 2018 – COM(2018) 391 def) e lo Strumento di bilancio per la convergenza e la competitività del 2019. Proposte mai adottate e che, in ogni caso, avrebbero avuto una capacità finanziaria di molto inferiore a quella del NGEU.

Rispetto alla condizionalità nell’ambito dei programmi di assistenza finanziaria, quella del NGEU presenta importanti profili di novità e discontinuità. In particolare:

- dal punto di vista istituzionale, il meccanismo è stato creato e opera all’interno dell’ordinamento dell’Unione e, dunque, dovendo rispettare le norme in materia di diritti fondamentali
- dal punto di vista sostanziale, come si è già accennato in precedenza, si è abbandonata l’idea che condizionalità debba necessariamente significare austerità.

6. Restano, però, alcuni aspetti che suscitano non poche perplessità e preoccupazioni. In particolare, ci si domanda se l’ennesimo potenziamento di quella che abbiamo definito la dimensione qualitativa dell’intervento delle istituzioni europee in materia di politica economica, vale a dire la loro capacità di influenzare le scelte adottate dai governi nazionali, sia compatibile con il mantenimento di un approccio fortemente tecnocratico e dominato dal potere esecutivo, a discapito degli organi rappresentativi dei cittadini.

Quanto al primo aspetto, la sensazione è che le tanto agognate riforme strutturali siano considerate, anche in questa circostanza, come il risultato di

un esperimento scientifico<sup>4</sup> più che come l'esito di un dibattito politico nel quale confluiscono posizioni divergenti e si cerca un punto di convergenza frutto di compromessi tra le parti. Gli obiettivi prescelti sembrano essere considerati 'giusti', quasi fossero i risultati di un'operazione matematica correttamente eseguita.

Vi è, poi, un ulteriore profilo problematico, riguardante la selezione delle priorità alle quali devono tendere le riforme previste dagli Stati membri nei loro Piani nazionali. Così come previsto nel Preambolo del regolamento istitutivo del Dispositivo – e ribadito dall'articolo 16 del regolamento stesso, disposizione che impone alla Commissione di presentare una relazione di riesame entro il 31 luglio 2022 – gli Stati erano tenuti a prevedere che almeno il 37% delle risorse fosse investito in progetti che contribuiscono alla transizione verde, mentre il 20% per la transizione digitale. Senza, ovviamente, voler in alcun modo mettere in dubbio l'importanza e l'urgenza di questi obiettivi – non solo per il futuro del processo di integrazione europea, ma dell'umanità intera – occorre, però, segnalare come gli stessi siano divenuti gli obiettivi prioritari del NGEU solo su iniziativa della Commissione, senza un vero dibattito democratico. La transizione digitale e quella verde sono, infatti, passati dall'essere le priorità del programma di lavoro presentato a gennaio 2020 dalla Commissione, un documento attraverso il quale l'istituzione dichiara quali siano le finalità che intende perseguire nell'esercizio dei poteri conferitile dai Trattati, ad obiettivi fondamentali del più importante pacchetto finanziario mai messo in campo dell'UE. I due obiettivi erano presenti nella proposta di NGEU presentata dalla Commissione a maggio 2020 e non risulta che vi sia mai stato alcun dibattito sulla loro individuazione o sull'opportunità di affiancarne altri, ugualmente urgenti in questo periodo di crisi, quale, ad esempio, la crescente disuguaglianza economica e sociale che si registra all'interno degli Stati membri.

Tale stato delle cose è particolarmente problematico in ragione dell'impatto che le scelte adottate a livello nazionale hanno sullo sviluppo della politica economica ed industriale a livello nazionale (soprattutto per i Paesi che più hanno necessità di ricevere i fondi del NGEU – impatto asimmetrico) e della pervasività di tale incidenza. Le riforme strutturali che gli

<sup>4</sup> Si veda, a tale riguardo, l'articolo 19 del regolamento 2021/241, relativo alla valutazione dei Piani nazionali da parte della Commissione.

Stati si sono impegnati ad attuare toccano una serie molto ampia di ambiti e settori, andando dalla riforma della giustizia e del catasto alla riforma della pubblica amministrazione e agli investimenti infrastrutturali. Ambiti, per altro, che rientrano in larga misura nelle competenze esclusive degli Stati membri.

Quanto precede si connette con la perdurante marginalizzazione del Parlamento europeo, per ciò che riguarda la valutazione dei Piani e la gestione delle risorse del NGEU. Marginalizzazione che può considerarsi, almeno in una certa misura, autoimposta visto che l'atto è stato adottato secondo la procedura legislativa ordinaria. Il coinvolgimento del Parlamento si ha solo nell'ambito del dialogo interistituzionale di cui all'articolo 26 del regolamento 2021/241. Si ritiene che si sarebbe potuto fare di più, anche se una parte consistente delle risorse assegnate al Dispositivo – quella destinata a essere erogata sotto forma di sovvenzioni (312 miliardi di euro) – non sono parte del budget UE e, quindi, soggetto al controllo parlamentare, ma sono entrate con destinazione specifica esterna ai fini dell'articolo 21, paragrafo 5, del regolamento finanziario.

7. In conclusione, si ritiene che il NGEU contribuisca al potenziamento della capacità delle istituzioni UE – e, in particolare, della Commissione – di intervenire nelle scelte di politica economica degli Stati attraverso il meccanismo della condizionalità (e della rilevanza dei fondi messi in campo). In questo senso, esso costituisce un passo un ulteriore verso la costruzione di una politica economica comune, pur in assenza di modifiche dei Trattati. Tale passaggio è avvenuto attraverso un utilizzo più generalizzato della condizionalità, subordinando l'erogazione delle risorse all'adozione da parte degli Stati di una serie di riforme strutturali funzionali al perseguimento di obiettivi di interesse generale. Rispetto al passato, vi sono importanti elementi di novità, i quali vanno salutati con favore. Dal punto di vista istituzionale, si tratta di meccanismi creati all'interno dell'ordinamento dell'Unione e, dunque, soggetti ai limiti e alle garanzie da questo previsti. Dal punto di vista sostanziale, il NGEU segna finalmente la rottura del legame, che qualcuno riteneva necessario, tra condizionalità ed austerità. Come dimostra anche la scelta della base giuridica per l'istituzione del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, vale a dire l'articolo 175, comma 3, TFUE, il nuovo meccanismo

riconosce al principio di solidarietà un ruolo incomparabilmente più importante rispetto ai programmi di assistenza finanziaria del passato. L'analisi ha, però, dimostrato come rimangano alcuni aspetti che suscitino maggiori preoccupazioni. In particolare, il rafforzamento delle capacità delle istituzioni europee di influenzare, quando non determinare, le scelte di politica economica adottate a livello nazionale non è stato accompagnato da alcuna modifica del quadro istituzionale, né da un rafforzamento della democraticità delle decisioni assunte, lasciando uno spazio ancora più ampio al potere esecutivo, sia a livello sovranazionale, sia – e non è, evidentemente, una colpa attribuibile al diritto dell'UE – a livello nazionale.



## IL “FATICOSO” PERCORSO DELLA SOLIDARIETÀ NELL’UNIONE EUROPEA \*

**Giuseppe Morgese** \*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Evoluzione della solidarietà nell’UE. – 3. Considerazioni sulla natura giuridica della solidarietà. – 4. *Segue*: le tre declinazioni della solidarietà. La solidarietà preventiva o responsabilizzante e la recente sentenza *Germania c. Polonia*. – 5. *Segue*: la solidarietà riequilibratoria e il *Next Generation EU*. – 6. *Segue*: la solidarietà emergenziale e le misure adottate in conseguenza della crisi pandemica. – 7. Conclusioni.

1. Il tema della solidarietà nell’Unione europea è tanto “antico” quanto problematico. È antico perché l’integrazione comunitaria ha preso avvio dalla “solidarietà di fatto” di cui parlava Robert Schuman nella nota dichiarazione del 9 maggio 1950; ed è problematico in quanto, oggi come ieri, la sua piena affermazione come architrave attorno cui far ruotare la costruzione europea e individuare le soluzioni alle sue crisi è ancora di là da venire.

Va detto che la solidarietà ne ha fatta di strada dagli anni ‘50 del secolo scorso a oggi, ma si tratta di un percorso “faticoso” che l’ha vista talvolta segnare momenti fondamentali dell’integrazione europea (es. le politiche di coesione economica, sociale e territoriale; le misure per affrontare la crisi pandemica), talaltra invece essere messa in secondo piano rispetto ad altre disposizioni dei Trattati (es. quelle “anti-solidaristiche” di politica economica) e agli interessi egoistici degli Stati membri (es. nel settore dell’asilo).

Il presente contributo è articolato in quattro parti. La prima consiste in una breve disamina dell’evoluzione del concetto di solidarietà nei Trattati e nei principali atti derivati. Nella seconda, invece, si svolgono riflessioni sulla natura giuridica del concetto in esame nell’ordinamento dell’UE. Nella terza parte, si mettono in luce le tre declinazioni della solidarietà che è possibile individuare nei Trattati e nella giurisprudenza rilevante. Nella quarta parte, si tracciano alcune riflessioni conclusive.

\*\* Professore associato di Diritto dell’Unione europea presso l’Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

2. Il concetto di solidarietà si riferisce, con buona approssimazione, alla mutua assistenza tra consociati che allo stesso tempo presuppone e alimenta il vincolo di coesione della società di cui fanno parte, piccola o grande che sia. Se declinata ad es. nella sua dimensione sociale, essa va distinta dal semplice assistenzialismo: mentre quest'ultimo non comporta un obbligo di aiuto, la solidarietà sociale è invece espressione di una politica fondata sul reciproco sostegno e ha come conseguenza un vero e proprio diritto degli appartenenti al gruppo (quasi sempre, i cittadini) di beneficiare, in caso di bisogno, della redistribuzione fiscale e previdenziale dello Stato. Questa declinazione la si riscontra in alcune Costituzioni approvate dopo la Seconda guerra mondiale, che per l'appunto si riferiscono alla solidarietà sociale quale uno dei fondamenti dello Stato democratico<sup>1</sup>.

Sempre in termini generali, si può anche affermare che almeno due elementi concorrono a definire il concetto di solidarietà: l'appartenenza di un individuo a uno specifico gruppo sociale e l'idea che il benessere del gruppo sia parte del benessere individuale, e quindi che ciascuno rinunci a qualcosa per aiutare chi è in difficoltà in modo da ottenere un giovamento collettivo<sup>2</sup>. La rinuncia individuale, sotto il profilo motivazionale, può basarsi anche sulla convinzione "egoistica" che, in futuro, chiunque si trovi in una situazione di bisogno sarà aiutato dal gruppo.

Questi due elementi costituenti il concetto di solidarietà si ritrovano nel processo di integrazione europea, a partire dalla dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950: la *solidarité de fait* comportava, infatti, l'appartenenza degli Stati a un "gruppo" (la futura Comunità europea del carbone e dell'acciaio, CECA) e la loro rinuncia al controllo della produzione nazionale di carbone e acciaio per ricavarne un vantaggio collettivo in termini di pace e prosperità economica. Ciò nonostante, nel Trattato CECA del 18 aprile 1951 e nei Trattati CEE ed Euratom del 25 marzo 1957 si rinvenivano davvero pochi riferimenti espressi alla solidarietà<sup>3</sup>, benché alcune norme fossero a esse ricondu-

<sup>1</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, spec. p. 71 ss.

<sup>2</sup> Così, ad es., J. HABERMAS, *Democracy, Solidarity and the European Crisis*, in A.-M. GROZELIER, B. HACKER, W. KOWALSKY, J. MACHNIG, H. MEYER, B. UNGER (eds.), *Roadmap to a Social Europe*, Social Europe Report, ottobre 2013, reperibile *online*, p. 11.

<sup>3</sup> Nel primo Trattato, al 3° capoverso del Preambolo veniva fatto un riferimento alla solidarietà in termini analoghi a quelli della dichiarazione Schuman. Nel Trattato CEE vi erano due richiami alla solidarietà, nel 7° capoverso del Preambolo e nella dichiarazione comune concernente Berlino. Nulla, invece, nel Trattato Euratom.

cibili tra cui il dovere di leale cooperazione tra Stati membri (articoli 86 CE-CA, 5 CEE e 192 Euratom). Anche nell’Atto unico europeo del 17 e 28 febbraio 1986 non si segnalano novità in merito, a eccezione della chiara finalità solidaristica della politica di coesione economica e sociale.

Se col Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, aumentano i riferimenti solidaristici<sup>4</sup>, nel Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 sono di interesse l’accento sulla solidarietà nel settore della PESC e l’incorporazione nel TCE del contenuto dell’Accordo sulla politica sociale<sup>5</sup>. Nessuna novità è invece rinvenibile nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, nonostante poco prima la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (adottata a Nizza il 7 dicembre 2000) abbia previsto un capo IV intitolato proprio alla “solidarietà” (prevalentemente sociale). Con l’approvazione del c.d. Trattato costituzionale, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 e mai entrato in vigore, i riferimenti alla solidarietà si fanno più consistenti nel Preambolo, in alcuni articoli delle Parti prima e terza, nel Protocollo (29) sulla coesione economica, sociale e territoriale, nel titolo IV della Carta di Nizza incorporata nel Trattato (del quale è la Parte II) e in talune dichiarazioni minori.

Infine, l’entrata in vigore dal 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 – che ha fatto proprie praticamente tutte le disposizioni solidaristiche del Trattato costituzionale, aggiungendone delle altre – fa sì che il diritto primario, oggi, si caratterizzi per una consistente varietà di riferimenti alla solidarietà. Tra questi, spicca anzitutto l’art. 2, seconda frase, TUE, per il quale la solidarietà è uno degli elementi caratterizzanti la società degli Stati membri accomunati dai valori fondanti dell’Unione di cui alla prima frase della disposizione.

La maggior parte di quelle disposizioni possono essere ricondotte a quattro categorie, distinte in base alla natura dei soggetti coinvolti nel vincolo solidaristico.

La prima categoria è quella della *solidarietà intergenerazionale*, che trova espressione nell’art. 3, par. 3, co. 2, TUE: secondo questa norma, tra gli obiettivi dell’UE va annoverata anche la promozione della solidarietà tra le generazioni. La principale manifestazione di questo tipo di solidarietà è rinvenibile nella volontà dell’UE di rispettare il principio-obiettivo dello svilup-

<sup>4</sup> Nel TUE v. il 4° capoverso del Preambolo, l’art. A e l’art. J.1, par. 4; nel TCE, invece, l’art. 2 e il Protocollo sulla coesione economica e sociale.

<sup>5</sup> Che, nel Trattato di Maastricht, era invece allegato al Protocollo (14).

po sostenibile in materia ambientale sul piano sia interno (art. 3, par. 3, co. 1, TUE; art. 11 TFUE; art. 37 Carta di Nizza) sia esterno (art. 3, par. 5, TUE; art. 21, par. 2, lett. f), TUE)<sup>6</sup>.

La seconda categoria, invece, è quella della *solidarietà tra Stati membri e individui*. Essa emerge nel rapporto tra ogni Stato membro, i propri cittadini e quelli di altri Stati membri nel settore delle prestazioni sociali<sup>7</sup> e in quello dei servizi di interesse economico generale (SIEG)<sup>8</sup>. Questa forma di solida-

<sup>6</sup> Sulla stessa falsariga v. gli obiettivi e i principi della politica ambientale (art. 191, paragrafi 1 e 2, TFUE). Cfr. M. TORRE-SCHAUB, *La solidarité environnementale en droit communautaire*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris, 2011, p. 325 ss. Ma v. anche R. DE CARIA, *Il principio della solidarietà tra generazioni tra mutualizzazione dei debiti e divieto di finanziamento monetario*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, p. 120 ss.; e G. PALOMBINO, *La solidarietà tra le generazioni nella Carta di Nizza*, *ivi*, p. 73 ss.

<sup>7</sup> V. l'art. 3, par. 3, co. 1, TUE, la clausola sociale orizzontale dell'art. 9 TFUE e gli articoli 34 e 35 della Carta di Nizza (che vincolano gli Stati membri nei confronti dei propri cittadini e di quelli di altri Stati membri per quanto riguarda la sicurezza sociale, l'assistenza sociale e la protezione della salute). Non si può, tuttavia, non accennare al fatto che, in conseguenza della crisi economica iniziata nel 2008-2009, la Corte di giustizia ha ristretto l'ambito di applicazione della solidarietà nell'erogazione delle prestazioni non contributive ai cittadini di altri Stati membri: v. le sentenze del 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Commissione c. Regno Unito*; del 25 febbraio 2016, causa C-299/14, *Garcia Nieto*; del 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Alimanovic*; dell'11 novembre 2014, causa C-333/13, *Dano*; del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*; ma v. già la sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*. In dottrina v., *inter alia*, F. MEDICO, *Il ruolo della Carta di Nizza e la questione sociale: ci può essere solidarietà senza integrazione politica?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, p. 236 ss.; A. NATO, *La cittadinanza sociale europea ai tempi della crisi economica*, Bari, 2020, p. 51 ss.; S. MANTU, P. MINDERHOUD, *EU citizenship and social solidarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 703 ss.; M. A. PANASCI, *Legal values and hermeneutic virtues: the status quo of European social citizenship*, in *Politiche sociali*, 2017, p. 429 ss.; M. E. BARTOLONI, *Lo status del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, in *Europeanpapers.eu*, 2016, p. 153 ss.; R. ROSSOLINI, *L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 125 ss.; D. THYM, *The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 17 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Cittadinanza europea, libera circolazione e parità di trattamento. Il diritto all'assistenza sociale dei cittadini dell'Unione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2012, p. 37 ss.; e S. GIUBBONI, *A certain degree of solidarity? Free movement of persons and access to social protection in the case law of the European Court of Justice*, in M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford-New York, 2010, p. 166 ss.

<sup>8</sup> L'impronta solidaristica della disciplina dei SIEG (art. 36 Carta di Nizza) risulta dalla sottrazione di quei servizi alle regole ordinarie della concorrenza tra imprese nella misura necessaria a svolgere la loro missione, appunto, solidaristica. Cfr. P.-Y. MONJAL, *La fonction ju-*

rietà emerge anche nei rapporti tra Stati membri e cittadini dei Paesi terzi: esempi ne sono gli *status* in materia di asilo che i primi mettono a disposizione di coloro che non possono (ancora) beneficiare della protezione della Convenzione di Ginevra del 1951<sup>9</sup>, come anche l’aiuto umanitario dell’art. 214 TFUE.

Nella terza categoria, *il vincolo solidaristico opera orizzontalmente tra individui*. Non sono molte le norme dell’UE riconducibili a essa, ma si possono ricordare almeno l’obiettivo della promozione della solidarietà tra i popoli (art. 3, par. 5, TUE) e le azioni di volontariato europeo basate, tra l’altro, sull’art. 214, par. 5, TFUE<sup>10</sup>.

Infine, la quarta categoria è quella della *solidarietà tra Stati membri nelle loro relazioni reciproche e con l’Unione*. Si tratta di una categoria tanto ampia quanto poco organica<sup>11</sup>. Anzitutto, la promozione della solidarietà tra Stati

*ridique suspensive du principe de solidarité*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2013, p. 7 ss.

<sup>9</sup> Com’è noto, l’UE sviluppa una politica comune di protezione internazionale per “offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di [tale protezione] e a garantire il rispetto del principio di non respingimento” (art. 78 TFUE). In base a questa norma, sono state adottate – per quel che ci interessa – la direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulla protezione temporanea per gli sfollati, e la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sulle qualifiche di rifugiato e di beneficiario della protezione sussidiaria. Mentre la finalità solidaristica del riconoscimento dello *status* di rifugiato discende dal fatto che tutti gli Stati UE sono anche parti contraenti della Convenzione di Ginevra del 1951, la protezione temporanea degli sfollati della direttiva del 2001 e quella sussidiaria di cui alla direttiva del 2011 sono espressione di un’autonoma scelta dell’Unione, poi attuata dagli Stati membri, di andare oltre la protezione ginevrina. Nell’impossibilità di fornire qui una seppur brevissima bibliografia in argomento, ci si limita a rinviare ai due recenti lavori manualistici di A. M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, e di S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell’immigrazione e dell’asilo nell’Unione europea*, Torino, 2019.

<sup>10</sup> Secondo la comunicazione del 20 settembre 2011 sulle politiche dell’UE e il volontariato, COM(2011)568 def., p. 2, quest’ultimo “traduce concretamente i valori fondamentali su cui si fonda l’Europa, che sono la giustizia, la solidarietà, l’inclusione e la cittadinanza”. Tra le azioni rilevanti ricordiamo il Servizio volontario europeo (SVE), ora non più in funzione, che offriva ai giovani l’opportunità di svolgere attività di volontariato in un altro Paese fino a 12 mesi; e il Corpo europeo di solidarietà, creato nel 2016 e attualmente disciplinato dal regolamento (UE) 2021/888 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2021.

<sup>11</sup> In tal senso anche P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama “costituzionale”*, in L. MANDERIEUX, M. VELLANO (sous la direction de), *Etique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, 2017, p. 137 ss., spec. p. 142.

membri è un obiettivo (art. 3, par. 3, co. 3, TUE) strettamente connesso a quello della coesione economica, sociale e territoriale: questa, del resto, è un'importante espressione di solidarietà economica attuata per mezzo dei fondi strutturali e orientata a ridurre il divario tra le regioni europee a vantaggio di quelle meno favorite<sup>12</sup>.

La solidarietà tra Stati membri svolge un ruolo nell'azione esterna UE e specialmente nella PESC<sup>13</sup>. Per un verso, il principio di solidarietà è uno dei fondamenti dell'azione esterna dell'UE (art. 21 TUE), mentre per altro verso gli Stati devono sostenere attivamente e senza riserve la PESC in uno spirito di lealtà e solidarietà reciproca, dovendo anche operare congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca solidarietà politica (art. 24 TUE). Gli Stati, inoltre, possono decidere di non appoggiare una decisione in ambito PESC secondo il meccanismo della c.d. "astensione costruttiva", a cui però va dato sèguito in spirito di mutua solidarietà (art. 31, par. 1, co. 2, TUE), devono essere solidali tra loro nell'ambito dell'approccio comune (art. 32 TUE) e hanno un vero e proprio dovere di solidarietà in base alla clausola di mutua difesa (art. 42, par. 7, TUE)<sup>14</sup>.

Nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la solidarietà tra Stati membri svolge un ruolo nell'ambito delle politiche di controllo delle frontiere, di asilo e di immigrazione. Rilevano a tal fine l'art. 67, par. 2, TFUE (per cui quelle politiche sono fondate sulla solidarietà tra gli Stati membri), l'art. 78, par. 3, TFUE (forma di solidarietà emergenziale in materia di asilo, che opera in via temporanea e in situazioni di crisi) e l'art. 80 TFUE. Quest'ultimo, in specie, dispone che le politiche prima ricordate e la loro attuazione siano

<sup>12</sup> Cfr. H. OBERDORFF, *La cohésion économique, sociale et territoriale, instrument de la solidarité européenne*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *op. cit.*, p. 283 ss., e S. LECLERC, *La politique régionale: régions, États et solidarité*, *ivi*, p. 295 ss. Finalizzate alla riduzione di quei divari sono anche le deroghe al divieto di aiuti di Stato di cui all'art. 107, par. 3, lett. a), TFUE su cui E. TRIGGIANI, voce *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, 2013, p. 19 ss., p. 27.

<sup>13</sup> Vedi E. NEFRAMI, *La solidarité et les objectifs d'action extérieure de l'Union européenne*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *op. cit.*, p. 137 ss.

<sup>14</sup> Dovere che va esercitato, però, in conformità dell'art. 51 della Carta ONU e, ove applicabili, degli obblighi derivanti dall'appartenenza alla NATO. Vedi A. ALÌ, *L'attivazione della clausola UE di mutua assistenza a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 in Francia*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2015, reperibile online, p. 49 ss.

governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario<sup>15</sup>.

Anche nella politica economica troviamo disposizioni solidaristiche<sup>16</sup>. Anzitutto, in caso di gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia, l'art. 122, par. 1, TFUE permette al Consiglio di prendere misure adeguate alla situazione economica in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, mentre il par. 2 autorizza il medesimo Consiglio a concedere assistenza finanziaria agli Stati membri in caso di difficoltà o seria minaccia di gravi difficoltà a causa di calamità naturali o circostanze eccezionali. In maniera non dissimile, l'art. 143 TFUE permette l'adozione di misure in caso di difficoltà o di grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro non appartenente alla zona euro. Infine, gli articoli 212 e 213 TFUE permettono l'assistenza macrofinanziaria anche urgente ai Paesi terzi, specie se coinvolti nel processo di allargamento o nella politica di vicinato.

Di primaria importanza ai nostri fini, soprattutto per via di una recente

<sup>15</sup> Su queste norme, tra gli altri, L. MARIN, *Waiting (and Paying) for Godot: analyzing the systemic consequences of the solidarity crisis in EU asylum law*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 60 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018, spec. p. 63 ss.; ID., *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione*, Torino, 2014, p. 365 ss.; M. MESSINA, *Il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri nella politica d'immigrazione UE: la continua ricerca di una sua declinazione concreta*, in ID. (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai trattati di Roma*, Napoli, 2017, p. 127 ss.; S. MORANO-FOADI, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 223 ss.; D. THYM, L. TSOURDI, *Searching for solidarity in the EU asylum and border policies: constitutional and operational dimensions*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 5, 2017, p. 605 ss.; M. I. PAPA, *Crisi dei rifugiati e principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, p. 287 ss.; e H. GRAY, *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, in *Liverpool Law Review*, 2013, p. 175.

<sup>16</sup> In dottrina v. F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Torino, 2020, spec. p. 117 ss.; P. HILPOLD, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the 'Islands of Solidarity' with Particular Regard to Monetary Union*, in *Yearbook of European Law*, 2015, p. 257 ss.; e A. McDONNELL, *Solidarity, Flexibility, and the Euro-Crisis: Where Do Principles Fit In?*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 57 ss.

pronunzia della Corte di giustizia<sup>17</sup>, è l'art. 194 TFUE sulla politica energetica dell'Unione, che va attuata in uno spirito di solidarietà tra Stati membri<sup>18</sup>.

Infine, si ricordano due norme dirette al sostegno e all'assistenza per attacchi terroristici e calamità naturali o provocate dall'uomo: l'art. 196 TFUE sulla protezione civile<sup>19</sup> e la clausola di solidarietà dell'art. 222 TFUE. Quest'ultima stabilisce un obbligo di solidarietà<sup>20</sup> a carico dell'UE e dei suoi Stati membri diretto all'azione congiunta in uno spirito di solidarietà per far fronte ad attacchi terroristici o calamità che colpiscono uno Stato membro<sup>21</sup>. Ai nostri fini sono importanti anche il Fondo di solidarietà<sup>22</sup> e il meccanismo del sostegno di emergenza<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Sentenza del 15 luglio 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*, su cui *amplius* nel prosieguo del lavoro.

<sup>18</sup> In argomento, di recente, v. T. M. MOSCHETTA, *La governance europea per il clima e l'energia: un approccio "solidale" nel processo decisionale dell'UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 91 ss.

<sup>19</sup> Sulla cui base giuridica è stata adottata la decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013. Quest'ultima ha istituito il Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (ERCC), gestito dalla Commissione europea. La modifica a opera della decisione (UE) 2019/420 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2019, ha portato all'istituzione del Pool europeo di protezione civile e, soprattutto, del meccanismo *RescEU* per l'assistenza in situazioni critiche per le quali le risorse nazionali e i mezzi del pool europeo non sono sufficienti. L'ulteriore modifica di cui al regolamento (UE) 2021/836 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2021, ha comportato il rafforzamento del meccanismo per far fronte a catastrofi che colpiscono nello stesso tempo la maggior parte degli Stati membri (come una pandemia). In dottrina v. S. VILLANI, *The Concept of Solidarity within EU Disaster Response Law. A legal assessment*, Bologna, 2021, spec. p. 153 ss., e M. GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione civile e clausola di solidarietà*, in ID. (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.

<sup>20</sup> Come peraltro ribadito dalla dichiarazione n. 37 allegata ai Trattati.

<sup>21</sup> La clausola è stata attuata dalla decisione 2014/415/UE del Consiglio, del 24 giugno 2014. In argomento S. VILLANI, *op. cit.*, p. 199 ss., e M. GESTRI, *op. cit.*

<sup>22</sup> Regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, modificato dal regolamento (UE) n. 661/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, e – in ragione dello scoppio della crisi pandemica – dal regolamento (UE) 2020/461 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 marzo 2020. Cfr. S. VILLANI, *op. cit.*, p. 116 ss.

<sup>23</sup> Regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, su cui S. VILLANI, *op. ult. cit.*, p. 123 ss.; F. CASOLARI, *Lo strano caso del regolamento 2016/369, ovvero della fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione ai tempi delle crisi*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 519 ss.; e A. MIGLIO, *The Regulation on the Provision of Emergency Support within the Union: Humanitarian Assistance and Financial Solidarity in the Refugee Cri-*

3. L'esistenza di queste norme dei Trattati e di atti derivati permette forse di affermare che l'azione dell'Unione debba essere in ogni caso improntata alla solidarietà? La risposta a questa domanda, se ce n'è una, va ricercata nella natura giuridica della solidarietà nell'ordinamento dell'UE.

Ci si chiede anzitutto se la solidarietà possa essere considerata *un obiettivo dell'Unione*. La risposta ci sembra affermativa in base alla lettera dell'art. 3 TUE, secondo cui essa assume un ruolo trasversale: l'UE, infatti, la promuove tra le generazioni (par. 3, co. 2), gli Stati membri (par. 3, co. 3) e i popoli (par. 5). Una conferma in tal senso viene dalla sentenza *BFM* dell'allora Tribunale di primo grado, secondo cui, in materia di aiuti di Stato, "le deroghe al libero gioco della concorrenza previste [dall'attuale art. 107 TFUE] a favore degli aiuti regionali, sono fondate sull'esigenza della solidarietà comunitaria, obiettivo fondamentale del Trattato come attestato dal suo preambolo"<sup>24</sup>.

In secondo luogo, ci si domanda se la solidarietà possa essere considerata un *valore dell'Unione*<sup>25</sup>. Riteniamo che debba darsi una risposta negativa, non potendo ricondurre il concetto in esame al novero dei valori in senso stretto dell'art. 2, prima frase, TUE. Questi, com'è noto, sono solo quelli del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Vero è che la solidarietà viene (seppur incoerentemente sotto il profilo sistematico) annoverata tra i valori dell'UE

*sis*, in *europeanpapers.eu*, 2016, p. 1171 ss.

<sup>24</sup> Sentenza del 15 settembre 1998, cause riunite T-126 e 127/96, *BFM c. Commissione*, punto 101. Il Tribunale prosegue ricordando che "[n]ell'esercizio del suo potere discrezionale la Commissione deve provvedere a conciliare gli obiettivi di libera concorrenza e di solidarietà comunitaria, nel rispetto del principio di proporzionalità".

<sup>25</sup> Così come ritengono, tra gli altri, F. CROCI, *op. cit.*, p. 56; G. BUTLER, *Solidarity and its limits for economic integration in the European Union's internal market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 310 ss., p. 315; A. GRIMMEL, *Solidarity in the European Union: Fundamental Value or "Empty Signifier"*, in A. GRIMMEL, S. M. GIANG (eds.), *Solidarity in the European Union. A Fundamental Value in Crisis*, Zurich, 2017, p. 161 ss.; e T. RUSSO, *La solidarietà come valore fondamentale dell'Unione europea: prospettive e problematiche*, in AA.VV., *Dialoghi*, cit., p. 667 ss. Secondo l'Avvocato generale Bot nelle conclusioni del 26 luglio 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, "la solidarietà è uno dei valori principali dell'Unione e si trova anzi alle basi di quest'ultima" (punto 17), per cui "[o]ccorre (...) porre l'accento sull'importanza della solidarietà quale valore di base ed esistenziale dell'Unione" (punto 18).

dal Preambolo della Carta di Nizza, così come è vero che la sua assenza dal catalogo dell'art. 2, prima frase, TUE, pur sorprendente<sup>26</sup>, non ne impedisce la riconduzione al quadro valoriale più ampio che si pone alla base dell'ordinamento dell'UE<sup>27</sup>. Ma è altrettanto vero, però, che da queste considerazioni non discendono specifiche conseguenze applicative e, men che meno, diritti e obblighi solidaristici in capo a Istituzioni UE e Stati membri.

Lo sguardo va quindi rivolto alla circostanza se la solidarietà possa essere annoverata tra i *principi generali dell'Unione* e, quindi, fungere da parametro giuridico alla cui stregua valutare la legittimità degli atti delle Istituzioni UE nonché la conformità dei comportamenti tenuti da queste ultime e dagli Stati membri. Non è semplice dare una risposta del genere. Sino a poco tempo fa, alla luce della scarsa giurisprudenza della Corte di giustizia e della poco univoca prassi delle Istituzioni intergovernative, abbiamo ritenuto di fornire una risposta negativa<sup>28</sup> che, ovviamente, non riguarda le ipotesi in cui sono gli stessi Trattati a qualificare la solidarietà come principio (scritto)<sup>29</sup>. È

<sup>26</sup> Secondo le parole dell'Avvocato generale Bot nelle conclusioni *ult. cit.*, punto 19.

<sup>27</sup> Non sarebbe possibile, in altri termini, negare che la solidarietà rappresenti un qualificato elemento che concorre all'*idem sentire* della società europea accumulata proprio dal catalogo di valori dell'art. 2 TUE. In tal senso, recentemente, E. TRIGGIANI, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2021, p. 255 ss., p. 262. V. le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 27 febbraio 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, punto 40; e più di recente dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe dell'11 febbraio 2021, *A (Soins de santé publics)*, in una specie riguardante l'assistenza sanitaria pubblica a un cittadino di altro Stato membro economicamente inattivo, ove si sottolinea che "il diritto dell'Unione si basa su valori di solidarietà che sono stati ulteriormente rafforzati a partire dalla creazione di una cittadinanza dell'Unione" (punto 153). Per D. SCHIEK, *Solidarity in the Case Law of the European Court of Justice: Opportunities Missed?*, in H. KRUNKE, H. PETERSEN, I. MANNERS (eds.), *Transnational Solidarity. Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge, 2020, p. 252 ss., p. 263, "[s]olidarity thus becomes a precondition for the existence of the EU's values".

<sup>28</sup> V. il complessivo ragionamento svolto in G. MORGESE, *Solidarietà di fatto...e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *rivista.eurojus.it*, numero speciale "L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive", 9 giugno 2020, reperibile *online*, p. 77 ss., nonché già in ID., *La solidarietà*, cit., p. 44 ss.

<sup>29</sup> Il riferimento è all'art. 21 TUE (che ricomprende la solidarietà tra i principi che animano l'azione esterna dell'UE) e all'art. 80 TFUE (principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità nelle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione). Alla presa d'atto di tale qualificazione, però, non seguono conseguenze ulteriori rispetto a quanto emerge dal contenuto delle norme indicate, soprattutto in merito alla loro idoneità a stabilire diritti e obblighi in capo ai destinatari. Infatti, il margine di manovra

però vero che oggi i nuovi strumenti emergenziali della crisi pandemica<sup>30</sup> e la ricordata sentenza del 15 luglio 2021, *Germania c. Polonia* – che ha riconosciuto l’esistenza di un principio generale di solidarietà con conseguenti diritti e obblighi per Istituzioni e Stati membri – paiono aprire scenari inediti, sui quali è opportuno svolgere ulteriori riflessioni.

In dottrina è stato detto che la solidarietà è un principio capace di ispirare l’intero ordinamento UE<sup>31</sup>; un principio generale di diritto<sup>32</sup>; un principio fondamentale<sup>33</sup> o costituzionale<sup>34</sup>, talvolta politico e con efficacia super-

di cui godono le Istituzioni UE sia nella complessiva azione esterna (cui si aggiunge, nel settore PESC, quello degli Stati) sia in base alla seconda frase dell’art. 80 TFUE, nonché l’analoga discrezionalità degli Stati in mancanza di specifici atti UE improntati a quest’ultima norma, rappresentano un ostacolo a nostro avviso insormontabile per l’individuazione di obblighi solidaristici in situazioni di difficoltà. Ciò vale anche nei rapporti tra Stati e individui: quand’anche si ritenesse di qualificare una o più norme solidaristiche del titolo IV della Carta di Nizza come “principi”, il loro contenuto sarebbe meno vincolante di quello dei “diritti”, potendo i primi essere invocati “dinanzi a un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di detti atti” (art. 52, par. 5, Carta di Nizza). I principi della Carta di Nizza, secondo il suo art. 51, par. 1, debbono essere “osservati” anziché, come i diritti, “applicati”. Le Spiegazioni relative all’art. 52, par. 5, precisano che “[a]i principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi (adottati dall’Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell’ambito dell’attuazione del diritto dell’Unione); di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell’Unione o delle autorità degli Stati membri”, non potendo cioè essere invocati davanti ai giudici dell’UE per accertare ad es. la carenza delle Istituzioni oppure l’inadempimento statale. I principi contenuti nella Carta di Nizza non costituiscono neanche parametro per chiedere ai giudici nazionali la disapplicazione delle normative interne con essi contrastanti. Se ne ricava come i principi solidaristici del titolo IV – e non solo quelli individuati a titolo illustrativo dalle Spiegazioni dell’art. 52, par. 5 – abbiano un ambito di applicazione più ristretto dei diritti.

<sup>30</sup> *Infra*, par. 6.

<sup>31</sup> S. BASTIANON, *Solidarity and the EU at the time of Covid-19: the opportunity to build a stronger social and economic Europe*, in *rivista.eurojus.it*, 8 maggio 2020, reperibile online, e P. HILPOLD, *op. cit.*, p. 258.

<sup>32</sup> Tra gli altri F. CROCI, *op. cit.*, p. 107 ss., spec. p. 111, e S. MORANO-FOADI, *Solidarity and Responsibility: Advancing Humanitarian Responses to EU Migratory Pressures*, in *European Journal of Migration and Law*, 2017, p. 223 ss., p. 227.

<sup>33</sup> V. CAPUANO, *Covid-19 e libera circolazione dei servizi sanitari: un esempio di solidarietà europea?*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 253 ss. (che lo ritiene tale almeno sotto il profilo formale); A. MCDONNELL, *op. cit.*, p. 61; e apparentemente anche A. LEVADE, *La valeur constitutionnelle du principe de solidarité*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *op. cit.*, p. 41 ss., p. 43.

costituzionale<sup>35</sup>; un principio poliedrico<sup>36</sup>; un principio interpretativo<sup>37</sup>; o una combinazione di questi e altri concetti<sup>38</sup>. Gli Avvocati generali hanno fatto generoso riferimento all'esistenza di un principio di solidarietà ad es. nelle politiche energetica<sup>39</sup>, sociale (e disciplina dei SIEG)<sup>40</sup>, economica<sup>41</sup>, agricola<sup>42</sup> e di asilo<sup>43</sup>.

<sup>34</sup> R. BIEBER, F. MAIANI, *Sans solidarité point d'Union européenne. Regards croisés sur les crises de l'Union économique et monétaire et du Système européen commun d'asile*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, p. 295 ss., p. 297.

<sup>35</sup> R. M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006, p. 435 ss.

<sup>36</sup> E. TRIGGIANI, *Il principio*, cit., p. 263.

<sup>37</sup> L. F. PACE, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 291 ss., p. 293.

<sup>38</sup> Per C. BOUTAYEB, *La solidarité, un principe immanent au droit de l'Union européenne*, in ID. (sous la direction de), *op. cit.*, p. 5 ss., p. 8, la nozione di solidarietà "s'exprime en tant que principe et valeur". Per P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, pp. 15-16, "la solidarité est bien comprise et analysée comme une valeur fondamentale, un principe immanent au droit de l'Union" e un "principe essentiel de l'Union". Secondo A. BERRAMDANE, *Solidarité, loyauté dans le droit de l'Union européenne*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *op. cit.*, p. 53 ss., pp. 56-60, si tratterebbe di un "principe-valeur", di un "principe-relationnel" e di un "objectif". Per A. LATINO, *Valori, principi e obiettivi della dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea*, in E. SCISO, R. BARATTA, C. MORVIDUCCI, (a cura di), *I valori dell'Unione Europea e l'azione esterna*, Torino, 2016, p. 186 ss., pp. 191-192, ci troveremmo di fronte a un principio generale, a un valore/principio fondante, a un obiettivo e a un principio-guida.

<sup>39</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 26 luglio 2017, causa C-226/16, *Eni e al.*, punto 33: "il principio di solidarietà tra Stati membri ha assunto un carattere che si potrebbe definire di 'principio costituzionale'". Ma vedi anche le recenti conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona del 18 marzo 2021, causa C-848/19 P, *Germania c. Polonia*, punto 50 ss.

<sup>40</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 19 dicembre 2019, cause riunite C-262 e 271/18 P, *Dôvera zdravotná poisťovňa*; dell'Avvocato generale Bot del 17 settembre 2015, causa C-179/14, *Commissione c. Ungheria*; dell'Avvocato generale Mengozzi dell'11 novembre 2010, causa C-437/09, *AG2R Prévoyance*; dell'Avvocato generale Mazák del 18 novembre 2008, causa C-350/07, *Kattner Stahlbau*; dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 10 novembre 2005, causa C-205/03 P, *FENIN*; dell'Avvocato generale Jacobs del 22 maggio 2003, cause riunite C-264, 306, 354 e 355/01, *AOK-Bundesverband e a.*, e del 28 gennaio 1999, causa C-67/96, *Albany*; e dell'Avvocato generale Tesouro del 29 settembre 1992, cause riunite C-159 e 160/91, *Poucet e Pistre*.

<sup>41</sup> Presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott del 26 ottobre 2012, causa C-370/12, *Pringle*. In argomento v. PI. MENGOZZI, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2020, p. 99 ss., p. 111 ss.

<sup>42</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 3 marzo 2009, causa C-34/08, *Azienda Agricola Disarò Antonio e a.*; dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 21 giugno

Anche la Corte di giustizia, seppur con minore frequenza, ha affermato l’esistenza di un principio di solidarietà ma, almeno fino a poco tempo fa, senza arrivare a riconoscere la sua idoneità a stabilire diritti e obblighi per l’UE e gli Stati nonché a fungere da parametro di legittimità per gli atti delle Istituzioni e i comportamenti degli Stati. Nella sentenza *B.P. c. Commissione*, per la prima volta viene affermato incidentalmente che il “principio della solidarietà comunitaria (...) rientra tra i principi fondamentali della Comunità”<sup>44</sup>: esso opererebbe in caso di difficoltà nell’approvvigionamento di determinati prodotti energetici, ma la Corte non ha dato ulteriori elementi per ricostruirne contenuto ed effetti<sup>45</sup>. In alcune sentenze degli anni ‘80 del secolo scorso, il giudice sovranazionale ha riconosciuto che siffatto principio opera tra imprese in momenti di crisi dei settori produttivi<sup>46</sup>, prendendo an-

2007, causa C-273/04, *Polonia c. Consiglio*; e dell’Avvocato generale Stix-Hackl del 14 novembre 2002, causa C-355/00, *Freskot*.

<sup>43</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston del 31 ottobre 2019, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, secondo cui “il principio di solidarietà implica, talora, l’accettazione della condivisione di oneri” (punto 251) e “[l]a solidarietà è la linfa vitale del progetto europeo. Attraverso la loro partecipazione a tale progetto e la cittadinanza dell’Unione, gli Stati membri e i loro cittadini possiedono obblighi e benefici, doveri e diritti. In seno al ‘demos’ europeo, la condivisione non equivale ad esaminare i trattati e il diritto derivato per verificare che cosa si può rivendicare. Essa esige anche l’assunzione di responsabilità collettive nonché oneri (sì, oneri) per promuovere il bene comune” (punto 253).

<sup>44</sup> Sentenza del 29 giugno 1978, causa 77/77, *B.P. c. Commissione*.

<sup>45</sup> Così anche P. MANZINI, *op. cit.*, p. 142.

<sup>46</sup> V. la sentenza del 18 marzo 1980, cause riunite 154, 205, 206, da 226 a 228, 263 e 264/78, 39, 31, 83 e 85/79, *Valsabbia*, punto 59: “[l]a politica anticrisi nel settore siderurgico si impernia sul principio fondamentale della solidarietà tra le varie imprese”; ma v. anche i punti 71, 87, 120 e 157. Nello stesso senso v. le sentenze del 14 dicembre 1983, causa 263/82, *Klößner-Werke*, punto 17 (“[il Trattato CECA] è basato sulla solidarietà di tutte le imprese siderurgiche della Comunità di fronte alla crisi e mira ad una ripartizione equa dei sacrifici che derivano da situazioni economiche ineluttabili”); del 22 gennaio 1986, causa 250/84, *Eridania*, punto 17; del 29 settembre 1987, cause riunite 351 e 360/85, *Fabrique de fer de Charleroi*, punto 21; del 20 settembre 1988, causa 203/86, *Spagna c. Consiglio*, punto 29; e del 16 febbraio 1982, causa 276/80, *Ferriera Padana*, ove in specie viene riconosciuto che la solidarietà opera a favore non solo di chi si trova in situazione di svantaggio per eventi esogeni – come la crisi di un settore produttivo – ma anche di chi, per sua colpa o trascuratezza, non ha fatto tutto ciò che avrebbe potuto fare per evitare di trovarsi in tale situazione. Su alcune di queste sentenze v. PI. MENGOZZI, *Note, cit., passim*, e G. BUTLER, *op. cit.*, p. 318 ss.

che atto del principio di solidarietà nazionale quale presupposto per svolgimenti in tema di politiche sociali e sanitarie<sup>47</sup>.

Infine, nella vicenda che ha contrapposto la Polonia alla Germania in materia di politica energetica<sup>48</sup>, il Tribunale dell'UE ha affermato tra l'altro l'esistenza di un principio generale di solidarietà che è “alla base di tutto il sistema dell'Unione”<sup>49</sup> e che “comprende diritti e obblighi tanto per l'Unione quanto per gli Stati membri”<sup>50</sup>. Ciò è stato confermato dalla Corte di giustizia, per la quale il suddetto principio “costituisce uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione”<sup>51</sup> e “comporta dei diritti e degli obblighi sia per l'Unione che per gli Stati membri”<sup>52</sup>.

4. Con la recente affermazione da parte sia del Tribunale sia della Corte di giustizia di un principio solidaristico che comporta diritti e obblighi in capo all'UE e agli Stati membri, si sarebbe tentati di concludere che siano state scritte parole definitive sulla natura giuridica della solidarietà: rientrando quest'ultima tra i principi fondamentali del diritto dell'UE, infatti, ci si dovrebbe (solo) occupare di sviscerarne le ricadute interpretative e applicative e, quindi, di dar corpo al principio nella prassi quotidiana dell'Unione.

Le cose, tuttavia, non ci sembrano così semplici. Nonostante siano comprensibili – e anche moralmente condivisibili – gli sforzi della dottrina<sup>53</sup> e

<sup>47</sup> V. le sentenze del 9 marzo 2006, causa C-493/04, *Piatkowski*; del 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*; e del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*.

<sup>48</sup> Dove già si erano avute affermazioni incidentali del principio di solidarietà: v. le due sentenze del 28 novembre 2006, causa C-413/04, *Parlamento c. Consiglio*, punto 68, e causa C-414/04, *Parlamento c. Consiglio*, punto 45.

<sup>49</sup> Sentenza del 10 settembre 2019, causa T-883/16, *Polonia c. Commissione*, punto 69. In dottrina v. A. BOUTE, *The principle of solidarity and the geopolitics of energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 889 ss.; T. M. MOSCHETTA, *La solidarietà interstatale nella politica energetica dell'Unione europea: note a margine della sentenza del Tribunale Polonia c. Commissione*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Bari, 2020, p. 425 ss.; e D. BUSCHLE, K. TALUS, *One for All and All for One? The General Court Ruling in the OPAL Case*, in *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, n. 5, 2019.

<sup>50</sup> Sentenza *Polonia c. Commissione*, punto 70.

<sup>51</sup> Sentenza *Germania c. Polonia*, punto 38. Tra i primi commenti v. PI. MENGOZZI, *Le regole comuni per il mercato interno del gas naturale ed il principio di solidarietà energetica*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 285 ss.

<sup>52</sup> Sentenza *Germania c. Polonia*, punto 49.

<sup>53</sup> Nella crisi pandemica, v. S. BASTIANON, *Solidarity*, cit.; ID., *Uniti nell'uguaglianza*, in

della giurisprudenza di interpretare l’ordinamento dell’UE in senso maggiormente solidaristico, facendone discendere obblighi di condivisione degli oneri a vantaggio degli Stati in difficoltà, bisognerebbe prima di tutto convenire su quale solidarietà, tra le tante possibili, sia da qualificare come principio generale del diritto dell’UE. È un dato di fatto difficilmente eludibile, infatti, che la trasversalità settoriale<sup>54</sup> e la variabilità contenutistica<sup>55</sup> del concetto rendano piuttosto arduo ricavarne un significato univoco, e che anzi esso abbia una portata variabile a seconda del contesto in cui si colloca<sup>56</sup>. Peraltro, i Trattati e gli atti derivati non ne forniscano una definizione né questa è ricavabile dalle pronunzie dei giudici sovranazionali che, sinora, si sono limitati a individuarne gli effetti giuridici in senso funzionale alle questioni loro sottoposte. A questa conclusione pare non sottrarsi neanche la sentenza *Germania c. Polonia*, ove l’affermazione dell’esistenza del principio fondamentale di solidarietà, più che il perno attorno cui ruota la definizione della causa, ci sembra un *obiter dictum* utile agli svolgimenti sul più specifico principio di solidarietà energetica e sull’obbligo gravante in capo alla Commissione di tener conto delle necessità di approvvigionamento energetico di tutti gli Stati nel bilanciamento degli interessi in giuoco<sup>57</sup>.

A nostro avviso, la multiformità del concetto solidarietà nel diritto dell’UE e i conseguenti ostacoli sulla strada dell’individuazione di significato e contenuto univoci – ostacoli probabilmente insuperabili, per quel che diremo – dipendono dal fatto che, in realtà sono rinvenibili almeno tre diverse declinazioni della solidarietà, con presupposti e conseguenze diversi tra loro.

La prima e più matura declinazione è quella che potremmo definire della *solidarietà preventiva* o *responsabilizzante*, che presuppone la reciproca assistenza tra Istituzioni e Stati membri nel rispetto del complesso di diritti e obblighi derivanti dall’appartenenza all’UE, in modo da evitare che qualcuno si trovi in difficoltà per le “mancanze” altrui. Diritti e obblighi solidaristici di

AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 221 ss.; L. F. PACE, *op. cit.*, spec. p. 294. Ma già, nel corso della “vecchia” crisi economica, E. O. ERIKSEN, *Structural Injustice: The Eurozone Crisis and the Duty of Solidarity*, in A. GRIMMEL, S. M. GIANG (eds.), *op. cit.*, p. 97 ss.

<sup>54</sup> Conforme S. DE LA ROSA, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l’Union*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *op. cit.*, p. 165 ss.

<sup>55</sup> Per A. BERRAMDANE, *op. cit.*, p. 64, la solidarietà “est sujette à plusieurs variations sur un même thème” ed è “inégaie dans son intensité”.

<sup>56</sup> Così anche R. BIEBER, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 296.

<sup>57</sup> *Infra*, in questo par.

questo tipo, quindi, non solo implicano la responsabilità condivisa nella corretta attuazione del diritto dell'UE, ma risultano anche “forti” perché sorretti dal dovere di leale cooperazione dell'art. 4, par. 3, TUE<sup>58</sup>, assumendo in tal modo una connotazione orizzontale che innerva l'intero ordinamento. Vero è che solidarietà e leale cooperazione non sono concetti sovrapponibili, ma è anche vero che essi sono strettamente interconnessi: la solidarietà, connessa alla leale cooperazione, ha infatti il compito di responsabilizzare le istituzioni e gli Stati membri al rispetto di diritti e obblighi dell'ordinamento dell'UE, in modo da prevenire il pregiudizio che altrimenti occorrerebbe a qualcuno di essi e, quindi, all'intera Unione<sup>59</sup>.

In questo senso vanno intese alcune disposizioni solidaristiche della PESC, la cui “forza” risente però in negativo delle caratteristiche intrinseche di quella politica e dell'impossibilità di esperirvi procedure di infrazione. Così, nella clausola dell'art. 24, paragrafi 2 e 3, TUE<sup>60</sup>, il riferimento alla solidarietà indica la necessità che i comportamenti statali unilaterali, nell'ottica della leale cooperazione, tengano conto delle posizioni di tutti gli altri Stati e non pregiudichino l'azione comune. Sono rilevanti anche il dovere di astensione dalle azioni idonee a compromettere l'esecuzione di decisioni PESC adottate col sistema dell'astensione costruttiva (art. 31, par. 1, TUE) nonché l'intento di rispettare il dovere di leale cooperazione nell'indicazione per cui gli Stati “sono solidali tra loro” nella definizione dell'approccio comune (art. 32 TUE).

È sempre la solidarietà preventiva-responsabilizzante, inoltre, che viene presa in considerazione dalla Corte di giustizia in alcune pronunzie dirette a

<sup>58</sup> Sul quale, per tutti, v. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020; ID., *EU Loyalty After Lisbon: An Expectation Gap to Be Filled?*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *op. cit.*, p. 93 ss.; e M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014.

<sup>59</sup> Per un quadro delle diverse posizioni in dottrina sui rapporti tra solidarietà e leale collaborazione v. F. CROCI, *op. cit.*, p. 95 ss. V. anche I. GOLDNER LANG, *No Solidarity without Loyalty: Why Do Member States Violate EU Migration and Asylum Law and What Can Be Done?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 39 ss., e J. LARIK, *Pars Pro Toto: The Member States' Obligations of Sincere Cooperation, Solidarity and Unity*, in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford-Portland, 2018, p. 175 ss.

<sup>60</sup> Secondo cui la PESC è “fondata sullo sviluppo della reciproca solidarietà politica degli Stati membri” e “gli Stati [la] sostengono attivamente e senza riserve (...) in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca”.

preservare diritti e obblighi comuni<sup>61</sup>. Nella sentenza *Commissione c. Francia*, si afferma che “[l]a solidarietà, che sta alla base (...) del sistema comunitario nel suo complesso, conformemente all’impegno di cui all’articolo 5 del trattato<sup>62</sup>, trova un corollario, a vantaggio degli Stati, nella procedura di mutua assistenza (...) per il caso di grave minaccia di squilibri nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro”<sup>63</sup>. Più articolata la pronuncia *Commissione c. Italia*, di pochi anni successiva, in cui la Corte ha ricordato che, “[n]el consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il trattato impone loro l’obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l’equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l’uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie. Questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l’ordinamento giuridico comunitario”<sup>64</sup>.

Più di recente, la solidarietà preventiva-responsabilizzante ha svolto un ruolo importante nel ragionamento della Corte di giustizia nelle due vicende aventi a oggetto la condivisione degli oneri stabilita dalle decisioni di ricollocazione dei richiedenti asilo del 2015<sup>65</sup>. Nella sentenza *Repubblica slovacca e*

<sup>61</sup> Conformi R. BIEBER, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 296.

<sup>62</sup> Ora art. 4, par. 3, TUE.

<sup>63</sup> Sentenza del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Commissione c. Francia*, punto 16/17.

<sup>64</sup> Sentenza del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, punti 24 e 25. In senso quasi sovrapponibile v. la sentenza del 7 febbraio 1979, causa 128/78, *Commissione c. Regno Unito*, punto 12. Cfr. anche il parere del 26 aprile 1977, 1/76, sull’accordo relativo all’istituzione di un Fondo europeo d’immobilizzazione della navigazione interna, punto 12: “[r]isulta quindi che lo statuto, lungi dal limitarsi alla soluzione di problemi connessi alle esigenze inerenti alle relazioni esterne della Comunità, implica una rinuncia all’autonomia d’azione della Comunità nelle sue relazioni esterne e, al tempo stesso, una modifica della costituzione interna della Comunità, attraverso l’alterazione di elementi essenziali della struttura comunitaria, per quanto riguarda sia le prerogative delle istituzioni, sia la reciproca posizione degli Stati membri. La Corte è del parere che la struttura così data al Consiglio di vigilanza e l’organizzazione del processo di decisione nell’ambito di quest’organo non siano conformi alle esigenze di unità e solidarietà (...)”.

<sup>65</sup> Si tratta della decisione 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, e della decisione 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, entrambe dirette a istituire misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia. Sulla

*Ungheria c. Consiglio*, sulla validità della decisione 2015/1601, il giudice di Lussemburgo ha affermato che “[q]ualora uno o più Stati membri si trovino in una situazione di emergenza, ai sensi dell’articolo 78, paragrafo 3, TFUE, gli oneri derivanti dalle misure temporanee adottate in virtù di tale disposizione a beneficio di questo o di questi Stati membri devono, in linea di principio, essere ripartiti tra tutti gli altri Stati membri, conformemente al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, dal momento che, ai sensi dell’articolo 80 TFUE, tale principio disciplina la politica dell’Unione in materia di asilo”<sup>66</sup>.

Secondo alcuni, questo passaggio rappresenterebbe la dimostrazione del

ricollocazione di emergenza v., tra gli altri, E. GUILD, C. COSTELLO, V. MORENO-LAX, *Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece*, EP Study, 2017, reperibile online; M. BORRACCETTI, “To quota” or “not to quota”? *The EU facing effective solidarity in its Asylum Policy*, in *rivista.eurojus.it*, 31 luglio 2015; M. DI FILIPPO, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall’Unione europea nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2015, p. 1 ss.; e P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *DUE online*, Osservatorio europeo, 30 settembre 2015.

<sup>66</sup> Sentenza del 6 settembre 2017, cause riunite C-643 e 647/15, *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, punto 291. In dottrina v., tra gli altri, A. CIRCOLO, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE online*, 2018, p. 165 ss.; B. DE WITTE, E. (L.) TSOURDI, *Confrontation on relocation - The Court of Justice endorses the emergency scheme for compulsory relocation of asylum seekers within the European Union: Slovak Republic and Hungary v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1457 ss.; L. RIZZA, *Obbligo di solidarietà e perdita di valori*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2018; H. LABAYLE, *Solidarity is not a value: Provisional relocation of asylum-seekers confirmed by the Court of Justice (6 September 2017, Joined Cases C-643/15 and C-647/15 Slovakia and Hungary v Council)*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 settembre 2017, reperibile online; M. MESSINA, *La Corte di giustizia afferma la validità giuridica del meccanismo provvisorio di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale. A quando la volontà politica di alcuni Stati membri UE di ottemperarvi?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 603 ss.; D. OBRADOVIC, *Cases C-643 and C-647/15: Enforcing solidarity in EU migration policy*, in *European Law Blog*, 2 ottobre 2017, reperibile online; S. PEERS, *A Pyrrhic victory? The ECJ upholds the EU law on relocation of asylum-seekers*, in *EU Law Analysis*, 8 settembre 2017, reperibile online; S. PENASA, *La relocation delle persone richiedenti asilo: un sistema legittimo, giustificato e ... inattuato? Brevi riflessioni sulla sentenza Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE online*, 2017, p. 735 ss.; e A. RIZZO, *Ricollocazione infracomunitaria e principio di solidarietà: un nuovo paradigma per le politiche d’asilo dell’Unione*, in *La Comunità Internazionale*, 2017, p. 397 ss.

carattere obbligatorio del principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità di cui all’art. 80 TFUE<sup>67</sup>. Pur senza dimenticare che la causa aveva a oggetto la proporzionalità di una decisione del Consiglio, a noi sembra che, nel ragionamento della Corte, gli obblighi di ricollocazione per gli Stati ricorrenti discendano non dall’art. 80 TFUE in sé considerato – anche perché, a nostro avviso, tale norma non è vincolante per le Istituzioni<sup>68</sup> almeno quanto all’*an* dell’intervento solidaristico – ma dalla decisione 2015/1601 (questa sì, vincolante) presa sulla base giuridica emergenziale dell’art. 78, par. 3, TFUE<sup>69</sup>. In altre parole, il rispetto delle misure solidaristiche contenute della decisione controversa rappresentava la conseguenza del più generale dovere di leale cooperazione che impone, a’ termini dell’art. 4, par. 3, co. 2, TUE, di “adotta[re] ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione”. Sul principio di solidarietà, invece, la Corte – consapevole della ineguale distribuzione degli oneri tra gli Stati membri per ragioni geografiche, ma perdendo l’occasione per delineare i contorni dell’art. 80 TFUE<sup>70</sup> – ha sottolineato che, una volta stabilita dal Consiglio la necessità di ricorrere a misure emergenziali di carattere solidaristico (l’*an*)<sup>71</sup>, i relativi obblighi di ricollocazione andavano – così come è stato fatto – ripartiti tra tutti gli Stati in virtù di quella norma primaria (il *quomodo*)<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Tra gli altri v. F. CROCI, *op. cit.*, p. 107 ss., spec. p. 111; D. OBRADOVIC, *op. cit.*; e A. CIRCOLO, *op. cit.*, p. 177.

<sup>68</sup> *Amplius* G. MORGESE, *La solidarietà*, cit., p. 87 ss., nonché ID., *The Dublin System vis-à-vis EU Solidarity before the European Court of Justice: The Law, The Whole Law, and Nothing But The Law!*, in G. C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, Roma, 2019, reperibile *online*, p. 381 ss.

<sup>69</sup> Così ad es. anche D. SCHIEK, *op. cit.*, p. 289.

<sup>70</sup> Conformi H. LABAYLE, *op. cit.*, per il quale la Corte “could have taken the opportunity to address the essential issues at stake. In fact, it completely failed to do so”, e B. DE WITTE, E. (L.) TSOURDI, *op. cit.*, p. 1478 (“[t]he precise constitutional status of Article 80 TFEU remains unclear even if the Court has had ample opportunities to clarify this point. The emergency relocation judgment does not offer new insights on this point, as neither the Court nor the Advocate General clearly addressed it”).

<sup>71</sup> Sentenza *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cit., punto 251: “poiché la pressione significativa e crescente sui regimi di asilo greco e italiano rischiava di perdurare, il Consiglio aveva considerato che fosse essenziale dar prova di solidarietà nei confronti di questi due Stati membri e completare le misure fino allora adottate disponendo le misure temporanee previste dalla suddetta decisione”.

<sup>72</sup> Ciò rappresenta un’affermazione importante, in considerazione del fatto che i c.d. Sta-

Nella successiva pronuncia *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, la Corte di giustizia ha ribadito il concetto in maniera forse più chiara: “[è] infatti importante ricordare che gli oneri derivanti dalle misure temporanee previste dalle decisioni 2015/1523 e 2015/1601, essendo state esse adottate in forza dell’articolo 78, paragrafo 3, del TFUE al fine di aiutare la Repubblica ellenica e la Repubblica italiana ad affrontare meglio una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi nel loro territorio, devono, in linea di principio, essere ripartiti tra tutti gli altri Stati membri, conformemente al principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, dal momento che, ai sensi dell’articolo 80 TFUE, tale principio disciplina la politica dell’Unione in materia di asilo”<sup>73</sup>.

L’affermazione più recente del legame tra solidarietà e leale cooperazione nel diritto dell’UE è contenuta nella sentenza *Germania c. Polonia* del 15 luglio 2021 sulla politica energetica, che ha confermato la pronuncia di primo grado del Tribunale nella causa *Polonia c. Commissione*. Al di là della vicenda di merito<sup>74</sup>, ci preme ricordare i principali passaggi argomentativi di

ti del “Gruppo di Visegrad” (Polonia, Repubblica ceca, Repubblica slovacca, Ungheria) hanno sempre sostenuto il carattere non solo volontario ma anche flessibile della solidarietà.

<sup>73</sup> Sentenza del 2 aprile 2020, cause riunite C-715, 718 e 719/17, *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, punto 80 (corsivo aggiunto). La Corte ha ricordato che i tre Stati erano stati ritenuti inadempienti dalla Commissione sulla base di “un criterio neutro e oggettivo, relativo alla gravità e alla persistenza degli inadempimenti” degli obblighi solidaristici stabiliti nelle due decisioni (punto 81) e non dell’art. 80 TFUE in sé considerato. Su questa sentenza v. G. COLAVECCHIO, *Meccanismo di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale e limiti all’applicabilità dell’art. 72 TFUE quale clausola di esenzione dagli obblighi nello Spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 419 ss.; E. COLOMBO, *Il meccanismo di ricollocazione dei richiedenti asilo davanti alla Corte di giustizia: spunti di riflessione per il legislatore dell’Unione*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2020, p. 67 ss.; N. KIRST, *Protecting the Formal Rule of Law in the EU’s Asylum Policy: The CJEU’s Judgment on the Asylum Relocation Mechanism*, in *EU Law Analysis*, 20 giugno 2020, reperibile online; A. LANG, *Gli obblighi si rispettano: note intorno alla sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 2 aprile 2020, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2020, p. 260 ss.; e S. PROGIN-THEUERKAUF, V. ZUFFEREY, *Aucune justification du refus de participer au mécanisme temporaire de relocalisation de demandeurs d’une protection internationale*, in *europapapers.eu*, 2020, p. 587 ss.

<sup>74</sup> Che mette in giuoco questioni di approvvigionamento del mercato del gas naturale e di rapporti strategici dell’Unione europea e dei suoi Stati membri con la Federazione russa.

nostro interesse. La Corte ha in primo luogo affermato che lo “spirito di solidarietà” dell’art. 194 TFUE è espressione specifica del principio fondamentale di solidarietà<sup>75</sup>: questo principio, sotteso all’intero sistema giuridico dell’UE, è “strettamente connesso” a quello di leale cooperazione dell’art. 4, par. 3, TUE, in specie nella parte in cui impone alle Istituzioni di collaborare lealmente con gli Stati<sup>76</sup>. Da ciò, il giudice sovranazionale ne ricava che il principio di solidarietà energetica dell’art. 194 TFUE non ha valenza solo politica – come sosteneva la Germania – ma è idoneo a produrre effetti giuridici vincolanti e, al pari dei principi generali del diritto UE, a costituire parametro di legittimità degli atti delle Istituzioni<sup>77</sup>. Infine, la Corte ha affermato che il principio (generale) di solidarietà – non ulteriormente aggettivato – comporta diritti e obblighi reciproci: l’Unione ha doveri di solidarietà nei confronti degli Stati membri e questi hanno analoghi obblighi tra di loro nonché nei confronti dell’interesse comune dell’Unione e delle sue politiche<sup>78</sup>.

In base a ciò, si deve riconoscere – nonostante il ragionamento non condivisibile della Corte<sup>79</sup> – che nell’UE opera un principio di solidarietà energe-

<sup>75</sup> Sentenza *Germania c. Polonia*, cit., punto 38, che così richiama indirettamente la pronuncia *B.P. c. Commissione* degli anni ‘70.

<sup>76</sup> Sentenza *Germania c. Polonia*, cit., punto 41.

<sup>77</sup> *Ivi*, punti 43-45.

<sup>78</sup> *Ivi*, punto 49. In maniera analoga si era espresso il Tribunale nella sentenza *Polonia c. Commissione*, punto 70.

<sup>79</sup> Al punto 42, la natura vincolante del principio di solidarietà energetica (affermata con doppia negazione nel successivo punto 43) viene fatta discendere dal principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità dell’art. 80 TFUE come applicato nelle due sentenze *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio* del 6 settembre 2017 e *Commissione c. Polonia, Ungheria e Repubblica ceca* del 2 aprile 2020. In ciò, la Corte ha seguito le conclusioni dell’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, punto 69. Orbene, a parte il fatto che il riferimento al solo principio (scritto) di solidarietà nel settore dell’asilo ci pare un po’ troppo poco per ricavare l’esistenza di un principio (non scritto) di solidarietà in altro settore come quello energetico, va ribadito quanto detto *supra*, e cioè che, in quelle sentenze, la constatazione della violazione degli obblighi solidaristici non derivava tanto dal riferimento all’art. 80 TFUE quanto piuttosto dalla mancata attuazione di decisioni vincolanti adottate dal Consiglio. In sostanza, il precedente non ci sembra pertinente. Secondo PI. MENGOZZI, *op. cit.*, p. 311, il *dictum* della Corte sarebbe “un’integrazione del diritto dell’Unione risultante dall’esercizio della funzione che il sistema comunitario riconosce ai giudici ed in ultima istanza alla Corte di giustizia”: circostanza certo possibile in linea di principio, ma che non stempera le perplessità su un salto logico-giuridico che, a quel punto, sarebbe superfluo.

tica riconducibile alla declinazione preventiva-responsabilizzante del concetto in esame. Esso, infatti, non è limitato alle situazioni di emergenza<sup>80</sup> ma richiede sia la verifica da parte della Commissione dell'esistenza di pericoli per l'approvvigionamento di gas sui mercati di tutti gli Stati dell'UE, sia che le Istituzioni procedano al preventivo bilanciamento degli interessi in giuoco tenendo presente quelli degli Stati e dell'UE complessivamente considerata<sup>81</sup>. La Corte, in sostanza, richiede che le Istituzioni (in specie, la Commissione) e gli Stati membri non pregiudichino, senza attenta valutazione preventiva, le esigenze energetiche degli altri Stati membri e dell'UE, pena la violazione di un principio di solidarietà energetica che affonda le sue radici nell'obbligo di leale cooperazione.

Quanto invece all'esistenza del più ampio principio generale di solidarietà, che comporta diritti e obblighi reciproci in capo all'Unione e agli Stati membri, si tratta di un'affermazione gravida di implicazioni che avrebbe richiesto, a nostro avviso, quanto meno una spiegazione ben più articolata di quella fornita dalla Corte (e, prima ancora, dal Tribunale). La conclusione raggiunta ci pare, infatti, niente più che un *obiter dictum* in ragione del fatto che è troppo frettolosa, non adeguatamente motivata e – aspetto forse più rilevante – non pienamente consapevole delle sue conseguenze sul piano interpretativo e applicativo<sup>82</sup>.

Date le tante forme di solidarietà presenti nell'ordinamento dell'UE, in-

<sup>80</sup> Sentenza *Germania c. Polonia*, cit., punto 69: “il principio di solidarietà energetica, contemplato all'articolo 194 TFUE, deve essere preso in considerazione dalle istituzioni dell'Unione nonché dagli Stati membri, nell'ambito della creazione o del funzionamento del mercato interno e, segnatamente, di quello del gas naturale, provvedendo a garantire la sicurezza degli approvvigionamenti energetici nell'Unione, il che implica non soltanto far fronte a situazioni di emergenza, allorché queste si verificano, *ma anche adottare misure volte a prevenire le situazioni di crisi*” (corsivo nostro).

<sup>81</sup> *Ivi*, punti 52-53.

<sup>82</sup> *Contra* PI. MENGOZZI, *op. cit.*, pp. 305-306, secondo cui non si tratterebbe di un *obiter dictum* bensì di “una statuizione (...) fatta con riferimento alla sua specificazione contenuta nell'art. 194 TFUE”. Pur non condividendo tale affermazione, a fronte di un dato testuale chiaro nella sua sinteticità, concordiamo però con l'A. che, “[s]e il Tribunale e la Corte avessero veramente inteso compiere una tale affermazione [cioè, quella dell'applicazione in via generale del principio di solidarietà con conseguenti obblighi degli Stati membri tra loro e nell'interesse dell'UE], si sarebbero certamente accorti delle importanti conseguenze che sarebbe stato possibile trarne ed avrebbero dovuto avvertire l'esigenza di non contenerla in un punto di mero passaggio del loro ragionamento” (p. 306).

fatti, non riusciamo a immaginare se tutte o solo alcune di queste, e quali, rappresentino un parametro di legittimità per gli atti derivati. Come conciliare, ad es., la solidarietà intergenerazionale in materia di ambiente, che richiede interventi economici nazionali rilevanti per migliorare le condizioni ambientali odierne a tutela delle future generazioni, con le richieste di solidarietà interstatale in materia economico-energetica avanzate da quegli Stati membri che, dall’abbandono delle fonti di energia fossile, avrebbero un pregiudizio? Quali richieste di solidarietà prediligere, in materia di politica economica, tra quelle avanzate dagli Stati membri in difficoltà o in vera e propria crisi e quelle di altri Stati membri che, al contrario, si aspettano solidarietà consistente nel rispetto delle regole vigenti dell’UEM? Dove trovare un punto di equilibrio, in materia di asilo, tra le richieste di condivisione degli oneri avanzate dagli Stati di frontiera esterna e i richiami alla diversa solidarietà tesa al rispetto del sistema Dublino<sup>83</sup> da parte degli Stati di destinazione dei movimenti secondari? Per rimanere in quest’ultimo ambito, forse l’operare di un principio generale di solidarietà, idoneo a fungere da parametro di legittimità per gli atti derivati, potrebbe comportare la possibilità di annullare totalmente o parzialmente il sistema Dublino, ritenuto da alcuni Stati poco solidale?<sup>84</sup>

<sup>83</sup> Per “sistema Dublino” intendiamo il combinato disposto del regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (regolamento Dublino III), e del regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l’«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali per l’efficace applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto (regolamento Eurodac). La letteratura sul sistema Dublino, e in specie sul regolamento Dublino III, è molto ampia, per cui ci si limita a rinviare a F. MAIANI, *The Dublin III Regulation: A New Legal Framework for a More Humane System?*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law*, Leiden-Boston, 2016, p. 473; S. PEERS, *The Dublin III Regulation*, in S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD (eds.), *EU Immigration and Asylum Law*, Vol. 3: EU Asylum Law, Leiden, 2015, p. 345 ss.; e O. FERACI, *Il nuovo regolamento “Dublino III” e la tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2013.

<sup>84</sup> Sul carattere poco solidale del sistema Dublino, e su alcune soluzioni, v. G. MORGESE, *La riforma del sistema Dublino: il problema della condivisione delle responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 97 ss., e ID., *Dublin System, “Scrooge-Like” Solidarity and the EU Law: Are*

Ecco perché riteniamo che l'affermazione della Corte di giustizia (e, prima ancora, del Tribunale) meriti come minimo di essere confermata in successive pronunzie in ambiti diversi da quello della politica energetica, e sicuramente necessiti di un ragionamento più approfondito. In particolare – ed è per noi il punto più debole delle affermazioni dei giudici di Lussemburgo – andava attentamente verificato se e in che modo quegli obblighi generali di solidarietà possano operare nel quadro di politiche dell'UE in cui sono suscettibili di entrare in conflitto proprio col dovere di leale cooperazione: nel caso in cui, cioè, solidarietà e leale cooperazione spingano in direzioni opposte.

5. Le affermazioni contenute nella sentenza *Germania c. Polonia* andrebbero confermate anzitutto nel quadro della *solidarietà riequilibratoria*, che si riferisce alla mutua azione diretta a riequilibrare le diverse condizioni di partenza oppure ad attenuare le difficoltà che possono sorgere in capo ad alcuni Stati dall'applicazione del diritto dell'UE.

Questa declinazione è più conforme al concetto tradizionale di solidarietà accolto negli ordinamenti nazionali in ambito sociale ed è anche quella che maggiormente valorizza (come quella emergenziale)<sup>85</sup> le specificità del concetto in esame rispetto al dovere di leale collaborazione. Forse è anche per questo motivo che il vincolo della solidarietà riequilibratoria, a differenza di quella preventiva-responsabilizzante, è più o meno forte a seconda dei settori considerati e dei soggetti destinatari.

Di questa seconda declinazione si ha una salda espressione nella politica di coesione economica, sociale e territoriale, ove la condivisione di parte delle risorse statali è finalizzata alla loro redistribuzione con i fondi strutturali<sup>86</sup>. Essa è ugualmente forte nell'ambito dei SIEG, sottratti all'operare delle re-

*There Viable Options to the Never-Ending Reform of the Dublin III Regulation?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2019. V. anche M. GARLICK, *The Dublin System, Solidarity and Individual Rights*, in V. CHETAIL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (eds.), *op. cit.*, p. 159 ss.; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517 ss.; e B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *europeanpapers.eu*, 2016, p. 101 ss.

<sup>85</sup> *Infra*, par. 6.

<sup>86</sup> *Supra*, nota 12 e testo corrispondente.

gole di mercato in ragione della loro funzione solidaristica<sup>87</sup>. La solidarietà riequilibratoria è oggi invece meno forte di ieri con riferimento al livello delle prestazioni non contributive fornite dagli Stati membri ai cittadini di altri Stati membri<sup>88</sup>. È, infine, ancora abbastanza debole nell’ambito delle politiche di immigrazione e asilo, in ragione del fatto che il ruolo riequilibratorio dell’art. 80 TFUE viene declinato in parte sotto il profilo finanziario, in parte sotto quello tecnico-operativo<sup>89</sup> e per niente sotto quello della redistribuzione fisica dei richiedenti asilo<sup>90</sup>.

Proprio nella politica di asilo si può apprezzare, come si diceva prima, la tensione tra le due declinazioni sinora esaminate: mentre la solidarietà preventiva-responsabilizzante, connessa al dovere di leale cooperazione, spinge alcuni Stati membri a ribadire il rispetto integrale del sistema Dublino, *in primis* la regola della competenza dello Stato di primo ingresso nell’esame delle domande di protezione internazionale, così da evitare il pregiudizio derivante da movimenti secondari incontrollati, la solidarietà riequilibratoria induce altri Stati a chiedere la modifica di quel sistema in senso maggiormente redistributivo. Sarà dunque interessante vedere quali obblighi generali di solidarietà tra loro incompatibili riusciranno a prevalere, dato che l’*obiter dictum* della sentenza *Germania c. Polonia* lascia in linea di principio aperta qualunque strada<sup>91</sup>. Certo è, però, che l’*iter* del più recente tentativo di riforma del sistema Dublino, avviato con il nuovo Patto sulla migrazione e

<sup>87</sup> *Supra*, nota 8 e testo corrispondente.

<sup>88</sup> *Supra*, nota 7 e testo corrispondente.

<sup>89</sup> V. il regolamento (UE) n. 439/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, che istituisce l’Ufficio europeo di sostegno per l’asilo. L’UESA sta per essere sostituito dall’Agenzia dell’UE per l’asilo.

<sup>90</sup> Lo strumento della ricollocazione, infatti, è stato sinora utilizzato solo temporaneamente e in situazioni di emergenza. Per approfondimenti sulle misure solidaristiche dell’UE in materia di controllo delle frontiere, immigrazione e asilo v. G. MORGESE, *La solidarietà*, cit., p. 121 ss. V. anche ID., *La riforma*, cit.

<sup>91</sup> Oggigiorno, proprio alla luce di quella sentenza, uno Stato di frontiera esterna come l’Italia o la Grecia avrebbe tutto l’interesse a porre la questione della legittimità dei criteri “poco solidaristici” del sistema Dublino nell’ambito di un rinvio pregiudiziale, laddove se ne presenti l’occasione. In alternativa, si potrebbe ipotizzare un ricorso in carenza avverso le Istituzioni UE per l’omissione di atti improntati al principio generale di solidarietà “riequilibratoria” oppure, al limite e con maggiori difficoltà, un’azione di inadempimento per violazione degli obblighi di solidarietà in capo agli Stati membri. Sull’estrema difficoltà di avviare tali azioni in base al solo art. 80 TFUE (e prima della sentenza *Germania c. Polonia*), v. G. MORGESE, *La solidarietà*, cit., pp. 93 ss. e 105 ss.

l'asilo del settembre 2020<sup>92</sup>, non lascia presagire nulla di buono per quanto attiene ai meccanismi solidaristici della proposta "Gestione"<sup>93</sup>, in specie quello connesso agli sbarchi conseguenti a operazioni SAR<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> COM(2020) 609 final. In generale v. S. CARRERA, *Whose Pact? The Cognitive Dimensions of the New EU Pact on Migration and Asylum*, in S. CARRERA, A. GEDDES (eds.), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees*, San Domenico di Fiesole, 2021, p. 1 ss.; P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 379 ss.; A. DI PASCALE, *Il nuovo patto per l'immigrazione e l'asilo: scontentare tutti per accontentare tutti*, in *rivista.eurojus.it*, 28 settembre 2020, reperibile online; C. FAVILLI, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico"*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2020, reperibile online; S. PEERS, *First analysis of the EU's new asylum proposals*, in *EU Law Analysis*, 25 settembre 2020, reperibile online; e D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 28 settembre 2020, reperibile online.

<sup>93</sup> V. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2020, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, COM(2020)610 final, che, nelle intenzioni della Commissione, dovrebbe sostituire il regolamento Dublino III.

<sup>94</sup> Sulle misure solidaristiche contenute nella proposta "Gestione", v. M. C. CARTA, *Il "nuovo" Patto europeo sulla migrazione e l'asilo: recenti sviluppi in materia di solidarietà ed integrazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2021, p. 9 ss.; L. MARIN, E. PISTOIA, *Captured between subsidiarity and solidarity: any European added value for the Pact on Migration and Asylum?*, *ivi*, p. 167 ss.; T. RUSSO, *Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo "flessibili" del Patto dell'Unione europea su migrazione e asilo*, *ivi*, p. 281 ss.; F. MAIANI, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 20 ottobre 2020, reperibile online; e G. MORGESE, *La "nuova" solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *federalismi.it*, n. 35, 2020, p. 16 ss. La contrarietà di un'ampia maggioranza di Stati membri alla solidarietà conseguente alle operazioni SAR risulta dai lavori del Consiglio sulla proposta Gestione: v. il documento del 15 dicembre 2021, n. 14392/1/21. Sul precedente tentativo di riforma del 2016, non andato a buon fine, oltre agli autori citati in nota 84, v. M. DI FILIPPO, *The Dublin Saga and the Need to Rethink the Criteria for the Allocation of Competence in Asylum Procedures*, in V. MITSILEGAS, V. MORENO-LAX, N. VAVOULA (eds.), *Securifying Asylum Flows. Deflection, Criminalisation and Challenges for Human Rights*, Leiden-Boston, 2020, p. 196 ss.; P. DE PASQUALE, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 267 ss.; L. RIZZA, *La riforma del sistema di Dublino: laboratorio per esperimenti di solidarietà*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1, 2018; T. M. MOSCHETTA, *I criteri di attribuzione delle competenze a esaminare le domande d'asilo nei recenti sviluppi dell'iter di riforma del regime di Dublino*, in *federalismi.it*, n. 5, 2018, p. 1 ss.; D. VITIELLO, *The Dublin System and Beyond: Which Way Out of the Stalemate?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 463 ss.; ID., *Du vin vieux dans de nouvelles outres? Réflexions sur la proposition de règlement "Dublin IV"*, in *europeanpapers.eu*, 2016, p. 1235 ss.; F. MAIANI, *The reform of the Dublin system and the dystopia of 'sharing people'*, in *Maastricht*

Molto più conforme al paradigma della solidarietà riequilibratoria appare, invece, lo strumento dell’UE per la ripresa o *Next Generation EU* (NGEU)<sup>95</sup>. Si tratta di un programma economico di carattere temporaneo e *una tantum*, adottato per contribuire a sollevare le economie degli Stati membri colpiti dalla crisi pandemica da SARS-CoV-2 a partire dal marzo 2020.

Il NGEU rappresenta la presa di coscienza da parte dell’Unione (e dei suoi Stati membri), seppur dopo un aspro dibattito<sup>96</sup>, della necessità di andare oltre le iniziative emergenziali assunte nei primi mesi della pandemia<sup>97</sup> per tentare di uscire dalla crisi economica con un intervento economico di ampio spessore e rivolto alle aspettative delle generazioni future. Il NGEU, infatti, si aggiunge alle risorse ordinarie del Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-2027<sup>98</sup>, pari a 1.211 miliardi di euro (a prezzi correnti), integrandole per 806,9 miliardi di euro (anch’essi a prezzi correnti), di cui 421,1 miliardi di sovvenzioni e 385,8 miliardi di prestiti.

La natura solidaristica riequilibratoria del NGEU ci sembra chiara sotto diversi profili. Anzitutto, a differenza della dotazione finanziaria del nuovo QFP che proviene dalle risorse proprie dell’UE, quella del NGEU viene rac-

*Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 622 ss.; ID., *The Reform of the Dublin III Regulation*, EP Study, 2016, reperibile online; S. PROGIN-THEUERKAUF, *The ‘Dublin IV’ Proposal: Towards more solidarity and protection of individual rights?*, in *Sui-Generis*, 2017, p. 61 ss.; G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti asilo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 221 ss.; e P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d’asilo: verso Dublino IV?*, in *rivista.eurojus.it*, 7 settembre 2016.

<sup>95</sup> Regolamento (UE) 2020/2094 del Consiglio, del 14 dicembre 2020. In dottrina v., tra gli altri, 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; G. CONTALDI, *Il Recovery Fund*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2020, p. 587 ss.; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *rivista.eurojus*, n. 4, 2020, p. 22 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*, Napoli, 2020, vol. 1, p. 101 ss.; ed E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel “discorso” della Commissione europea e “condizionalità utile”*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2020, p. 151 ss.

<sup>96</sup> Cui si dà conto in G. MORGESE, *Solidarietà di fatto*, cit., p. 108 ss.

<sup>97</sup> *Infra*, par. 6.

<sup>98</sup> Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093 del Consiglio, del 17 dicembre 2020.

colta dalla Commissione sul mercato dei capitali mediante l'emissione di obbligazioni e altri titoli finanziari con la copertura del bilancio dell'UE<sup>99</sup>: con il NGEU, quindi, l'Unione ha deciso di mutualizzare il debito assumendo obbligazioni comuni (*eurobond*) in una quantità inedita per la sua ampiezza. In secondo luogo, si prevede di restituire le somme chieste in prestito dalla Commissione in un arco di tempo piuttosto ampio (da 3 a 30 anni) e non gravando totalmente sulle future contribuzioni statali al bilancio dell'UE, ma anche mediante nuove tasse già istituite (tassa sui rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati) e da istituire (meccanismo di adeguamento del prezzo del carbonio alla frontiera, prelievo sul digitale, estensione del sistema di scambio di emissioni, *tobin tax*). In terzo luogo, il più importante programma finanziato dal NGEU – cioè il dispositivo per la ripresa e la resilienza (DDR)<sup>100</sup> cui sono attribuiti ben 723,8 miliardi degli 806,9 complessivi – prevede una distribuzione delle risorse agli Stati membri in parte tramite prestiti da rimborsare (385,8 miliardi) e in altra parte attraverso sovvenzioni a fondo perduto (338 miliardi), con una logica che in quest'ultimo caso è simile a quella dei fondi strutturali<sup>101</sup>. Infine, i fondi del DRR non sono erogati in unica soluzione bensì in *tranches* semestrali e solo all'esito del conseguimento di specifici traguardi e obiettivi: se è vero, quindi, che anche il DRR è impostato sulla logica della condizionalità<sup>102</sup>, è altrettanto vero che quei traguardi e obiettivi non consistono nelle famigerate misure di *austerity* della “vecchia” crisi economica (consistenti in tagli alla spesa pubblica), bensì in investimenti e riforme che gli Stati si sono impegnati a realizzare secondo un calendario approvato dal Consiglio dell'UE<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Ciò, grazie al temporaneo aumento della contribuzione statale stabilito nella decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020, sulle risorse proprie dell'UE.

<sup>100</sup> Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, sul quale v. G. CONTALDI, *La normativa per l'attuazione del programma Next Generation EU*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 245 ss.; e A. KYRIAKIDIS, *The EUs Economic Response to the COVID-19 Pandemic Preliminary Remarks*, in *European Law Blog*, 11 May 2021, reperibile *online*.

<sup>101</sup> Non a caso, infatti, il regolamento 2021/241 è stato adottato sulla base giuridica dell'art. 175, par. 3, TFUE compreso nel titolo XVIII sulla coesione economica, sociale e territoriale.

<sup>102</sup> Anche in modo da non violare apertamente la regola del *no bail-out* dell'art. 125 TFUE.

<sup>103</sup> In tal senso v. anche F. COSTAMAGNA, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *I Post di AISDUE*, III

6. Infine, la declinazione della *solidarietà emergenziale* ha a che fare con la mutua assistenza in casi, per l’appunto, di emergenza. Anche qui l’intensità del vincolo varia a seconda dei settori presi in esame.

Esso sicuramente è forte nelle due clausole di mutua difesa dell’art. 42, par. 7, TUE e di solidarietà dell’art. 222 TFUE, in cui un vero e proprio dovere di mutua assistenza a favore degli Stati membri in situazioni di emergenza è sancito direttamente nei Trattati.

Al contrario, il vincolo solidaristico emergenziale è debole nell’Unione economica e monetaria (UEM) perché soggetto a divieti e condizioni<sup>104</sup>. La circostanza per cui l’UEM è in termini generali improntata alla solidarietà in quanto tende alla mutua assistenza a tutela degli interessi degli Stati membri nell’ottica del benessere economico dell’Unione non esclude il fatto che, in realtà, quella mutua assistenza sia indice di solidarietà per così dire “interessata”<sup>105</sup>, non contemplando obblighi di aiuto agli Stati in difficoltà. E infatti, l’art. 122, par. 1, TFUE permette l’adozione di misure adeguate alla situazione economica da adottarsi con spirito di solidarietà, ma comunque soggette alla discrezionalità delle Istituzioni; anche l’art. 122, par. 2, TFUE permette l’adozione di misure di assistenza finanziaria emergenziale, nei casi previsti, che però sono discrezionali e soggette a condizioni. Inoltre, l’UEM prevede alcuni obblighi “di non solidarietà”<sup>106</sup>: ci riferiamo alle disposizioni contenute nell’art. 123 TFUE sul divieto di facilitazione creditizia e di acquisto di ti-

(2021), sezione “Atti convegni AISDUE”, n. 3, 15 dicembre 2021, reperibile *online*. Gli investimenti devono riguardare sei aree di intervento (transizione verde, compresa la biodiversità; trasformazione digitale; crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; coesione sociale e territoriale; salute e resilienza economica, sociale e istituzionale; e politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse l’istruzione e le competenze), mentre le riforme sono quelle indicate nelle “raccomandazioni specifiche per Paese” della procedura del Semestre europeo: a tale ultimo proposito v. i tre studi intitolati *What role for the European Semester in the recovery plan?*, di J. FUNK KIRKEGAARD (ottobre 2020), T. WIESER (ottobre 2020) e M. MOSCHELLA (novembre 2020), tutti reperibili *online*.

<sup>104</sup> In questo senso R. BIEBER, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 304 ss.; J.-V. LOUIS, *Solidarité budgétaire et financière dans l’Union européenne*, in C. BOUTAYEB (sous la direction de), *op. cit.*, p. 107 ss., p. 110; e già S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche*, Milano, 2001, p. 13.

<sup>105</sup> Diretta, cioè, non tanto ad aiutare gli Stati membri che si trovano in difficoltà economiche quanto, piuttosto, a limitare il più possibile le ripercussioni soprattutto sulla zona euro: così v. F. CROCI, *op. cit.*, p. 252, e gli autori ivi citati.

<sup>106</sup> Conforme P. MANZINI, *op. cit.*, p. 146.

toli di debito sul mercato primario a carico della Banca centrale europea (BCE) e delle banche centrali nazionali; nell'art. 124 TFUE sul divieto di accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie; e nella regola *no bail-out* dell'art. 125 TFUE, che impedisce il salvataggio esterno di uno Stato da parte dell'Unione e di altri Stati. Poco solidaristici sono anche l'art. 136, par. 3, TFUE, che rende possibile l'istituzione di meccanismi di stabilità per salvaguardare la stabilità della zona euro la cui assistenza finanziaria è però soggetta a rigorosa condizionalità<sup>107</sup> che, negli anni passati, si è concretizzata nelle note misure di *austerity*, e le misure non convenzionali della BCE prima della crisi pandemica<sup>108</sup>.

La solidarietà emergenziale è debole anche nel settore dell'asilo, la qual cosa sinora ha contribuito al mantenimento delle asimmetrie sostanziali del sistema Dublino<sup>109</sup>. A parte la direttiva 2001/55 sulla protezione temporanea

<sup>107</sup> V. la sentenza del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*, in cui la Corte ha affermato la compatibilità del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES) con i Trattati UE in ragione della rigida condizionalità cui è sottoposta quell'assistenza finanziaria. Il MES è stato sottoscritto nella sua versione definitiva il 2 febbraio 2012 ed è entrato in vigore il 27 settembre 2012. Esso è nato sulla base di due precedenti iniziative adottate nel 2010 per aiutare l'Irlanda, il Portogallo e la Grecia: il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF), disposto col regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, e il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF), esterno all'ordinamento dell'UE.

<sup>108</sup> Ci riferiamo in primo luogo alle *Outright Monetary Transactions* (OMT), programmi teoricamente illimitati di acquisto di titoli di debito pubblici e privati rivolti ai soli Stati in grave difficoltà che abbiano già avviato un programma di assistenza finanziaria con il MES (o con il FESF). La legittimità delle OMT con i Trattati UE è stata accertata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 16 giugno 2015, causa C-62/14, *Gauweiler*, in quanto sufficientemente circondate da garanzie dirette ad acquistare solo titoli di Stati già soggetti all'assistenza del MES nonché a non aggirare il divieto di finanziamento monetario dell'art. 123 TFUE. Ma rileva anche il programma di acquisto di titoli di debito pubblico (*Public Sector Purchase Programme*, PSPP), il più importante del *quantitative easing* della BCE: esso si propone di aumentare il tasso di inflazione consentendo alle banche centrali nazionali di acquistare titoli pubblici statali, regionali o locali del proprio Paese secondo i limiti decisi dalla BCE. Ebbene, la legittimità del PSPP è stata sancita nella sentenza dell'11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*, in quanto non eccedente il mandato della BCE e non lesivo del divieto di finanziamento monetario dell'art. 123 TFUE anche in ragione dei limiti previsti (limiti al volume mensile complessivo di acquisti; loro ripartizione tra le banche centrali nazionali secondo lo schema di sottoscrizione del capitale della BCE o regola del *capital key*; limiti di detenzione per emissione e per emittente; e divieto di acquisto di titoli con un livello di rischio elevato).

<sup>109</sup> V. in tal senso anche R. BIEBER, F. MAIANI, *op. cit.*, p. 316 ss.

degli sfollati, il cui meccanismo solidaristico non è stato però mai attivato<sup>110</sup>, rileva l’art. 78, par. 3, TFUE, per il quale, “[q]ualora uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, il Consiglio, su proposta della Commissione, [possa] adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati. Esso delibera previa consultazione del Parlamento europeo”<sup>111</sup>. Quest’ultima base giuridica, dunque, pone solo una facoltà, non un obbligo, in capo al Consiglio per l’adozione di misure emergenziali anche solidaristiche: esempio ne è l’adozione delle due decisioni sulla ricollocazione dei richiedenti asilo del 2015, le cui successive vicende giudiziarie hanno peraltro permesso alla Corte di approfondire contenuto e portata della norma primaria<sup>112</sup>. Più di recente, essa è posta a fondamento anche

<sup>110</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi. Il carattere solidaristico emergenziale della direttiva è stato ribadito anche dalla Corte di giustizia nella sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S.*, punto 93: “l’art. 80 TFUE prevede che la politica dell’asilo e la sua attuazione siano regolate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. La direttiva 2001/55 costituisce un esempio di tale solidarietà ma, come è stato indicato in udienza, i meccanismi di solidarietà che essa contiene sarebbero limitati a situazioni del tutto eccezionali rientranti nell’ambito di applicazione di tale direttiva, ossia l’afflusso massiccio di sfollati”. Sulla direttiva v. tra gli altri H. BEIRENS, S. MAAS, S. PETRONELLA, M. VAN DER VELDEN, *Study on the Temporary Protection Directive. Final report*, 2016, reperibile online; M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive. Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016, p. 1 ss.; ID., *Has the Temporary Protection Directive Become Obsolete? An Examination of the Directive and Its Lack of Implementation in View of the Recent Asylum Crisis in the Mediterranean*, in C. BAULOZ, M. INELI-CIGER, S. SINGER, V. STOYANOVA (eds.), *Seeking Asylum in the European Union*, Leiden-Boston, 2015, p. 223 ss.; M. NOTARBARTOLO DI SCIARA, *Temporary Protection Directive, Dead Letter or Still Option for the Future? An Overview on The Reasons Behind its Lack of Implementation*, in *rivista.eurojus.it*, 2 dicembre 2015, reperibile online; e N. ARENAS, *The Concept of ‘Mass Influx of Displaced Persons’ in the European Directive Establishing the Temporary Protection System*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, p. 7 ss.

<sup>111</sup> Su questa norma v. G. MORGESE, *La solidarietà*, cit., p. 59 ss.

<sup>112</sup> Nella sentenza *Repubblica slovacca e Ungheria c. Consiglio*, cit., il giudice di Lussemburgo ha affermato che l’art. 78, par. 3, TFUE permette di adottare atti non legislativi contenenti misure emergenziali nella sola materia della protezione internazionale, idonei a introdurre deroghe temporalmente definite a precedenti atti legislativi, in presenza di situazioni che rendano impossibile il normale funzionamento del regime di asilo. Si noti che gli Stati benefi-

della proposta di decisione diretta a introdurre misure solidaristiche emergenziali a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia, per far fronte alle attività di strumentalizzazione dei migranti intraprese della Bielorussia alla frontiera di quei tre Stati<sup>113</sup>.

Anche per le misure emergenziali in materia di asilo si assiste al contrasto tra solidarietà preventiva-responsabilizzante ed emergenziale e alle spinte contrapposte che esse generano. Sarà pertanto interessante vedere quali diritti e obblighi solidaristici reciproci potranno essere eventualmente individuati in materia dai giudici sovranazionali, e con quali conseguenze: in specie, se e come obblighi del genere potranno essere ritenuti prevalenti rispetto al sistema Dublino. A tal proposito, merita rimarcare che la stessa Corte di giustizia nella pronuncia *Jafari* del 2017 si è espressa in senso contrario all'esistenza di una deroga interpretativa o applicativa al criterio del Paese di primo ingresso, nonostante il carattere del tutto eccezionale della crisi migratoria dell'estate del 2015<sup>114</sup>. Sarebbe parimenti utile capire se, in base al principio generale di solidarietà ribadito nella sentenza *Germania c. Polonia*, si possa accertare l'inadempimento degli Stati membri per il ripristino e il mantenimento dei controlli alle frontiere interne al fine di contenere i movimenti secondari dagli Stati membri di frontiera esterna che si trovano in emergenza per un afflusso elevato di migranti sul loro territorio. Esprimiamo in proposito tutto il disappunto per una facoltà legittima alla luce del Codice frontiere Schengen (CFS) ma ben poco solidaristica, di cui si è abusato negli anni passati anche grazie all'avallo dalla Commissione<sup>115</sup> e a cui di recente

ciari delle misure, per essere qualificati tali, devono in qualche modo esprimere il loro assenso, non essendo viceversa "costretti" ad accettare la solidarietà degli altri Stati membri. Sotto il profilo procedurale, quegli atti non legislativi vanno adottati dal Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

<sup>113</sup> V. la proposta di decisione del Consiglio, del 1° dicembre 2021, COM(2021)752 final.

<sup>114</sup> Sentenza del 26 luglio 2017, causa C-646/16, *Jafari*, punto 93: "[l]a circostanza che l'attraversamento della frontiera abbia avuto luogo in una situazione caratterizzata dall'arrivo di un numero straordinariamente elevato di cittadini di paesi terzi, che intendono ottenere protezione internazionale, non è idonea a influenzare l'interpretazione o l'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento Dublino III". In dottrina v. F. FERRI, *Il regolamento "Dublino III" tra crisi migratoria e deficit di solidarietà: note (dolenti) sulle sentenze Jafari e A.S.*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 519 ss.; e C. DI STASIO, *Il 'sistema Dublino' non è derogabile: note a margine della sentenza della Corte di giustizia del 26 luglio 2017, causa C-646/2016, Jafari*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2017.

<sup>115</sup> Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo

quest’ultima ha deciso di porre un freno proponendo però la sua sostituzione – come in un gioco delle tre carte – con la possibilità di rafforzare in maniera significativa i controlli di polizia<sup>116</sup>.

A fronte di una solidarietà emergenziale che, a conti fatti, appare robusta solo laddove i Trattati e alcuni atti derivati stabiliscono doveri in tal senso – e a proposito della quale si rimane in attesa di conoscere il contenuto di eventuali ulteriori diritti e obblighi reciproci in base al principio generale di solidarietà affermato dai giudici di Lussemburgo – sul piano normativo e operativo si registrano interessanti sviluppi conseguenti della crisi pandemica da SARS-CoV-2<sup>117</sup>.

Le misure emergenziali sanitarie sinora adottate ci paiono nel complesso

2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen). Le misure di ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne ai sensi degli articoli da 25 a 35 CFS sono state attivate da alcuni Stati membri in occasione, tra l’altro, della “primavera araba” del 2010-2011 e della crisi migratoria del 2015. Soprattutto quest’ultima ha messo a dura prova la tenuta dell’area Schengen, comportando la reintroduzione unilaterale dei controlli da parte di un numero non esiguo di Stati (Belgio, Danimarca, Germania, Ungheria, Austria, Slovenia, Svezia e Norvegia). Questa prassi è stata avallata dalla Commissione nella sua attività di controllo della legittimità delle misure di ripristino: l’Esecutivo UE non solo ha accolto il presupposto affermato da quegli Stati, per i quali l’afflusso massiccio di migranti costituiva una grave minaccia alla sicurezza interna e all’ordine pubblico, ma ha anche attivato la procedura “a salvaguardia del sistema” dell’art. 29 CFS in ragione delle gravi carenze nei controlli delle frontiere esterne della Grecia, dando così copertura a quelle misure ben oltre il termine massimo di sei mesi. Successivamente, la Commissione ha anche proposto una modifica del sistema con l’obiettivo di estendere il termine massimo per la procedura “normale” (art. 25 CFS) da sei mesi a un anno, con ulteriore possibilità di ottenere, in via eccezionale, quattro successive proroghe di sei mesi ciascuna su parere della Commissione e raccomandazione del Consiglio (proposta del 27 settembre 2017, COM(2017)571 final), suggerendo altresì di prolungare i controlli a disciplina vigente oltre i due anni dell’art. 29 CFS (scaduti da tempo) basandosi non più sulle carenze delle frontiere esterne della Grecia ma sulla minaccia grave per l’ordine pubblico o la sicurezza interna derivante dall’ingresso di migranti potenziali terroristi. La questione è giunta all’esame della Corte di giustizia nelle cause riunite C-368 e 369/20, *Landespolizeidirektion Steiermark e Bezirkshauptmannschaft Leibnitz (Durée maximale du contrôle aux frontières intérieures)*, sulle quali si è sinora espresso l’Avvocato generale Saugmandsgaard Øe nelle conclusioni del 6 ottobre 2021, che ha considerato legittimi i controlli prolungati anche oltre i termini dell’art. 25 CFS ma solo previa minuziosa valutazione della loro proporzionalità.

<sup>116</sup> V. la recente proposta di regolamento, del 14 dicembre 2021, di modifica del regolamento 2016/399, COM(2021)891 final, ove si specifica che quei controlli non saranno considerati equivalenti a quelli di frontiera.

<sup>117</sup> Per un quadro generale v. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto*, cit., p. 93 ss.

soddisfacenti se viste nell'ottica solidaristica, in quanto orientate a eliminare gli ostacoli alla produzione e circolazione di attrezzature mediche e farmaci tra Stati membri garantendo al contempo la salute pubblica<sup>118</sup>. Si ricordano, tra le altre, le procedure accelerate di aggiudicazione congiunta di forniture sanitarie indispensabili; la costituzione di scorte d'emergenza di attrezzature mediche tramite il meccanismo *RescEU*<sup>119</sup>; l'aumento delle capacità produttive europee di dispositivi di protezione individuale (DPI); l'iniziativa tesa a ribadire il perimetro entro il quale sono ammesse le deroghe *ex art. 36 TFUE* al divieto di restrizioni quantitative all'esportazione dell'art. 35 TFUE, per frenare le restrizioni alla libera circolazione nel mercato comune di DPI e farmaci disposte, in spirito poco solidaristico, da alcuni Stati membri<sup>120</sup>; l'istituzione di un sistema temporaneo di autorizzazione preventiva per limitare le esportazioni di DPI al di fuori dell'UE e dello Spazio economico europeo<sup>121</sup>; gli orientamenti diretti "in uno spirito di solidarietà europea" a coordinare e cofinanziare il trasporto dei pazienti tra Stati e a semplificare il rimborso delle spese mediche, facendole gravare sul Fondo di solidarietà dell'UE<sup>122</sup>; l'attivazione del meccanismo di protezione civile dell'UE per i rimpatri dei cittadini europei rimasti bloccati al di fuori del loro Stato in ragione delle restrizioni temporanee ai viaggi<sup>123</sup>; l'acquisto dei test rapidi da

<sup>118</sup> V. la comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020, Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, COM(2020)112 final.

<sup>119</sup> V. l'iniziativa *RescEU Medical Stockpile* di cui alla decisione di esecuzione (UE) 2020/414, del 19 marzo 2020. Cfr. H. DE POOTER, *The Civil Protection Mechanism of the European Union: A Solidarity Tool at Test by the COVID-19 Pandemic*, in *ASIL Insights*, vol. 24, n. 7, 1° maggio 2020, reperibile *online*.

<sup>120</sup> Comunicazione COM(2020)112 final, pp. 3-4 e Allegato 2. Cfr. B. PIRKER, *Rethinking Solidarity in View of the Wanting Internal and External EU Law Framework Concerning Trade Measures in the Context of the COVID-19 Crisis*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 573 ss.

<sup>121</sup> Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione, del 14 marzo 2020, come modificato dal regolamento di esecuzione (UE) 2020/426 della Commissione, del 19 marzo 2020, sui quali G. ADINOLFI, *Il ruolo delle politiche commerciali a fronte della pandemia da COVID-19: brevi riflessioni alla luce del diritto OMC*, in *SIDIBlog*, 20 aprile 2020, reperibile *online*, e T. SOKOL, *Public health emergencies and export restrictions: Solidarity and a common approach or disintegration of the internal market?*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1819 ss.

<sup>122</sup> Comunicazione del 3 aprile 2020, C(2020)2153, su cui V. CAPUANO, *op. cit.*, p. 27 ss., e M. INGLESE, *La mobilità transfrontaliera dei pazienti affetti da Covid-19*, in *SIDIBlog*, 10 maggio 2020, reperibile *online*.

<sup>123</sup> In argomento A. ILIOPOULOU-PENOT, *Rapatriements en situation d'urgence lors de la*

mettere a disposizione degli Stati membri; i finanziamenti per lo sviluppo dei vaccini; e, infine, i contratti di acquisto di vaccini conclusi con diverse imprese multinazionali farmaceutiche.

Rilevanti, e in parte anche innovativi, sono poi gli interventi di solidarietà emergenziale economica adottati dall’Unione e dagli Stati dell’eurozona<sup>124</sup>. Sono di nostro interesse, in particolar modo, la flessibilità nel controllo degli aiuti di Stato disposta con il Quadro temporaneo (più volte modificato)<sup>125</sup>; l’attivazione della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita con la conseguente sospensione temporanea del vincolo esterno di

*pandémie de COVID-19: la solidarité européenne hors sol européen*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 469 ss., e M. PRPIC, *Repatriation of EU citizens during the COVID-19 crisis. The role of the EU Civil Protection Mechanism*, EPRS Briefing, aprile 2020, reperibile online.

<sup>124</sup> Sui quali in generale, tra gli altri, v. E. TRIGGIANI, *Il principio*, cit., p. 265 ss.; F. BATTAGLIA, *Tutela della salute pubblica ed assistenza economica e finanziaria agli Stati membri dell’Unione europea in tempo di emergenza sanitaria*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2020, p. 181 ss.; E. CASTELLARIN, *The European Union’s Financial Contribution to the Response to the Covid-19 Crisis: An Overview of Existing Mechanisms, Proposals under Discussion and Open Issues*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 1021 ss.; G. CONTALDI, *La solidarietà europea in campo economico ai tempi della pandemia da Covid-19*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 444 ss.; J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, *A Critical Analysis on the European Union’s Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 1399 ss.; F. FABBRINI, *La nuova governance economica europea post-pandemia*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2020, p. 771 ss.; G. MORGESE, *Solidarietà di fatto*, cit., p. 99 ss.; e N. RUCCIA, *L’Unione europea e l’emergenza sanitaria da Covid-19*, in *La Comunità internazionale*, 2020, p. 241 ss.

<sup>125</sup> Comunicazione del 20 marzo 2020, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19, C(2020)1863, e le sue modifiche del 4 aprile, C(2020)2215; dell’8 maggio 2020, C(2020)3156; del 29 giugno 2020, C(2020)4509; del 13 ottobre 2020, C(2020)7127; e del 28 gennaio 2021, C(2021)564. Con quest’ultima, il Quadro temporaneo è stato prorogato fino al 31 dicembre 2021. In dottrina v. V. DI COMITE, *La politica dell’Unione europea sugli aiuti di Stato ai tempi del COVID-19. Un nuovo “temporaneo” bilanciamento a favore dell’intervento statale nell’economia*, in M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D’ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di Covid-19*, Bari, 2021, p. 315 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *rivista.eurojus.it*, n. 4, 2021, p. 59 ss.; S. MARINO, *Il piano della Commissione europea per la ripresa economica: la compatibilità degli aiuti di Stato in situazioni emergenziali*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2020, p. 601 ss.; C. MASSA, *COVID-19 e aiuti di Stato: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in *rivista.eurojus.it*, numero speciale “L’emergenza sanitaria”, cit., p. 149 ss.; e A. ROSANÒ, *Adapting to Change: COVID-19 as a Factor Shaping EU State Aid Law*, in *europeanpapers.eu*, 2020, p. 621 ss..

bilancio<sup>126</sup>; le due *Coronavirus Response Investment Initiative* (CRII e CRII+)<sup>127</sup>; l'istituzione da parte della BCE del nuovo *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), che ha consentito l'acquisto sul mercato secondario di titoli pubblici (e privati) già ammissibili al PSPP<sup>128</sup> per un totale iniziale di 750 miliardi<sup>129</sup>; il *Pan-European Guarantee Fund* della Banca europea per gli investimenti (BEI)<sup>130</sup>; la nuova linea pandemica del MES<sup>131</sup>; e il programma SURE (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) previsto dal regolamento 2020/672<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> Sospensione proposta dalla Commissione (comunicazione del 20 marzo 2020, COM(2020)123 final) e approvata dal Consiglio Ecofin il 23 marzo 2020. Cfr. L. BARTOLUCCI, *Le prime risposte economico-finanziarie (di Italia e Unione europea) all'emergenza Covid-19*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, 8 aprile 2020.

<sup>127</sup> La CRII, illustrata nella comunicazione COM(2020)112 final, ha permesso di liberare circa 37 miliardi del bilancio UE per fornire liquidità e sostenere i sistemi sanitari nazionali nonché di modificare il Fondo di solidarietà UE per permettervi il ricorso anche in caso di grave emergenza di sanità pubblica. La successiva CRII+, di cui alla comunicazione del 2 aprile 2020, COM(2020)143 final, ha invece indirizzato le risorse in quel momento disponibili nel bilancio UE a favore dei sistemi sanitari e di altre finalità legate all'emergenza pandemica, rendendo l'utilizzo dei fondi strutturali completamente flessibile. *Amplius* I. OTTAVIANO, *Il ruolo della politica di coesione sociale, economica e territoriale dell'Unione europea nella risposta alla COVID-19*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2020, p. 123 ss., spec. p. 125 ss.

<sup>128</sup> *Supra*, nota 108.

<sup>129</sup> Cifra successivamente aumentata di 600 miliardi il 4 giugno 2020 e di ulteriori 500 miliardi il 10 dicembre 2020. Si noti che il PEPP risulta complessivamente più solidaristico delle precedenti misure non convenzionali della BCE in quanto non solo non soggiace alla regola del *capital key* (come invece il PSPP) ma non è neanche condizionato alla previa ammissione al sostegno del MES (come invece le OMT). Cfr. C. PESCE, *Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP): contenuti, finalità e basi giuridiche dell'azione monetaria UE*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 299 ss.

<sup>130</sup> Questo fondo di 25 miliardi, a valere su contributi degli Stati membri e di altre Istituzioni UE, è diretto a mobilitare fino a 200 miliardi alle piccole e medie imprese attraverso garanzie e prestiti.

<sup>131</sup> La *Pandemic Crisis Support* (PCS) è una linea di credito per 240 miliardi di euro, disponibile per gli Stati dell'eurozona dal 1° giugno 2020 e fino alla fine del 2022, con lo scopo di sostenere le spese sanitarie dirette e indirette della pandemia. A differenza delle altre linee di credito, i prestiti PCS sono soggetti solo al vincolo di destinazione e non a misure di *austerità*. Vedi E. PISTOIA, *I Trattati UE e il via libera all'uso del MES "senza condizionalità"*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, Napoli, 2021, p. 315 ss.; e ID., *Il MES alla guerra del COVID-19: così esterno, così interno*, in M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *op. cit.*, p. 359 ss.

<sup>132</sup> Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, del 19 maggio 2020. Il SURE può concedere prestiti fino a 100 miliardi per far fronte alle spese per gli ammortizzatori sociali nazionali

Ma non si possono dimenticare le iniziative di solidarietà economica “esterna” dell’UE avviate con la Risposta globale al coronavirus del 27 aprile 2020, con la quale la Commissione ha rivolto un invito a Stati e organizzazioni internazionali di tutto il mondo a raccogliere fondi per quasi 16 miliardi di euro per l’accesso universale a test, trattamenti e vaccini contro il SARS-CoV-2 e per la ripresa economica globale. A tal proposito si ricorda che l’azione dell’UE a livello mondiale si struttura attraverso un approccio di squadra denominato *Team Europe*, che comprende le Istituzioni, gli Stati membri, la BEI e la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo<sup>133</sup>.

7. Nelle pagine che precedono, abbiamo tentato di individuare le diverse declinazioni che la solidarietà assume dell’ordinamento giuridico dell’Unione europea, evidenziandone gli elementi di forza e di debolezza. Se ne ricava un quadro composito, in cui la solidarietà, a parte volerla intendere solo come valore morale posto alla base dell’integrazione europea, mostra numerose sfaccettature che difficilmente possono essere ricondotte a unità. Per queste ragioni, resta ancor oggi aperto l’interrogativo sull’esistenza o meno di un principio generale di solidarietà dell’UE, capace come tale di contrastare, e fino a che punto, le derive “egoistiche” degli Stati membri o, comunque, di

e per le misure sanitarie associate nei luoghi di lavoro. Gli elementi solidaristici del SURE risiedono nel suo finanziamento (che proviene da garanzie di carattere irrevocabile e incondizionato messe a disposizione dagli Stati membri per almeno il 25% dell’importo da raccogliere, con cui la Commissione ha assunto obbligazioni fino alla concorrenza dei 100 miliardi), nella possibilità di concedere a uno Stato assistenza anche superiore al valore della sua garanzia (con il solo divieto di erogare più del 60% del totale ai tre Stati che ricevono più risorse) e nella mutualizzazione del debito contratto dalla Commissione in caso di difficoltà di uno o più Stati ad adempiere alle attivazioni delle garanzie prestate (la Commissione ha il diritto di procedere ad attivazioni aggiuntive di garanzie a carico degli altri Stati qualora uno di questi non riesca a onorare l’attivazione delle proprie, previa verifica della possibilità di ricorrere al bilancio dell’UE). Cfr. A. PITRONE, *Covid-19. Uno strumento di diritto dell’Unione europea per l’occupazione (SURE)*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, 2021, p. 331 ss.; P. GARGIULO, *Gli sviluppi della politica sociale dell’UE tra “emergenza” sanitaria e “tragedia” economica e occupazionale*, in M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D’ARIENZO (a cura di), *op. cit.*, p. 343 ss.; e A. PITRONE, *Una nuova agenda sociale europea come risposta alla crisi post Covid-19?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 900 ss.

<sup>133</sup> Comunicazione congiunta della Commissione e dell’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, dell’8 aprile 2020, JOIN(2020)11 final.

orientare in senso meno asimmetrico alcune politiche come quelle economica e di asilo.

In altri termini, alla luce di tutto ciò che si è detto e nonostante i recenti sviluppi determinati dalla sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2021 e dalle misure riequilibratorie ed emergenziali prese per affrontare la crisi pandemica, resta ancor oggi legittimo chiedersi se, nel “mare” delle norme dei Trattati, è possibile scorgere solo alcune “isole” di solidarietà: isole oggi più numerose di ieri, ma pur sempre isole. Oppure, al contrario, se si sia ormai definita in maniera compiuta una trama solidaristica generale che, per un verso, vada oltre la semplice constatazione della varietà (pur rilevante) dei riferimenti solidaristici nel diritto primario e nella giurisprudenza e che, per altro verso, sia davvero produttiva di diritti e obblighi di mutuo soccorso in capo alle Istituzioni e agli Stati membri.

Rispondere a questo interrogativo equivale, a nostro avviso, a misurare senza alcun intento retorico lo scarto che intercorre nell’UE tra l’essere e il dover essere: cioè, tra l’Unione europea come è e come invece dovrebbe essere per risultare coerente con un modello (forse ideale) che ambisce, pur con gli inevitabili limiti, a essere sintesi e non semplice somma di identità ed egoismi nazionali.

Di certo non si può negare però che, per essere davvero tale, un principio di solidarietà nell’UE ha bisogno di colmare il suo pilastro davvero debole, quello cioè che opera nei confronti degli individui. Le manifestazioni di debolezza, sotto questo profilo, sono diverse: un esempio è dato dalla vicenda *Anagnostakis*, in cui il carattere rigorosamente condizionato della solidarietà economica è stato ritenuto non superabile neanche da un’iniziativa dei cittadini europei finalizzata alla presentazione, da parte della Commissione, di una proposta legislativa atta alla cancellazione del debito pubblico dello Stato membro più colpito dalla “vecchia” crisi economica (la Grecia)<sup>134</sup>.

Un altro esempio, ben noto, è quello relativo alla mancanza di un’ampia solidarietà nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi che intendono raggiungere il territorio europeo, che vada cioè oltre la solidarietà interstatale dell’art. 80 TFUE e i pur importanti *status* di protezione sussidiaria e tempo-

<sup>134</sup> Sentenza del 12 settembre 2017, causa C-589/15 P, *Anagnostakis*. In senso conforme la relativa sentenza del Tribunale del 30 settembre 2015, causa T-450/12, *Anagnostakis*. Sulla vicenda v. T. RUSSO, *Solidarietà e democrazia nella crisi economica degli Stati della zona euro: considerazioni sul caso Anagnostakis*, in *federalismi.it*, n. 9, 2018.

ranea<sup>135</sup>. In proposito, non si possono non condividere le parole dell’Avvocato generale Wathelet nella causa *Jawo*, laddove egli evidenzia, in una specie riguardante le condizioni materiali nello Stato membro di riconoscimento della protezione internazionale, che “solo l’adozione di una vera e propria politica in tema di protezione internazionale nell’ambito dell’Unione, con il suo proprio bilancio, la quale garantisca condizioni di vita minime e uniformi ai beneficiari di tale protezione, permetterebbe di ridurre, se non addirittura di eliminare, il verificarsi di casi come quelli oggetto del procedimento principale, assicurando che il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri sancito dall’articolo 80 TFUE sia realmente applicato a beneficio non solo degli Stati membri, ma soprattutto degli esseri umani coinvolti”<sup>136</sup>. Inutile dire che una tale conclusione è estendibile anche alla “criminalizzazione della solidarietà” messa in pratica da alcuni Stati membri nei confronti delle ONG operanti nel Mar Mediterraneo, così come alla più recente vicenda dei migranti strumentalizzati dal governo bielorusso alla frontiera con la Polonia e la Lituania.

Quel che si può dire, in conclusione, è che il “faticoso” percorso della solidarietà nell’UE, tra alti e bassi, tra manifestazioni importanti e altrettanto rilevanti omissioni, non sembra essere ancora terminato. Non ci si può che augurare che questo percorso riservi novità positive e che, un giorno, si possa davvero parlare non più di isole solidaristiche ma di un intero continente fondato sulla solidarietà.

<sup>135</sup> *Supra*, nota 9 e testo corrispondente.

<sup>136</sup> Conclusioni del 25 luglio 2018, causa C-163/17, *Jawo*, punto 145.



**Sessione II**  
**La sovranità europea, 4 novembre 2021**



LE POLITICHE DI IMMIGRAZIONE E ASILO:  
PASSATO, PRESENTE E FUTURO  
DI UNA SOVRANITÀ EUROPEA INCOMPIUTA

**Chiara Favilli\***

SOMMARIO: 1. La prevalenza del metodo intergovernativo nello sviluppo delle politiche d'immigrazione e asilo dell'Unione europea. – 2. L'assenza di disciplina dell'immigrazione per motivi economici. – 3. Dublino e Schengen: due sistemi antagonisti. – 4. La politica del contenimento dei flussi. – 5. La difficile costruzione del sistema europeo di asilo ed il rapporto con il diritto costituzionale di asilo. – 6. Conclusioni.

1. Il diritto degli stranieri è tradizionalmente considerato una materia di stretta competenza nazionale, riflesso precipuo della sovranità statale<sup>1</sup>. Non sorprende, dunque, che sul piano del diritto internazionale gli Stati siano considerati liberi di regolare l'ammissione e l'allontanamento dello straniero nel e dal proprio territorio, salvo i limiti derivanti dalle norme sul diritto d'asilo e sui diritti umani, oggi in gran parte codificate nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>2</sup>. L'approccio statocentrico non ha mai consentito di affermare un diritto all'immigrazione, nonostante sia invece ri-

\* Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze. Il presente contributo è il frutto della rielaborazione e dell'aggiornamento dello scritto *Il diritto dell'Unione europea e il fenomeno migratorio*, pubblicato in M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA, *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, p. 55 ss.

<sup>1</sup> Ne sono una conferma i modestissimi risultati conseguiti attraverso l'adozione nel 2018 dei *global compacts* sull'immigrazione e l'asilo nell'ambito delle Nazioni Unite, [refugeesmigrants.un.org](https://www.refugeesandmigrants.un.org/).

<sup>2</sup> Si veda l'ampio studio sull'espulsione degli stranieri avviato nel 2004 dalla International Law Commission, in particolare il memorandum del segretariato della Commissione: A/CN.4/565 del 10 luglio 2006 in [legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/565](https://www.legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/565). Per quanto riguarda l'Unione si veda lo studio di ECRE, *The application of the EU Charter of Fundamental Rights to asylum procedural law*, in [ecre.org](https://www.ecre.org), 2014; EUI, *Actiones Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter Module 5 – Asylum and Migration*, in [eui.eu](https://www.eui.eu), 2017.

conosciuto il diritto all'emigrazione, vale a dire il diritto umano di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio<sup>3</sup>.

L'assenza di regole internazionali sull'immigrazione consente di apprezzare la straordinarietà sotto questo profilo del processo d'integrazione europea<sup>4</sup>. Gli Stati membri hanno infatti per la prima volta acconsentito alla limitazione della propria sovranità per creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, garantendo la libera circolazione delle persone, attraverso l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne ed il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne divenute, di fatto, comuni<sup>5</sup>. In aggiunta, gli Stati membri hanno anche acconsentito a limitazioni di sovranità in materia di immigrazione intesa come regole sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri e, dunque, nello spazio europeo di libera circolazione<sup>6</sup>. Una competenza molto ampia, che include le misure sui visti, sul controllo delle frontiere, sulle condizioni di immigrazione, soggiorno, allontanamento e sulla concessione dello *status* di protezione internazionale.

A questo risultato si è giunti attraverso fasi progressive, a partire da quella dei tre pilastri dell'era post-Maastricht, passando attraverso la fase intermedia post-Amsterdam e anche ricorrendo all'uso degli accordi internazionali, come la Convenzione di Schengen del 1985 ed il Trattato di Dublino del 1990, entrambi incorporati nell'ordinamento dell'Unione europea, ma solo grazie ad un'articolata applicazione differenziata<sup>7</sup>. In effetti, vi sono Paesi membri che non sono vincolati dalle norme UE, salvo una decisione

<sup>3</sup> Art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 2, par. 2, del Protocollo n. 4 alla CEDU; art. 12, par. 2, del Patto sui diritti civili e politici. Per una valorizzazione del diritto di emigrare si veda L. FERRAJOLI, *Il diritto di migrare. Il potere costituente di un nuovo ordine mondiale*, in *chiesadituttichiesadeipoveri.it*; Comitato delle regioni, *Parere su Migrazione e Mobilità – Un Approccio Globale*, CIVEX-V-027, 18 luglio 2012.

<sup>4</sup> S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il Diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019.

<sup>5</sup> Sia permesso il rinvio al nostro *Immigrazione (Diritto dell'Unione europea)*, *ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto. Annali V*, Milano, 2012, p. 675 ss.

<sup>6</sup> P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli, 2016, p. 143 ss.

<sup>7</sup> Sull'incorporazione della Convenzione di Schengen si v. B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht, Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziale e di polizia*, Milano, 1995; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2016.

contraria (Irlanda e, prima della *Brexit*, anche il Regno Unito); uno Stato membro che è vincolato solo a titolo di diritto internazionale (Danimarca); Stati terzi associati attraverso la conclusione di appositi accordi internazionali (Svizzera, Liechtenstein, Norvegia e Islanda)<sup>8</sup>. In sintesi, un'Europa a geometria variabile sia per gli Stati coinvolti sia per la natura giuridica dei vincoli esistenti.

Subito dopo l'attribuzione di competenza all'Unione europea, il Consiglio europeo e la Commissione avevano tracciato le linee di sviluppo di entrambe le politiche di asilo e di immigrazione, con la giusta dose di ambizione e pragmatismo. Le istituzioni avevano così rafforzato la convinzione che avremmo assistito ad un percorso, sì complesso, ma tuttavia di certa e progressiva evoluzione. Tale percorso avrebbe reso l'Unione europea un nuovo attore delle politiche migratorie, rendendo le legislazioni degli Stati membri in questo settore non solo sempre più omogenee, ma anche idonee a gestire un fenomeno di dimensione globale e destinato a perdurare nei decenni a venire. Al contrario, quel percorso si è rivelato un labirinto dal quale l'Unione fatica ad uscire e che ne logora energie vitali per la sua stessa esistenza.

Da una parte, anche solo per ambire ad una disciplina efficace dell'immigrazione, gli strumenti che ogni legislatore dovrebbe avere non sono solo quelli relativi al controllo delle frontiere, al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno o all'allontanamento di chi non è più gradito. L'immigrazione, infatti, interseca ed è profondamente influenzata da politiche diverse ma strettamente correlate, quali quelle dell'occupazione, delle politiche sociali e dell'istruzione. Tutte politiche sulle quali l'Unione ha una mera competenza di sostegno e di coordinamento.

Dall'altra, anche nell'esercizio delle competenze già attribuite all'Unione, gli Stati hanno ostacolato l'adozione di atti che avrebbero potuto regolare alcuni aspetti chiave, in particolare quello dell'immigrazione per motivi di lavoro. Sempre gli Stati hanno poi proseguito a livello individuale a ridurre i canali di ingresso regolare, anche per motivi familiari. Tale riduzione e l'assenza di canali di ingresso regolare di diretta responsabilità dell'Unione hanno reso l'ingresso irregolare con conseguente richiesta di

<sup>8</sup> Si vedano i Protocolli allegati ai Trattati ed in particolare il Protocollo (21) sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il Protocollo (22) sulla posizione della Danimarca.

protezione internazionale uno dei pochi modi per entrare e rimanere nello spazio europeo.

Così, il controllo delle frontiere e il diritto d'asilo sono diventati gli assi portanti della politica migratoria europea, a livello sia statale sia dell'Unione. In entrambi i settori, l'Unione tende a riprodurre dinamiche analoghe a quando l'immigrazione e l'asilo erano ancora politiche di cooperazione internazionale tra gli Stati europei, con il risultato che essa appare spesso agire come strumento per la realizzazione di politiche e di obiettivi nazionali, piuttosto che come un'organizzazione sovranazionale che persegue proprie finalità ed obiettivi nell'interesse dei popoli europei. Svanito in pochi mesi lo "spirito di Tampere"<sup>9</sup>, quando sembrava che l'Unione avrebbe potuto elaborare una politica autonoma sui vari aspetti rilevanti per il governo dell'immigrazione, il metodo intergovernativo ha continuato a plasmare le modalità e le priorità dello sviluppo di questa politica e sembra ancora essere la cifra dominante. Le relazioni con i Paesi terzi, ma anche l'agonizzante sistema Dublino ne sono la conferma lampante, assieme al protagonismo assunto dai Ministri degli Affari interni, a livello sia nazionale sia dell'Unione, dove gran parte delle misure sono discusse e adottate in seno al Consiglio Giustizia e affari interni, sovente sotto stretta "direzione" da parte del Consiglio europeo.

Non sorprende dunque che gli unici avanzamenti in materia di armonizzazione siano stati conseguiti relativamente agli strumenti di controllo dello Spazio territoriale europeo. Uno spazio presidiato ancora dalle polizie di frontiera nazionali che applicano però regole comuni e che "convivono" con una Guardia di frontiera e costiera europea, il cui regolamento è stato l'unico ad essere approvato tra le diverse misure legislative proposte nel 2016 per far fronte all'allora crisi dei migranti e richiedenti asilo<sup>10</sup>.

È stato acutamente osservato che la limitazione di sovranità degli Stati, determinata dall'adozione di norme comuni in questo settore, è stata ampiamente compensata dall'apertura di ampi spazi d'azione a favore dei Governi degli Stati ed in particolare dei funzionari dei Ministeri degli interni, sia per l'accesso ad un'enorme quantità di dati, grazie alla creazione di varie banche dati interoperabili, sia per la partecipazione ai comitati in seno al Consiglio

<sup>9</sup> Conclusioni, del 15-16 ottobre 1999, del Consiglio europeo di Tampere.

<sup>10</sup> Regolamento n. 2016/1624, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea.

dell'Unione europea e al Consiglio d'amministrazione della Guardia di frontiera. Una prevalenza della dimensione governativa che è rimasta anche dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ordinamento dell'Unione europea, senza una significativa attenuazione neanche dopo che il Parlamento europeo ha acquisito funzioni di controllo che, però, non si estendono alla definizione degli indirizzi politico-amministrativi e delle strategie operative dell'agenzia.

Anche in un ambito nel quale forte è l'armonizzazione e, dunque, la limitazione di sovranità statale, i Governi risultano avere un ruolo prevalente rispetto alle istituzioni europee. Diviene dunque necessario perlomeno attivare efficaci strumenti di controllo, così da garantire che lo spostamento di una funzione a livello di Unione europea non determini l'assenza di controlli democratici, rendendo l'azione del potere governativo più libera di quanto non sarebbe se si svolgesse ancora solo nell'ambito delle competenze dello Stato e attraverso la cooperazione internazionale.

La necessaria negoziazione con il Parlamento europeo, imposta dalla generalizzazione della procedura legislativa ordinaria, non ha determinato modifiche tangibili. Questo principalmente perché è l'agenda politica ad essere blindata attorno a misure relative solo ad alcuni settori ed i margini di cambiamento all'interno di ciascun negoziato risultano essere limitati. Le difficoltà registrate sulla riforma del regolamento Dublino ne rappresentano l'esempio più emblematico. Ma, come emerge dall'analisi che segue, è tutta la politica d'immigrazione e di asilo a risentire della prevalenza della dimensione intergovernativa a discapito di quella autenticamente europea.

**2.** Con la pubblicazione della prima comunicazione recante le linee generali di sviluppo della politica di immigrazione<sup>11</sup>, la Commissione aveva elaborato un proprio orientamento, prevalentemente basato su un approccio

<sup>11</sup> Comunicazione COM(2000)757, del 22 novembre 2000, su una politica comunitaria in materia di immigrazione. La Commissione muoveva dalla constatazione che l'immigrazione, essendo un fenomeno costante, non possa essere contrastato ma che, al contrario, vada adeguatamente regolato in modo da poterne trarre i massimi benefici; in aggiunta, secondo la Commissione le politiche di immigrazione "zero" adottate dai Paesi europei nei precedenti trenta anni non erano più adeguate considerando anche che l'andamento demografico dei Paesi dell'Unione europea e la crescente carenza di forza lavoro qualificata e non qualificata comportavano una sempre maggiore richiesta di lavoratori cittadini di Paesi terzi.

pragmatico. La Commissione europea ha infatti più volte ribadito che la politica migratoria è necessaria per gestire un fenomeno destinato a continuare nel tempo, sia per le condizioni geopolitiche dei Paesi di origine, sia per le esigenze della stessa Unione europea, caratterizzata da un calo demografico che deve essere colmato per mantenere e possibilmente accrescere il benessere economico dell'Unione. La Commissione ha più volte affermato che l'immigrazione non può essere contrastata ma che, al contrario, deve essere adeguatamente regolata<sup>12</sup>. Di conseguenza, la Commissione nel 2001 aveva presentato la proposta di direttiva sull'ingresso per motivi di lavoro<sup>13</sup>, che mirava a regolare in modo organico l'ingresso e il soggiorno dei migranti c.d. economici, addirittura prospettando la possibilità di ingresso per ricerca di lavoro. Tuttavia, tale proposta non è mai stata approvata: lasciata in un binario morto, è stata poi definitivamente ritirata nel 2005, alla luce della netta opposizione dei Governi e delle mutate priorità nella realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia concordate a partire dalla fine del 2001<sup>14</sup>.

Non essendo mai stata adottata una normativa europea di disciplina dell'immigrazione per motivi di lavoro, gli Stati hanno mantenuto una quasi totale discrezionalità in materia. Tuttavia, l'Unione potrebbe legiferare anche in questo ambito, limitando gli spazi di autonomia statale a seconda del tipo di atto adottato e del suo contenuto, con l'unico limite dato dalla determinazione del volume di ingressi di cittadini provenienti da Paesi terzi allo scopo di cercare un lavoro dipendente o autonomo (art. 79, punto 5, TFUE).

Abbandonata ogni prospettiva di realizzare un'autentica politica europea in materia di immigrazione per motivi economici, la visione complessiva del fenomeno migratorio da parte della Commissione si è via via appiattita sulle posizioni del Consiglio europeo e del Consiglio. Essa ha dunque finito per proporre alcune normative che potremmo definire di contorno del fenomeno, ad impatto minimo sulla gestione dei flussi.

<sup>12</sup> COM(2011)248, del 4 maggio 2011, comunicazione.

<sup>13</sup> Proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, COM(2001)386, dell'11 luglio 2001.

<sup>14</sup> Il nuovo corso fu allora segnato dalla presentazione del Libro verde sull'immigrazione per motivi economici, in seguito al quale è stato adottato un Piano d'azione sull'immigrazione legale che è stato poi sostanzialmente confermato con il Programma di Stoccolma approvato a dicembre 2009.

Inoltre, mentre negli ordinamenti nazionali la normativa sull'immigrazione è costituita da una legislazione organica, talvolta completata da disposizioni specifiche o di attuazione, le istituzioni dell'Unione europea hanno invece optato per l'adozione di disposizioni settoriali, volte a disciplinare singoli segmenti della condizione giuridica dello straniero, come il ricongiungimento familiare o l'allontanamento, i diritti dei residenti di lungo periodo o il rilascio dei visti di breve durata. Se questo metodo ha consentito di attenuare i contrasti tra gli Stati, permettendo negoziazioni su aspetti specifici onde pervenire ad un compromesso accettabile, è indubbio che il quadro generale ne abbia risentito negativamente, anche solo considerando la coerenza della politica in questo settore, potendo i singoli negoziati sfociare in scelte dettate esclusivamente dalla situazione contingente, piuttosto che dalla ricerca della soluzione più adeguata alla disciplina della fattispecie.

Tutti questi profili di criticità e la necessità che l'Unione intervenga in modo innovativo per regolare la politica di immigrazione sono stati a più riprese sottolineati non solo dal mondo accademico, ma anche dalle stesse istituzioni, inclusa la Commissione che ha approvato il 29 marzo 2019 un corposo "controllo di qualità" della legislazione, già preannunciato nel 2013 e volto a verificare l'attualità della necessità degli atti UE adottati in questa materia e l'individuazione di misure volte a colmare le lacune o a superare le criticità riscontrate<sup>15</sup>. Analogamente ha fatto il Parlamento europeo con un altrettanto corposo studio su "The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration"<sup>16</sup>, nonché il Comitato delle Regioni con il parere "I costi della non immigrazione e non integrazione" adottato il 12 dicembre 2018<sup>17</sup>.

Sono studi che meritano di essere diffusi e analizzati attentamente, perché hanno il pregio di offrire analisi e dati oggettivi in una materia troppo spesso trattata senza approccio scientifico e rimessa agli umori politici di improvvisati avventori dei palazzi di governo. Sono anche l'ennesima conferma del fatto che tutte le istituzioni europee hanno invocato l'esigenza di una diversa politica europea di immigrazione, senza tuttavia che il Consiglio euro-

<sup>15</sup> SWD(2019)1055, del 29 marzo 2019, Fitness check on EU Legislation on legal migration.

<sup>16</sup> Parlamento europeo, *The Cost of Non-Europe in the Area of Legal Migration*, marzo 2019.

<sup>17</sup> Comitato delle regioni, *I costi della non immigrazione e non integrazione*, doc. 2019/C 110/01 del 12 dicembre 2018.

peo e il Consiglio abbiano mai voluto assecondare tali richieste. È dunque ormai pacifico che l'incapacità dell'Unione di produrre una politica credibile del governo del fenomeno migratorio sia diretta responsabilità dei Governi degli Stati membri.

Il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo presentato il 23 settembre del 2020 non presenta alcuna novità significativa al riguardo<sup>18</sup>. Sulla migrazione legale il massimo che è stato possibile introdurre è la promozione di una consultazione pubblica a seguito della quale valutare possibili proposte normative. È improbabile questo avvenga prima della fine della legislatura in corso, considerato che siamo già a metà della legislatura con numerosi altri dossier delicati che assorbono le energie delle istituzioni e delle capitali europee.

3. Nell'ordinamento dell'Unione europea non esiste alcun diritto in capo ai cittadini di Paesi terzi regolarmente soggiornanti di circolare e soggiornare in un altro Stato membro, se non per un periodo massimo di novanta giorni. Ciò vale per tutti i cittadini di Paesi terzi, qualunque sia il loro *status*. Addirittura, anche in base alla direttiva sui lungo soggiornanti, i cittadini che ottengono tale *status* possono soggiornare in un altro Stato membro solo se soddisfano i requisiti e le condizioni stabilite dagli Stati membri, vale a dire in base alle norme sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi<sup>19</sup>. Nell'ambito del diritto di asilo, la regola assume una rilevanza primaria, dato che è principio consolidato che non vi sia alcun diritto di scegliere lo Stato UE dove richiedere protezione internazionale e che, una volta individuato lo Stato competente, non vi possano essere movimenti interni all'area Schengen, i c.d. movimenti secondari. In particolare, l'obiettivo del contrasto dei movimenti secondari è divenuto centrale e talvolta prevalente nella politica di asilo europea, pur senza essere in alcun modo menzionato nei Trattati e pur essendo oggettivamente inconciliabile con l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne realizzata attraverso il sistema Schengen. In un'area di libera circolazione e con notevoli differenze tra i sistemi di *welfare* e del lavo-

<sup>18</sup> Per un'analisi articolata su tutti gli aspetti rilevanti del Patto, si vedano i numerosi contributi pubblicati nel *Focus Proposta di patto su immigrazione e asilo*, disponibile su: [aisdue.eu](http://aisdue.eu).

<sup>19</sup> Direttiva 2003/109/CE, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo: 44-53. Lo *status* viene riconosciuto a coloro che risiedono regolarmente per un periodo consecutivo di cinque anni.

ro degli Stati membri, se anche infatti vi fosse una piena armonizzazione dei sistemi di asilo, i movimenti ci sarebbero lo stesso, essendo determinati in gran parte dal sistema Paese nel suo insieme (*welfare* e prospettive occupazionali) e non solo dai sistemi di asilo nazionali<sup>20</sup>.

Baluardo del divieto dei movimenti secondari è il regolamento Dublino recante i criteri per determinare lo Stato membro competente per esaminare le richieste di protezione internazionale che, in mancanza di un diritto di circolazione e soggiorno anche a favore dei beneficiari di protezione internazionale, diviene lo Stato dove il richiedente asilo dovrebbe rimanere per sempre<sup>21</sup>. Nonostante che la Convenzione sia stata sostituita nel 2003 da un regolamento dell'Unione, modificato da ultimo nel 2013, il sistema non è stato mai sostanzialmente cambiato<sup>22</sup>. È come se l'*imprinting* internazionale abbia condizionato il contenuto e lo sviluppo della disciplina, senza che l'avvento dell'Unione e la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giusti-

<sup>20</sup> J. P. BREKKE, G. BROCHMANN, *Stuck in Transit: Secondary Migration of Asylum Seekers in Europe, National Differences, and the Dublin Regulation*, in *Journal of Refugees Studies*, n. 2, 2015, p. 145 ss.

<sup>21</sup> Tali regole, originariamente parte integrante della Convenzione di Schengen, sono confluite nella Convenzione internazionale sullo Stato membro competente, firmata tra i 12 Stati membri dell'allora Comunità europea, incluso il Regno Unito, e meglio nota come Convenzione di Dublino 1990. Il capitolo VII del titolo II dell'Accordo di Schengen recava proprio i criteri per determinare lo Stato competente per l'esame delle domande d'asilo, poi confluiti nella Convenzione sulla determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 ed entrata in vigore nel 1990. L'esigenza di determinare lo Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale è emersa tra gli Stati del Consiglio d'Europa già negli anni Ottanta, a prescindere dunque dalla creazione di un'area di libera circolazione delle persone. Allora, infatti, l'obiettivo principale era quello di ridurre il fenomeno dei rifugiati «in orbita», circolanti tra uno Stato e l'altro senza che vi fosse certezza su chi dovesse essere lo Stato competente. Già in tale ambito si affermò ben presto anche l'esigenza degli Stati di limitare il numero di richiedenti asilo rientranti nella propria giurisdizione; si v. A. HURWITZ, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, 2009, pp. 26-30. Le prospettive di rilancio del processo d'integrazione europea di fatto interruppero i lavori in seno al Consiglio d'Europa, i cui progetti di accordi non sono mai entrati in vigore.

<sup>22</sup> La Convenzione di Dublino è stata "comunitarizzata" con il regolamento 343/2003, per questo comunemente denominato "regolamento Dublino II". A questo ha fatto poi seguito il regolamento 604/2013, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati, detto "Dublino III".

zia abbiano modificato l'ordine delle priorità, imponendo la modifica delle norme vigenti. In particolare, invariati sono i criteri di determinazione dello Stato competente, tra i quali spicca quello dello Stato di primo ingresso irregolare nell'UE<sup>23</sup>. Sebbene i dati dimostrino che anche gli Stati di frontiera interna dell'Unione registrino un numero elevato di richieste di protezione internazionale, la rigidità dei criteri e la loro applicazione concreta hanno contribuito negli anni a creare forti tensioni tra gli Stati membri<sup>24</sup>.

A dispetto della centralità e della rilevanza ad esso attribuita dai Governi UE, il sistema Dublino non ha mai funzionato, neanche quando il numero dei richiedenti protezione internazionale era limitato, soprattutto se comparato con il numero dei migranti c.d. economici<sup>25</sup>. Come prevedibile, la piena realizzazione dell'area di libera circolazione ha poi favorito i movimenti secondari, sebbene essi fossero già presenti tra gli Stati europei anche prima dell'avvento di Schengen. Tuttavia, essi sono stati tollerati fino a quando il loro numero era considerato sostenibile. Successivamente il sistema è letteralmente collassato, anche per alcune pronunce della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) con le quali sono stati condannati quegli Stati membri che, in esecuzione del regolamento Dublino, avevano proceduto a trasferimenti verso la Grecia e l'Italia senza verificare l'esclusione di un rischio di violazione dei diritti garantiti nella Convenzione, *in primis* dell'art. 3<sup>26</sup>. Nonostante il tentativo della Corte di giustizia di avvalorare una peculiarità dei rapporti intra-UE anche in relazione al rispetto delle garanzie derivanti dalla Convenzione EDU, la Corte di Strasburgo ha ribadito il proprio consolidato orientamento in materia di allontanamento delle persone da uno Stato ad un

<sup>23</sup> Sentenza della Corte del 26 luglio 2017, causa C-646/16, *Jafari*.

<sup>24</sup> Si vedano i dati pubblicati dall'EASO a partire dal 2010, [easo.europa.eu](http://easo.europa.eu).

<sup>25</sup> Un sistema complesso che si è rivelato lentissimo e altamente inefficiente. Inequivocabili sono i dati sulle effettive riconsegne tra Stati membri dei richiedenti asilo e dei beneficiari della protezione internazionale, in ottemperanza ai criteri e alle regole procedurali ivi stabilite: solo circa l'8% delle richieste di trasferimento accettate è effettivamente eseguito. Commissione europea, *Evaluation of the Dublin III Regulation. Final report*, 4 dicembre 2015, p. 6; si veda anche il rapporto CIR, *Dublin II Regulation. Lives on Hold. European Comparative report*, febbraio 2013, [www.refworld.org](http://www.refworld.org), spec. par. 3.1.

<sup>26</sup> Si vedano i c.d. "Dublin cases", così denominati dal servizio di comunicazione della Corte EDU, [echr.coe.int/Documents/FS\\_Dublin\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/FS_Dublin_ENG.pdf).

altro, al quale non si sottraggono neanche i trasferimenti tra Stati UE in applicazione del regolamento Dublino<sup>27</sup>.

La già conclamata crisi del sistema Dublino si è così propagata anche al sistema Schengen, con alcuni Stati membri che a partire dal 2015 hanno ripristinato i controlli alle frontiere interne<sup>28</sup>. Gli Stati membri hanno anche a tratti dimostrato di preferire la limitazione della libera circolazione delle persone pur di non ammettere più un migrante, inclusi i richiedenti asilo. È in questo contesto che si inserisce, da ultimo, la proposta della Commissione di revisione del Codice frontiere Schengen anche al fine di consentire agli Stati di adottare misure supplementari per contrastare i movimenti irregolari tra Stati membri e combattere i soggiorni illegali, che in pratica consente agli Stati un maggior utilizzo dei pattugliamenti di frontiera, anche congiunti, al fine di facilitare la riammissione dei cittadini di Stati terzi all'atto dell'attraversamento di frontiere interne tra Stati membri<sup>29</sup>.

Anche su questo fronte, il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo non offre prospettive per una efficace riforma del regolamento Dublino e per scongiurare ulteriori ripercussioni sul sistema Schengen. Congiuntamente al Patto è stata presentata una proposta di regolamento che nelle intenzioni della Commissione dovrebbe abrogare e sostituire il vigente regolamento Dublino. Tuttavia, le regole sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale sono sostanzialmente mantenute. Tali regole sono state formulate riprendendo in gran parte quanto previsto nella proposta di riforma del 2016, mai approvata, valorizzando i profili sui quali era emerso un maggiore consenso in seno al Consiglio. Una riforma

<sup>27</sup> La Corte di giustizia dopo alcune pronunce difformi, sembra essersi allineata all'orientamento della Corte EDU. Si veda sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16, *CK*; del 7 giugno 2016, causa C-63/15, *Ghezelbash*; del 7 giugno 2016, causa C-155/15, *Karim*. Sempre sul sindacato giurisdizionale relativamente ai c.d. trasferimenti Dublino e all'applicazione della c.d. clausola di sovranità si v. sentenze della Corte del 25 gennaio 2018, causa C-360/16, *Hasan*; del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*; del 2 aprile 2019, causa C-582/17, *H*; del 23 gennaio 2019, causa C-661/17, *MA*; del 6 giugno 2013, causa C-648/11, *MA*.

<sup>28</sup> Commissione europea, *Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*, disponibile su [ec.europa.eu/dgs/home-affairs/](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/).

<sup>29</sup> COM(2021)891, del 14 dicembre 2021, proposta di regolamento. Si veda anche, European Parliament Research Unit, *The Cost of non-Schengen. Impact of border controls within Schengen on the Single Market*, April 2016.

quella del 2016 che, giova ricordarlo, è naufragata per l'incapacità dei Governi in seno al Consiglio di trovare una sintesi tra le loro posizioni così da approvare il mandato a negoziare con il Parlamento europeo. Quest'ultimo, con una storica risoluzione del 16 novembre 2017 aveva, invece, approvato emendamenti alla proposta della Commissione che modificavano radicalmente il sistema, considerando l'ingresso in qualsiasi Stato membro come l'ingresso nella terra dell'Unione e così applicando criteri innovativi nell'individuazione dello Stato competente, prescindendo da quello dello Stato di primo ingresso irregolare.

Lungi dal seguire quanto approvato dal Parlamento europeo, la Commissione ha invece confermato sostanzialmente i criteri attualmente vigenti, in particolare quello dello Stato di primo ingresso irregolare, con alcune minime innovazioni che non saranno però tali da influire in modo significativo sul funzionamento del regolamento.

Se anche la proposta dovesse essere approvata, prospettiva poco probabile, un certo successo del sistema potrà essere garantito solo dai piccoli numeri, ed è anche per questo che la riduzione del numero dei richiedenti protezione internazionale, la limitazione dell'accesso al territorio e le procedure accelerate di frontiera e, più in generale le misure di contenimento dei flussi verso l'Unione sono divenute le misure strategiche della politica europea in questo settore.

4. L'incapacità di adottare un'efficace politica migratoria, di trovare soluzioni efficaci per gestire la c.d. crisi dei migranti, ma anche per definire un sistema europeo di asilo autenticamente comune ha portato ad un rafforzamento della cooperazione con i Paesi terzi al fine di ridurre gli ingressi di migranti e di richiedenti asilo nei territori europei. La cooperazione con gli Stati di origine e di transito ha assunto una dimensione strategica nel contrasto del traffico di migranti, nel rimpatrio dei migranti irregolari e nell'accoglienza dei richiedenti asilo fuori dall'Unione, con qualsiasi incentivo economico a disposizione dell'UE e degli Stati<sup>30</sup>.

Si inserisce pienamente in questa nuova strategia la cooperazione con la

<sup>30</sup> COM(2016)385, del 7 giugno 2016, Nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione.

Turchia, divenuto il Paese chiave per contenere il flusso dei cittadini siriani verso l'Unione. In virtù di una *dichiarazione* datata 18 marzo 2016, la Turchia si è impegnata a garantire accoglienza e protezione a circa tre milioni di cittadini siriani, in cambio di ingenti finanziamenti da parte dell'UE e degli Stati membri (in totale sei miliardi di euro per la prima fase della cooperazione) e dello sblocco dei negoziati sull'accordo per la liberalizzazione dei visti a favore dei cittadini turchi che, però, non è stato realizzato. Per la prima volta è stato disciplinato il rimpatrio anche di richiedenti asilo, attraverso l'obbligo imposto alla Grecia di qualificare la Turchia come Paese sicuro.

Pur con tutte le incertezze circa la tenuta dell'accordo nel lungo periodo, nonché, più in generale, sul condizionamento delle relazioni dell'UE con la Turchia, esso è stato considerato un modello da replicare, *mutatis mutandis*, nelle relazioni con i Paesi di origine e di transito, in particolare con il Niger e con la Libia. Significativo è anche l'impiego in questi Paesi di missioni militari dell'UE e degli Stati<sup>31</sup>. È infatti vivace su questo fronte anche la cooperazione bilaterale, che vede impegnata in prima fila l'Italia. Ingenti sforzi sono stati compiuti per rendere operativa la guardia costiera libica, così da ridurre la presenza delle imbarcazioni europee nel Mediterraneo ed evitare di essere direttamente impegnati nelle attività di ricerca e soccorso in mare. Questo per ridurre al minimo la necessità di intervento da parte delle navi europee ed evitare così di dover portare i migranti soccorsi in un porto sicuro, normalmente un porto italiano, in ottemperanza agli obblighi derivanti dal diritto internazionale del mare ed al principio di *non refoulement*.

Caratteristica di questa cooperazione è la perdita della forma tradizionale tipica degli accordi di riammissione e l'affermazione dell'informalità e della flessibilità delle relazioni internazionali<sup>32</sup>. Come la cooperazione con la

<sup>31</sup> La più nota è la missione EUNAVFOR MED Sophia, decisa nel 2015 e conclusa il 31 marzo 2020, decisione PESC 2015/778 del Consiglio, del 18 maggio 2015, relativa a un'operazione militare dell'Unione europea nel Mediterraneo centromeridionale; in Mali è stata avviata nel 2015 la missione EUCAP Sahel Mali, una missione civile dell'Unione (decisione (PESC) 2017/50 del Consiglio, dell'11 gennaio 2017, che modifica la decisione 2014/219/PESC relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Mali (EUCAP Sahel Mali) e prorogata, da ultimo, fino al gennaio 2023. Dal 2012 è operativa la missione EUCAP Sahel Niger: decisione 2012/392/PESC del Consiglio, del 16 luglio 2012, relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger).

<sup>32</sup> Una raccolta ragionata degli accordi di riammissione dell'Unione e dell'Italia, nonché delle varieghe forme della cooperazione internazionale in questo settore, può essere reperita

Turchia è stata suggellata non da un accordo formale ma da una “dichiarazione”, così avviene anche per le altre collaborazioni in atto che possono assumere denominazioni diverse, come patti o dialoghi, ma senza assumere la forma del vero e proprio accordo internazionale.

Interessante è poi l'intreccio che sussiste tra l'azione dell'UE e quella da parte degli Stati. La cooperazione con la Turchia è stata realizzata attraverso l'azione diretta dei Capi di Stato e di Governo, insieme a rappresentanti delle istituzioni europee e finanziata con una combinazione di risorse provenienti in parte dai bilanci nazionali e in parte da quello UE. In questo contesto, il controllo sulle attività realizzate risulta molto difficile, sia per la commistione tra misure UE e misure nazionali, sia per la mancata adozione di atti formali, suscettibili di controllo politico e/o giurisdizionale. In relazione alla cooperazione UE/Turchia, ad esempio, secondo la Corte di giustizia siamo di fronte all'assenza di un accordo dell'Unione, trattandosi di un accordo concluso dai Capi di Stato e di Governo dell'Unione e non dall'Unione stessa<sup>33</sup>. Dello stesso orientamento è stato il Parlamento europeo che non ha inteso contestare la violazione delle proprie prerogative ed ha rinunciato ad esperire un ricorso per annullamento di fronte alla Corte di giustizia. Tuttavia, se si trattasse effettivamente di un accordo degli Stati membri, occorrerebbe che le procedure interne sulla competenza a stipulare fossero rispettate, cosa che non si è verificata nel caso di specie.

La politica del contenimento dei flussi è accompagnata da misure che potremmo definire come *compensatorie*. Sono misure che vengono valorizzate dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per giustificare di fronte alla comunità internazionale un'azione fortemente limitativa del diritto delle persone di migrare e di cercare protezione internazionale. È in questo contesto

nell'annata 2016 della rivista *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, ad essi interamente dedicata.

<sup>33</sup> La Corte di giustizia dell'Unione europea ha pronunciato una criticabile ordinanza di inammissibilità su un ricorso diretto di annullamento presentato da due cittadini pachistani ed uno afgano; sentenza del 12 settembre 2018, causa C-208/17, *NF e a. c. Consiglio europeo*, sul ricorso contro l'ordinanza del Tribunale del 28 febbraio 2017, causa T-192/16, *NC c. Consiglio europeo*. Si veda anche Tribunale 7 febbraio 2018, *Access Info Europe contro Commissione europea*, causa T-851/16. Tra tutti i numerosi contributi sul punto si veda M. MARCHEGIANI, L. MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2016, pp. 70-74.

che devono essere inquadrati gli interventi di cooperazione e di assistenza umanitaria, nonché le diverse misure che possiamo definire di “ingresso protetto”.

Tuttavia, mentre il contenimento dei flussi è una misura di breve periodo, le altre misure possono produrre risultati di medio o lungo periodo. Adirittura, le iniziative di cooperazione allo sviluppo tendono nel medio periodo ad un aumento dell'emigrazione, cosa che è però esclusa dall'assenza di canali di ingresso regolari. Inoltre, per quanto riguarda le misure di ingresso protetto, va dato atto all'Unione di avere incentivato l'adozione di misure di reinsediamento, ammissione umanitaria e ricollocazione, ma solo con una raccomandazione agli Stati membri<sup>34</sup>.

5. Come per l'immigrazione, anche per l'asilo la Commissione aveva pubblicato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il proprio orientamento che, assieme alle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, ha delineato le linee di sviluppo della politica che avrebbero poi portato alla realizzazione del sistema europeo comune di asilo, incentrato sulla nozione di protezione internazionale<sup>35</sup>. In particolare, la strategia concordata si è sviluppata attraverso due fasi successive, caratterizzate da un diverso livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali volte a disciplinare tutti gli aspetti rilevanti del sistema di protezione: l'accoglienza, le procedu-

<sup>34</sup> Si veda da ultimo la raccomandazione su reinsediamento, ammissione umanitaria del 23 settembre 2020, C(2020) 6467.

<sup>35</sup> Direttiva 2001/55/CE, del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi; direttiva 2013/32/UE, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale; direttiva 2013/33/UE, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale; direttiva 2011/95/UE, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta; regolamento 604/2013, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati. F. CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, London, 2015.

re, le qualifiche e la determinazione dello Stato competente. Per favorire la corretta applicazione del sistema europeo di asilo a livello nazionale è stato anche creato l'Ufficio europeo per il sostegno dell'asilo<sup>36</sup>.

In aggiunta, la possibilità, ammessa dalle direttive europee di accordare la protezione umanitaria in base alla legislazione nazionale, consente di offrire una tutela residuale e più ampia di quella risultante dalla protezione internazionale di derivazione europea<sup>37</sup>. La Corte di giustizia, nel riconoscere che sussiste ancora spazio per forme di protezione più favorevoli disciplinate dal diritto nazionale, come espressamente ammesso dalle direttive UE, ha chiarito che esse devono sempre essere compatibili con le direttive ed in particolare devono rispondere ad una *ratio* di protezione diversa così da non confondersi con quelle di derivazione UE<sup>38</sup>.

Il sistema europeo di asilo è largamente basato sulla Convenzione di Ginevra sul diritto dei rifugiati e sul principio di non respingimento ma ne rappresenta uno sviluppo progressivo, sia per la codificazione d'interpretazioni evolutive della stessa Convenzione di Ginevra, sia per l'espressa inclusione nel sistema europeo di quelle fattispecie diverse dal diritto di asilo che non hanno ancora avuto un'autonoma e completa disciplina a livello internazionale e né, spesso, a livello nazionale. Ci si riferisce in particolar modo ai limiti all'allontanamento derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani che in gran parte sono oggi "coperti" dalla nozione di protezione sussidiaria, mutando da meri obblighi di tipo negativo in veri e propri obblighi positivi di protezione e di riconoscimento di uno specifico *status*. Complementare alla protezione internazionale è poi la protezione umanitaria, contemplata ma non disciplinata dal diritto dell'Unione, che rinvia alla legislazione degli Stati membri che la possono discrezionalmente riconoscere per motivi umanitari o caritatevoli. La Corte di giustizia ha poi svolto e continua a svolgere quel ruolo tipico di garante dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, sia delle norme derivate sia delle norme primarie, in particolare della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte ha avuto modo di chiarire che la Convenzione di Ginevra, alla quale rinviano sia l'art. 78 TFUE, sia l'art. 18 della Carta, sia la normativa derivata, costituisce

<sup>36</sup> COM(2016)271, del 4 maggio 2016, proposta di regolamento.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, del 23 febbraio 2018, n. 4455.

<sup>38</sup> Sentenze della Corte del 9 novembre 2010, causa C-57/09, *B. e D.*, punti 118-121; del 18 dicembre 2014, causa C-542/13, *M'Bodj*, punti 43-47.

“il livello di protezione minimo” che ben può essere derogato *in melius* dall’Unione europea. Si tratta di un principio basilare nel rapporto tra strumenti di tutela dei diritti umani e molto rilevante per districarsi nel labirinto delle fonti internazionali, europee e nazionali, tutte rilevanti in materia di asilo<sup>39</sup>.

A dispetto dell’autoqualificazione del sistema europeo di asilo come comune, tutt’oggi esistono notevoli differenze nei sistemi di asilo nazionali e l’armonizzazione rimane una chimera. Inoltre, l’impatto negli Stati membri è stato diverso a seconda della legislazione già vigente a livello nazionale. In Stati come l’Italia, l’impatto è stato significativo, considerando l’assenza di un sistema organico in materia di asilo che è stato introdotto proprio grazie all’attuazione delle direttive europee. Più complesso è valutare tale processo in termini qualitativi, vale a dire se vi sia stata in Italia o negli altri Stati membri un’evoluzione della tutela del diritto di asilo grazie all’attuazione del sistema europeo comune di asilo. È un dato oggettivo che le riforme che hanno interessato il diritto di asilo in Italia a partire dal 2017 sono state in gran parte introdotte in virtù di quanto disposto dal sistema europeo di asilo. Ciò è sicuramente vero per l’introduzione delle procedure accelerate, di frontiera e dei concetti di Paese sicuro, tutte già contemplate nella direttiva 2013/32/UE c.d. *direttiva procedure* ma come opzioni, lasciando cioè agli Stati la possibilità di scegliere se introdurle o meno nei propri ordinamenti. Nell’ordinamento italiano tali concetti non erano stati introdotti fino all’adozione del d.l. 113/2018, essendo sempre stati ritenuti contrari al disposto costituzionale, soprattutto per la difficoltà ad effettuare un esame individuale con la prevista riduzione delle garanzie procedurali. L’ampio utilizzo di tali nozioni negli Stati membri, nonché le prospettive di riforma volte a renderli obbligatori per tutti, hanno in qualche modo rafforzato la volontà del Governo italiano di renderli operativi anche nel nostro ordinamento. Analogamente si può affermare rispetto all’abrogazione dell’appello e della protezione c.d. umanitaria: in questo caso il sistema europeo di asilo nulla dispone in proposito, lasciando agli Stati membri ampia discrezionalità sulla disciplina dell’appello dopo il primo grado di giudizio o sulla protezione umanitaria. Tali riforme, in altri termini, sono state introdotte non perché

<sup>39</sup> Sentenza della Corte del 14 maggio 2019, causa C-391/16, *M*, punti 96 e 111.

*imposte* dal diritto dell'Unione europea, ma perché da esso *previste* come opzioni o *consentite* in quanto non disciplinate.

Inoltre, nel pacchetto di riforma del sistema europeo di asilo presentato nel 2016, non approvato entro la fine della legislatura 2014-2019, ma in gran parte riproposto con il Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre 2020, erano previste disposizioni volte ad irrigidire i criteri disposti dal regolamento Dublino, ad accentuare i meccanismi sanzionatori, ad applicare in modo obbligatorio i concetti di Paese sicuro e la conseguente applicazione delle procedure di frontiera ed accelerate. Il tutto realizzato attraverso regolamenti e non più direttive, nonché con l'eliminazione della clausola delle disposizioni più favorevoli, che consente oggi agli Stati di introdurre o mantenere in vigore norme nazionali più favorevoli rispetto a quelle previste dalle direttive UE, privando gli Stati di quei margini di discrezionalità che in Italia hanno consentito un adattamento in piena conformità con il diritto di asilo costituzionale riconosciuto dall'art. 10 Cost.

Dall'esame del Sistema europeo comune di asilo e, soprattutto dalle sue prospettive di riforma, emerge una tendenza nella legislazione dell'Unione a ridurre il livello dei diritti e delle garanzie riconosciute ai richiedenti protezione internazionale, tendenza acuita nella risposta dell'Unione alla c.d. crisi dei migranti e dei richiedenti asilo che ha raggiunto la sua acme tra il 2014 e il 2017.

Se la legislazione europea, soprattutto di armonizzazione delle norme nazionali, tende ad assestarsi su un livello di tutela dei diritti decrescente e sicuramente inferiore rispetto a quello disposto dalla Costituzione italiana, si pone evidentemente un problema di potenziale conflitto tra fonti. Potrebbe addirittura accadere che un Governo in seno al Consiglio sia favorevole ad adottare un atto di armonizzazione delle norme nazionali che contrasti con i principi fondamentali della sua Costituzione, come il diritto costituzionale di asilo. L'Unione potrebbe così divenire il luogo usato per imporre una riduzione degli *standard* derivanti dalle Costituzioni nazionali nel nome dell'armonizzazione europea. Uno *standard* che dovrebbe poi prevalere sullo *standard* nazionale sulla base del consolidato orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>40</sup>. Si porrebbe così anche la premessa di un

<sup>40</sup> Sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punti 62 e 63. Orientamento confermato anche nella sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punti 45 e 46. E. MUIR, *The Fundamental Rights Implications of EU Legislation: Some*

conflitto tra diritti fondamentali che, preconstituito dal legislatore europeo con il concorso dei Governi nazionali, dovrebbe poi essere risolto in sede giurisdizionale, con tutte le difficoltà che notoriamente si pongono. Più efficace sarebbe, invece, l'introduzione di sistemi e di procedure di prevenzione del conflitto da attivarsi durante la procedura legislativa ordinaria e a prescindere dall'iniziativa dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, perlomeno quando vi siano in gioco diritti costituzionali<sup>41</sup>.

Più in generale, sarebbe anche auspicabile che, per conciliare il principio del primato del diritto UE e la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti a livello nazionale, fosse garantita l'applicazione dello *standard* più favorevole o, almeno, fossero debitamente valorizzate quelle clausole presenti nel Trattato per evitare che nella formazione degli atti dell'Unione vi siano norme che possano collidere con i diritti fondamentali tutelati a livello delle Costituzioni nazionali.

6. Le ricorrenti crisi che l'Unione si trova ad affrontare in materia d'immigrazione e asilo hanno dimostrato l'inidoneità dell'Unione europea ad adottare misure efficaci, essendo necessarie non solo misure quali il controllo delle frontiere o dei dati delle persone, bensì anche un complesso di azioni di politica sociale ed economica, ancora in gran parte di competenza nazionale o sulle quali i Governi non intendono rinunciare alla loro piena discrezionalità. Esse hanno dimostrato, inoltre, l'ontologica inconciliabilità tra uno spazio di libera circolazione e le misure volte a contrastare i movimenti secondari, soprattutto di chi è stato riconosciuto beneficiario di protezione internazionale.

*Constitutional Challenges*, in *Common Market Law Review*, n. 1, 2014, p. 219 ss.; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Competition Law Review*, n. 2, 2014, p. 308 ss.; N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review*, n. 4, 2013, p. 1083 ss.; N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018.

<sup>41</sup> European Commission Staff Working Paper, of 6 May 2011, *Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessment*, SEC(2011)567; Accordo interistituzionale «Legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea del 13 aprile 2016, punto 12. N. LAZZERINI, *Le clausole generali della Carta dei diritti fondamentali nel law-making europeo: codificazione e Innovazione nella determinazione del livello di tutela*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2019, p. 515 ss.

Queste carenze strutturali si riflettono in modo negativo anche nell'esercizio delle competenze attribuite all'Unione, nelle quali non è stata elaborata una propria visione, autonoma rispetto a quella dei Governi e autenticamente ispirata al principio di solidarietà tra gli Stati. Anche la Commissione non è riuscita in questo ambito a svolgere quel ruolo positivo che in altre epoche e in altre politiche ha invece svolto. Costretta a ritirare la proposta profondamente innovativa sull'immigrazione per motivi di lavoro, si è mossa nello stretto recinto delimitato dagli orientamenti di un Consiglio europeo sempre più conservatore. Si comprende così perché ancora vigano strumenti sorti nell'era della cooperazione intergovernativa, come i sistemi Schengen e Dublino, la cui rilevanza ed il cui impianto sono sostanzialmente immutati.

Anche nell'ambito della dimensione esterna delle politiche di immigrazione e di asilo, dove più forte appare la coesione tra gli Stati, emerge evidente la prevalenza dell'approccio intergovernativo. Minore o assente il ruolo dei parlamenti, europeo e nazionali, creando di fatto spazi di attività dei Governi ben più ampi di quelli che essi avrebbero se agissero nell'ambito di competenze nazionali o attraverso la cooperazione internazionale. Un'analoga tendenza si rileva anche in relazione al crescente ruolo della Guardia di frontiera europea il cui operato andrebbe pienamente ricondotto alle istituzioni europee, non solo attraverso un controllo *ex post* sulle attività effettuate.

In ultima analisi, i Governi degli Stati membri non hanno ancora accettato che sia l'Unione e non gli Stati a guidare la costruzione di queste politiche, consentendo ad ogni istituzione europea di svolgere pienamente il proprio ruolo e rinunciando al perseguimento dell'unanimità in seno al Consiglio<sup>42</sup>. Non solo, dunque, l'Unione non ha adeguate competenze per governare in modo efficace l'immigrazione, ma essa risulta anche frenata nell'esercizio delle competenze attribuite, con ripetuti strappi anche a regole procedurali e prerogative delle istituzioni derivanti dai Trattati. A differenza di altri settori, nei quali l'Unione ha negli ultimi due anni adottato misure fortemente innovative, nessuno spiraglio emerge in materia di immigrazione e asilo, come confermato dal contenuto del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 23 settembre del 2020 e dall'andamento dei negoziati in corso.

<sup>42</sup> E. AMBROSI, *The Unbearable Lightness of Leadership*, in *EUObserver*, 18 October 2017.

## L'EVOLUZIONE DELLA POLITICA AMBIENTALE DELL'UNIONE: EFFETTO BRUXELLES, NUOVI OBIETTIVI E VECCHI LIMITI

**Fabio Ferraro**\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della politica dell'Unione. – 3. La nozione di sostenibilità. 4. I nuovi obiettivi del *Green Deal*. – 5. L'effetto Bruxelles in materia ambientale. – 6. L'attuazione della normativa dell'Unione e gli strumenti di incentivazione a una *better regulation*. – 7. Effettività degli strumenti di tutela. – 8. Le prospettive future.

1. Il G20 di Roma e la Conferenza delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (COP26) di Glasgow hanno recentemente posto la questione della tutela dell'ambiente al centro della scena mondiale, facendo emergere le contraddizioni dei nostri modelli di sviluppo economico. Si tratta di un tema ampio, caratterizzato da numerosi risvolti e da forti contrasti, che oggi più che mai ci pone davanti a grandi responsabilità e ci obbliga a delle scelte ormai non più rimandabili, se abbiamo realmente a cuore la salvaguardia del nostro pianeta.

Infatti, come eloquentemente affermato dal segretario generale dell'ONU in occasione della presentazione del rapporto sul divario delle emissioni 2021<sup>1</sup>, siamo sulla buona strada per la catastrofe climatica. Gli effetti dell'inquinamento e del cambiamento del clima sono tangibili se solo si considerano la distruzione di foreste e oceani, il rischio di estinzione di un milione di specie e la sequenza impressionante di alluvioni, siccità, incendi e mareggiate.

Si iniziano ad intravedere dei segnali di cambiamento rispetto alle tradizionali politiche nazionali, ma vi è ancora un diffuso scetticismo nell'opinione pubblica sull'esistenza di una volontà comune di tutelare in modo efficace l'ambiente, anche in considerazione della mancanza di un'uniformità

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Il testo del discorso pronunciato dal Segretario generale dell'ONU è disponibile all'indirizzo [www.un.org/sg/en/node/260321](http://www.un.org/sg/en/node/260321). Il rapporto è invece pubblicato all'indirizzo [www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2021](http://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2021).

di vedute tra gli Stati in merito alle misure da adottare e al termine entro il quale conformarsi ai propri obblighi.

In questo contesto problematico e non certo incoraggiante, soprattutto per le giovani generazioni, occorre confrontarsi con la disciplina dell'Unione in materia ambientale, che si sviluppa lungo più direttrici ed ha ad oggetto molteplici aspetti. In particolare, tale disciplina può essere approfondita sotto i seguenti profili: 1) evoluzione degli obiettivi dell'Unione, sia al suo interno che nelle sue relazioni esterne; 2) stato di attuazione della normativa dell'Unione e misure di incentivazione a una *better regulation*; 3) effettività degli strumenti di tutela in materia ambientale.

La presente relazione si colloca in una limitata prospettiva di indagine senza alcuna pretesa di ricostruire in modo esaustivo i suddetti profili del rapporto tra Unione europea e ambiente, che risultano molto ampi, piuttosto complessi e in continuo cambiamento. L'obiettivo è quello di formulare soltanto alcune osservazioni, al fine di mettere in luce la crescita esponenziale del ruolo esercitato dall'Unione in tema di ambiente derivante dalla sua influenza sulle normative nazionali e dalla sua credibilità sul piano internazionale, senza però tralasciare alcune criticità che permangono in questo ambito nell'individuazione dei nuovi e ambiziosi obiettivi fissati dal *Green Deal*<sup>2</sup>.

2. In via preliminare è utile ripercorrere, in estrema sintesi, l'evoluzione della disciplina dell'Unione in materia ambientale, con l'obiettivo di porre in chiara evidenza come dal Trattato di Roma ad oggi le competenze dell'Unione siano state ampiamente sviluppate e significativamente valorizzate.

Com'è noto, il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957 non conteneva alcuno specifico riferimento alla politica ambientale, visto che in quel periodo storico l'opinione pubblica confidava essenzialmente nelle virtù della crescita economica e nell'inesauribilità delle risorse, in assenza sia di imminenti preoccupazioni di ordine ambientale sia di organizzazioni, anche non governative, portatrici di istanze ecologiste. Nondimeno, nel diritto comunitario sono state progressivamente richiamate le esigenze

<sup>2</sup> COM/2019/640 final, dell'11 dicembre 2019, comunicazione della Commissione, Il Green Deal europeo.

connesse alla tutela dell'ambiente per giustificare deroghe o eccezioni alle regole generali<sup>3</sup>, così come si è fatto ricorso alla normativa sul ravvicinamento delle normative statali e alla teoria dei poteri impliciti per legittimare le prime azioni a tutela dell'ambiente<sup>4</sup>.

Il successivo Atto Unico Europeo ha introdotto nella parte terza del Trattato di Roma un nuovo titolo, denominato appunto "Ambiente", che ha consentito di avviare in questo campo una vera e propria azione della Comunità economica europea. Nell'ordinamento comunitario il principio di sussidiarietà ha trovato la sua prima applicazione proprio in questo settore, mettendo in risalto che la Comunità agisce nei limiti in cui gli obiettivi comunitari di salvaguardia della qualità dell'ambiente e della salute umana possono essere perseguiti in maniera più adeguata dal livello superiore (art. 25). Questo principio ha rivestito - e tutt'ora riveste - un ruolo fondamentale nella creazione di una disciplina sovranazionale dell'ambiente, considerato che l'azione dell'Unione, per la portata e gli effetti, può risultare più idonea al

<sup>3</sup> Con particolare riferimento al rapporto tra tutela dell'ambiente e disciplina del mercato interno cfr., tra gli altri, L. IDOT, *Protection de l'environnement, libre circulation, libre concurrence: bilan de la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Petites affiches – Droit de la Concurrence*, n. 119, 15 giugno 2006, p. 24; C. VIAL, *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, Collection droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2006; N. DE SADELEER, *Environnement et marché intérieur*, Commentaire J. Mégret, Bruxelles, 2010; P. THIEFFRY, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruxelles, 2011, spec. p. 839 ss.; J. H. JANS, H. H. B. VEDDER, *European Environmental law*, Groningen, 2012, spec. p. 253 ss.; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, London, 2012, spec. p. 95 ss.; N. DE SADELEER, *EU Environmental Law and the Internal Market*, Oxford, 2014; J. NOWAG, *Environmental Integration in Competition and Free-Movement Laws*, Oxford, 2016.

<sup>4</sup> Ad esempio, la base giuridica della prima direttiva sui rifiuti, la direttiva 75/442/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1975, è costituita dagli articoli 100 e 235 TCE. La vigente direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti, si fonda invece sull'art. 192 TFUE. L'art. 114 TFUE continua ad essere la base giuridica di diversi atti di armonizzazione che introducono importanti regole dal punto di vista ambientale ed è utilizzato allorché l'atto sia adottato principalmente per garantire il funzionamento del mercato interno. Si pensi, ad esempio, al regolamento 2016/1628 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2016 relativo "alle prescrizioni in materia di limiti di emissione di inquinanti gassosi e particolato inquinante e di omologazione per i motori a combustione interna destinati alle macchine mobili non stradali", nonché alla direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 marzo 2001 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati. Sull'argomento v., tra gli altri, F. ROSSI DAL POZZO, *Profili comunitari ed internazionali della disciplina degli organismi geneticamente modificati*, Milano, 2005.

perseguimento di un determinato scopo rispetto a quella presa a livello statale, regionale e locale<sup>5</sup>.

Un passaggio rilevante è costituito anche dal Trattato di Maastricht, con il quale “l’azione” comunitaria in materia ambientale prevista dall’Atto Unico Europeo è diventata formalmente una “politica nel settore dell’ambiente” e la relativa tutela è stata posta sullo stesso piano degli altri obiettivi di carattere economico, attribuendo alla Comunità la competenza di promuovere “una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l’ambiente”.

I successivi Trattati di Amsterdam e di Nizza, così come, peraltro, la Carta dei diritti fondamentali, allora, priva di efficacia vincolante, si sono limitati a consolidare la politica comunitaria ambientale senza apportare modifiche sostanziali.

Il Trattato di Lisbona ha realizzato un ulteriore passo in avanti con la previsione dell’impegno dell’Unione ad adoperarsi “per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata (...) e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente” (art. 3, par. 3, TUE). Alla specifica disciplina dell’ambiente è stato dedicato l’intero Titolo XX della parte terza del TFUE<sup>6</sup>, al fine di rafforzare questa competenza concorrente dell’Unione e far fronte alla consistenza e alla dimensione che ha assunto l’inquinamento<sup>7</sup>. In una prospettiva evolutiva si collocano idealmente le disposizioni in materia ambientale della Carta dei diritti

<sup>5</sup> M. RENNA, *I principi in materia di ambiente*, in *Rivista di diritto dell’ambiente*, 2012, p. 70, il quale ha evidenziato che “la sussidiarietà è servita a far sì che la Comunità potesse attrarre verso l’alto e, di conseguenza, svolgere competenze normative che al livello più basso, ossia al livello degli Stati membri, non potevano essere o, comunque, non erano svolte adeguatamente, a motivo, in particolare, delle dimensioni degli obiettivi da realizzare e delle competenze da esercitare”.

<sup>6</sup> Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2020 p. 798.

<sup>7</sup> Si consideri che la Corte di giustizia ha chiarito già nella sentenza del 24 novembre 1993, causa C-405/92, *Mondiet c. Armement Islais*, punti 26-28, che la sussistenza di considerazioni relative anche alla tutela dell’ambiente non comporta di per sé che l’adozione di un atto di diritto derivato debba trovare il proprio fondamento giuridico nell’art. 192 TFUE. Tale base giuridica risulta adeguata in relazione agli atti che hanno come oggetto principale la protezione dell’ambiente. In molti casi il legislatore dell’Unione ha adottato atti giuridici rilevanti per la definizione di una politica ambientale dell’Unione europea fondandosi sull’art. 114 TFUE, relativo al ravvicinamento delle legislazioni, secondo il quale la Commissione si deve basare su un livello di protezione elevato nelle sue proposte in materia di protezione dell’ambiente.

fondamentali, che con il Trattato di Lisbona hanno assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati. In particolare, rileva l'art. 37 della Carta, che riproduce essenzialmente l'art. 11 TFUE e impone l'integrazione nelle altre politiche dell'Unione della tutela ambientale e, quindi, della valutazione delle relative esigenze di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente<sup>8</sup>. A ben vedere, questa clausola orizzontale stabilisce un principio anziché sancire un vero e proprio diritto fondamentale all'ambiente, poiché è difficile definire con precisione il suo contenuto<sup>9</sup>, anche se poi la sua tutela si può collegare, in modo più o meno incisivo, a diversi diritti umani o fondamentali. Nel perseguire gli obiettivi in materia ambientale, l'art. 191, par. 2, TFUE pone a fondamento dell'azione dell'Unione altri rilevanti principi, quali quelli di precauzione, dell'azione preventiva, della correzione dei danni causati all'ambiente e del "chi inquina paga".

Sta di fatto che un contributo determinante all'evoluzione della politica dell'Unione in materia ambientale è stato fornito tanto da una consistente giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>10</sup> quanto da un'intensa produzione normativa. In particolare, in questo settore sono stati adottati una moltitudine di atti, di natura diversa e aventi finalità differenti, che risentono di una varietà di strategie e di orientamenti, ma che hanno in comune la tutela, diretta o indiretta, dell'ambiente. Il *Green Deal* ha cercato di imprimere un'accelerazione all'azione dell'Unione e di cambiare approccio rispetto all'atteggiamento più prudente del passato, visto che ha posto il tema della tutela dell'ambiente al centro dell'agenda politica dell'Unione. Invero, con il *Green Deal* la programmazione ambientale non è solo *a latere* nella definizione del piano di intervento politico dell'Unione europea, ma assume il ruolo di motore per la realizzazione di uno sviluppo sostenibile e per il superamento dell'attuale crisi determinata dalla pandemia da Covid-19.

<sup>8</sup> Cfr. F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2020.

<sup>9</sup> M. ONIDA, *Sub. art. 37*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 692.

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, sentenze del 18 marzo 1980, cause riunite 91/79 e 92/79, *Commissione c. Italia*; del 7 febbraio 1985, causa 240/83, *Procureur de la République c. ADBHU* (nota come *Olii usati*); del 20 febbraio 1988, causa 302/86, *Stanko France c. Commissione e Consiglio*.

3. Nei Trattati UE e FUE non è contenuta la nozione di ambiente né quella di sostenibilità ambientale, pur essendo queste espressioni più volte richiamate con molteplici finalità.

È intuitivo come la nozione di ambiente sia difficile da definire, in quanto descrive una pluralità di fenomeni giuridici differenti tra loro. Questo può essere il motivo che ha indotto la Corte di giustizia a non preoccuparsi di definire l'ambiente secondo rigidi schemi formali o ristrette qualificazioni giuridiche, limitandosi a precisare, in un'ottica funzionalistica, che la sua tutela "costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità"<sup>11</sup>.

Difficoltà definitorie si riscontrano anche in relazione al concetto di sostenibilità, che può assumere diversi significati e nascondere le più differenti aspirazioni<sup>12</sup>. In particolare, sotto il profilo ambientale si tratta di orientare il nostro modello di sviluppo verso la sostenibilità ovvero verso quel modello che, come definito nel noto Rapporto Brundtland del 1987, "... risponde alle necessità del presente, senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie necessità". Un'ulteriore definizione di questo concetto polisemico emerge successivamente, nel 1991, nella pubblicazione "Caring for the Earth: a Strategy for Sustainable Living" dove, sottolineandosi l'importanza del rispetto dei tempi della natura, la sostenibilità viene intesa come "il soddisfacimento della qualità della vita, mantenendosi entro i limiti della capacità di carico degli ecosistemi che ci sostengono". Nel 2006 il Consiglio europeo ha fatto proprie queste indicazioni piuttosto vaghe e ha affermato che il perseguimento di uno sviluppo sostenibile consiste in "the needs of the present generation should be met without compromising the ability of future generations to meet their own needs"<sup>13</sup>.

Nel diritto dell'Unione il concetto ormai molto in voga di sviluppo sostenibile viene non solo menzionato più volte nel diritto primario (ad es. artt. 3,

<sup>11</sup> Sentenza *Olii usati*, cit., punto 13. Cfr. P. LEONE, *Sub art. 11 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 477.

<sup>12</sup> Cfr. M. MONTINI, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*. Milano, 2015.

<sup>13</sup> Così nel Documento n. 10917 del 26 giugno 2006. Testo disponibile all'indirizzo [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10917-2006-INIT/en/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10917-2006-INIT/en/pdf).

Il Consiglio aveva già approvato la "Declaration on the guiding principles for sustainable development" sulla base di una proposta della Commissione in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 16 e 17 giugno 2005, testo disponibile sul sito [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10255-2005-REV-1/en/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10255-2005-REV-1/en/pdf).

par., 5 TUE, 21, lett. d) e f) TUE e 11 TFUE), ma anche posto a fondamento dei programmi di politica ed azione a favore dell'ambiente, recependo sostanzialmente le indicazioni ricavabili dal diritto internazionale, sia pure adattandole alle peculiarità che connotano questa organizzazione internazionale *sui generis*. In questa prospettiva si colloca il *Green Deal* europeo, che menziona la sostenibilità ben 96 volte, in quanto la ritiene il punto cardine della azione europea per una nuova strategia di crescita. Tuttavia, il Patto europeo sembra consapevole della difficoltà di definire in modo compiuto un'unica nozione di sostenibilità laddove si riferisce a quattro diverse dimensioni: ambientale, della produttività, dell'equità e della stabilità macroeconomica. Queste quattro dimensioni, individuate nella strategia annuale per la crescita sostenibile 2020<sup>14</sup>, rappresentano anche i principi guida su cui dovranno basarsi i piani per la ripresa e la resilienza degli Stati membri. In particolare, la sostenibilità ambientale implica che le nostre decisioni e attività debbano tener conto del delicato equilibrio della natura e della non illimitatezza delle sue risorse. Tale nozione viene evocata insieme alle altre dimensioni della sostenibilità, poiché un nuovo modello di sviluppo sostenibile deve declinarsi non solo nella sua dimensione economica, ma anche in quella ambientale e sociale.

L'attenzione crescente al tema ambientale e alla sostenibilità pone l'esigenza di discernere le normative nazionali che rientrano in questo campo da quelle vengono adottate solo a fini strumentali o per realizzare altri obiettivi. Vero è che la sostenibilità e, più in generale, la tutela dell'ambiente non sono materie circoscritte e delimitate, poiché hanno per loro natura un carattere trasversale, investono differenti interessi ed esigenze, e si intrecciano inevitabilmente con altre competenze. Sicché, un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile. Le norme dell'Unione non possono precludere agli Stati membri di prevedere una protezione maggiore dell'ambiente, purché le

<sup>14</sup> COM/2019/650 final, del 17 dicembre 2019, comunicazione della Commissione, Strategia annuale di crescita sostenibile 2020, nella quale si evidenzia altresì che "Safeguard the earth's capacity to support life in all its diversity, respect the limits of the planet's natural resources and ensure a high level of protection and improvement of the quality of the environment. Prevent and reduce environmental pollution and promote sustainable consumption and production to break the link between economic growth and environmental degradation".

normative nazionali siano compatibili con il diritto dell'Unione. Gli Stati membri devono esercitare la propria discrezionalità in conformità alle politiche ambientali ed energetiche dell'Unione, oltre che ai principi generali ricavabili dai Trattati UE e FUE, che hanno lo scopo, tra l'altro, di salvaguardare, tutelare e migliorare la qualità dell'ambiente, combattere i cambiamenti climatici e promuovere lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili. Vale a dire che le norme statali possono modulare la protezione ambientale nazionale secondo le peculiarità territoriali e le relative esigenze, ma senza pregiudicare lo standard minimo e inderogabile fissato dall'Unione (v. ad es. art. 193 TFUE)<sup>15</sup>.

Ciò nonostante, rimangono delle zone d'ombra, in quanto non sono stati sciolti ancora dei nodi problematici, come, ad esempio, quello della "sostenibilità" dell'energia nucleare. Basti pensare che di recente il Presidente della Commissione europea ha inaspettatamente affermato che "abbiamo bisogno di più rinnovabili, ma anche di una fonte stabile, il nucleare, e durante la transizione del gas naturale"<sup>16</sup>. Come logica conseguenza di questa discutibile affermazione, la Commissione europea ha avviato una consultazione per la redazione di una bozza di atto delegato che si muove nella direzione indicata dal Presidente<sup>17</sup>. La produzione di energia elettrica da impianti nucleari di ultima generazione rappresenta un tema divisivo se si considera che vi sono posizioni differenti tra gli Stati membri: alcuni Stati attivi in questo settore

<sup>15</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 193 TFUE, i provvedimenti adottati a tutela dell'ambiente utilizzando la base giuridica definita dall'art. 192 TFUE non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Questi atti nazionali devono essere però compatibili con i trattati e devono essere notificati alla Commissione. Anche con riferimento agli atti adottati sulla base dell'art. 114 TFUE, uno Stato membro può mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti relative alla protezione dell'ambiente, a seguito di notifica alla Commissione. Inoltre, ai sensi dell'art. 114, par. 5, TFUE, gli Stati possono introdurre disposizioni nazionali fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente, giustificate da un problema specifico nazionale insorto a seguito del ricorso alla misura di armonizzazione, dopo aver notificato alla Commissione tali disposizioni precisando i motivi della loro adozione.

<sup>16</sup> Il testo del discorso pronunciato dalla Presidente è disponibile in [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_21\\_5458](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_5458). Queste affermazioni si sono poi tradotte in una proposta di atto delegato.

<sup>17</sup> Cfr. European Commission, press release "EU Taxonomy: Commission begins expert consultations on Complementary Delegated Act covering certain nuclear and gas", Brussels, 1 January 2022, consultabile sul sito [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_2](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2).

sono favorevoli all'inserimento dell'energia nucleare nel quadro della tassonomia europea<sup>18</sup>, ossia nell'elenco delle energie ritenute virtuose sia per il clima che per l'ambiente, mentre altri Stati si oppongono fortemente a qualsiasi iniziativa volta ad incentivare l'utilizzo dell'energia nucleare<sup>19</sup>. Non è ben chiara la posizione assunta dallo Stato italiano che, per un verso, si è espresso in senso contrario alla costruzione di impianti nucleari e, per altro verso, importa dalla Francia energia nucleare. Queste contraddizioni sono accentuate anche dal fatto che non viene considerata definitiva la scelta, derivante dall'esito del referendum, di non produrre energia da fonte nucleare.

Si noti che alcuni di questi problemi discendenti dalla regolamentazione asimmetrica degli Stati membri sono stati portati all'attenzione della Corte di giustizia<sup>20</sup>, che ha legittimato la concessione di aiuti di Stato per la costruzione di una centrale nucleare nel Regno Unito, in quanto finalizzata ad agevolare lo sviluppo di alcune attività e di talune regioni. Ne consegue che uno Stato membro è libero di determinare i) le condizioni per la gestione delle proprie risorse energetiche, ii) la propria scelta tra diverse fonti di energia e iii) la struttura generale del suo rifornimento energetico, senza escludere che detta scelta possa vertere sull'energia nucleare. Il riconoscimento della libertà di determinare la composizione delle proprie fonti energetiche lascia irrisolta la questione del nucleare e certifica la difficoltà di dare origine a un'armonizzazione, sia pure minima, delle normative nazionali in materia, fermo restando l'esigenza di affrontare in modo efficace i problemi della povertà e delle infrastrutture energetiche degli Stati membri.

<sup>18</sup> V. il regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020 (c.d. regolamento tassonomia), relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili. Un gruppo di ministri di dieci Stati membri (Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Finlandia, Francia, Ungheria, Polonia, Romania, Slovacchia e Slovenia) ha firmato una dichiarazione in cui si sostiene che l'energia nucleare debba contribuire alla soluzione alla crisi climatica e, quindi, debba essere inclusa nella tassonomia. I Paesi Bassi hanno offerto il loro sostegno, mentre la Svezia ha pubblicamente espresso una opinione favorevole del nucleare.

<sup>19</sup> Un gruppo di cinque Paesi membri, guidati dalla Germania, si sono uniti per sollecitare la Commissione europea ad escludere il nucleare dalla tassonomia della finanza verde dell'Unione. La dichiarazione congiunta è stata firmata da Austria, Danimarca, Germania, Lussemburgo e Portogallo.

<sup>20</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 2020, causa C-594/18 P, *Austria c. Commissione*.

4. Il *Green Deal* non solo pone degli obiettivi ambiziosi, che sono finalizzati a dotare l'Unione di un'economia moderna, competitiva ed efficiente sotto il profilo delle risorse, ma si preoccupa anche di assicurare che la transizione ecologica sia giusta ed inclusiva, in quanto c'è il rischio concreto che aumentino le diseguaglianze tra i cittadini. In buona sostanza, le cc.dd. tre P del G20 (persone, pianeta e prosperità) sono già incluse nel *Green Deal*, sebbene a livello mondiale vi siano delle distanze significative tra i vari Paesi sugli obblighi da assumere, che riflettono le difficoltà della politica internazionale in materia ambientale.

A differenza degli impegni presi a livello internazionale, che sono spesso alquanto vaghi e variano in modo significativo per alcuni Paesi, l'Unione europea ha fissato degli obiettivi ben precisi con l'indicazione puntuale dei termini entro i quali realizzarli. In particolare, l'Unione ha deciso che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra, al fine di conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione nonché di proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze. La realizzazione di questo risultato è accompagnata dall'obiettivo intermedio di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990. In realtà, con la comunicazione del 2018 "Un pianeta pulito per tutti – visione strategica europea a lungo termine"<sup>21</sup>, la Commissione aveva già definito un chiaro programma per conseguire nell'anno 2050 la neutralità climatica e l'impatto climatico zero dell'economia e della società europea.

Il *Green Deal* ha ribadito questo impegno ed ha anticipato che sarebbe stata presentata dalla Commissione una legge europea sul clima, che effettivamente è stata proposta ed approvata. Si tratta del regolamento 2021/1119<sup>22</sup>, con il quale è stato fissato l'obiettivo giuridicamente vincolante di azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050. Di conseguenza, le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri sono tenuti ad adottare in un determinato lasso di tempo le misure necessarie per raggiungere siffatto obiettivo. La legge sul clima prevede misure concrete per verifi-

<sup>21</sup> COM/2018/773 final, del 28 novembre 2018, Un pianeta pulito per tutti Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra.

<sup>22</sup> Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica.

care i progressi compiuti e adeguare gli interventi della Commissione europea sulla base dei sistemi esistenti, quali il processo di governance dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri, le relazioni periodiche dell'Agenzia europea dell'ambiente e i più recenti dati scientifici sui cambiamenti climatici e i relativi impatti.

È ipotizzabile che gli obiettivi perseguiti vengano effettivamente realizzati nei termini indicati, in quanto la tabella di marcia iniziale delle principali politiche e misure necessarie per dare attuazione al *Green Deal* europeo è stata finora sostanzialmente rispettata, visto che nell'emanazione da parte della Commissione delle comunicazioni e proposte previste ci sono stati pochi e contenuti ritardi dovuti all'imprevedibile emergenza pandemica.

È chiaro che per dare concreta attuazione al *Green Deal* europeo è necessario ripensare le politiche per l'approvvigionamento di energia pulita in tutti i settori dell'economia (industria, produzione e consumo, grandi infrastrutture, trasporti, prodotti alimentari e agricoltura, edilizia, tassazione e prestazioni sociali). La priorità deve essere data all'efficienza energetica e, quindi, allo sviluppo delle fonti rinnovabili, con contestuale e rapida eliminazione del carbone e decarbonizzazione del gas.

Nella prospettiva della realizzazione dell'impatto climatico zero si inquadrano le principali linee di azioni previste dal *Green Deal*, che riguardano settori diversi (l'economia circolare, le ristrutturazioni, i trasporti e il sistema alimentare), ma che convergono verso l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile<sup>23</sup>.

In primo luogo, viene in rilievo l'economia circolare, che offre grandi potenzialità per nuove attività e posti di lavoro, ma richiede la piena mobilitazione dell'industria, la riduzione del rischio di un *marketing* ambientale fuorviante (c.d. "*green washing*") e la responsabilizzazione dei consumatori a compiere scelte informate nonché a svolgere un ruolo attivo nella transizione ecologica e nello sviluppo sostenibile<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> V. il punto 2.1 del *Green Deal*, cit., in cui la Commissione ha evidenziato che per conseguire i citati obiettivi è essenziale aumentare il valore attribuito alla protezione e al ripristino degli ecosistemi naturali, all'uso sostenibile delle risorse e al miglioramento della salute umana, prestando particolare attenzione ai potenziali compromessi tra gli obiettivi di tipo economico, ambientale e sociale.

<sup>24</sup> Si veda il punto 2.1.3 del *Green Deal*, cit. In seguito, è stata adottata una strategia per un'industria più verde e più digitale, che rimanga competitiva a livello mondiale, del 10 marzo 2020, comunicazione della Commissione, Una nuova strategia industriale per l'Europa, e un

In secondo luogo, per far fronte alla duplice sfida dell'efficienza energetica e dell'accessibilità economica dell'energia, l'Unione ha incentivato un'"ondata di ristrutturazioni" di edifici pubblici e privati, che consente di ridurre l'importo delle bollette energetiche, di contrastare la povertà energetica, di dare impulso al settore dell'edilizia, e di sostenere le PMI e i posti di lavoro a livello locale.

In terzo luogo, l'Unione si propone di realizzare una mobilità sostenibile riducendo entro il 2050 il 90% delle emissioni prodotte dai trasporti stradali, ferroviario, aereo e per vie navigabili, atteso che tali trasporti sono responsabili di un quarto delle emissioni di gas a effetto serra dell'Unione e il loro impatto è in continua crescita<sup>25</sup>.

Infine, viene posta al centro dell'attenzione la questione della produzione alimentare, che provoca inquinamento dell'atmosfera, dell'acqua e del suolo, e contribuisce alla perdita di biodiversità e ai cambiamenti climatici, così come consuma quantità eccessive di risorse naturali. La Commissione ha avviato un ampio dibattito che coinvolge tutti i portatori di interessi e preparato il terreno per la formulazione di una politica alimentare più sostenibile, anche in considerazione del fatto che i regimi alimentari di scarsa qualità contribuiscono alla diffusione dell'obesità e di malattie mortali come il cancro.

È il caso di rilevare che l'Unione europea ha impresso una forte accelerazione al suo percorso verso la riduzione di emissioni inquinanti, con iniziative che talvolta sembrano finanche eccessive, come ad esempio la proposta di direttiva sull'efficienza energetica degli immobili, che è fortemente contestata dagli Stati membri, segnatamente dall'Italia, in quanto la sua approvazione comporterebbe il divieto di vendita o affitto degli edifici non conformi a determinati requisiti<sup>26</sup>.

piano d'azione per realizzare un'economia circolare, COM/2020/98 final, dell'11 marzo 2020, comunicazione della Commissione, Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva.

<sup>25</sup> Cfr. il punto 2.1.5 del Green Deal, cit. Nel 2020 la Commissione ha adottato una strategia per una mobilità intelligente e sostenibile che affronta questa sfida, senza trascurare alcuna fonte di emissione: COM/2020/789 final, del 9 dicembre 2020, Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro.

<sup>26</sup> COM (2021) 802 final, 15 December 2021, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the energy performance of buildings (recast).

5. Se è vero che l'Unione europea dispone della capacità di trasformare la sua economia e la sua società indirizzandola nella direzione di un percorso maggiormente sostenibile, è di chiara evidenza che la tutela dell'ambiente assume inevitabilmente una dimensione mondiale. Gli obiettivi ambientali dell'Unione devono essere condivisi, in tutto o in parte, a livello globale in quanto vi è il rischio di una rilocalizzazione delle emissioni di carbonio, sia perché la produzione può essere trasferita dall'Unione verso altri paesi con ambizioni minori di riduzione delle emissioni, sia perché i prodotti dell'Unione possono essere sostituiti da prodotti importati a maggiore intensità di carbonio. Se tale rischio si materializzerà, non vi sarà alcuna riduzione delle emissioni globali e verranno vanificati gli sforzi dell'Unione, degli Stati membri e delle loro industrie per conseguire gli obiettivi climatici globali dell'accordo di Parigi.

La Commissione è consapevole di tale rischio e per questo motivo ha manifestato l'intenzione di proporre, per determinati settori, un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere, che potrebbe tanto ridurre il rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio quanto garantire che il prezzo delle importazioni tenga conto più accuratamente del loro tenore di carbonio. Tale misura, da definire in modo da rispettare le norme dell'Organizzazione mondiale del commercio e gli altri obblighi internazionali dell'Unione, potrebbe costituire un valido strumento per contrastare il rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio previste dal sistema per lo scambio di quote di emissioni. L'Unione europea può esercitare le sue competenze e la sua influenza, facendo leva sui dazi doganali e utilizzando le sue risorse finanziarie per indurre i paesi, in particolare quelli più vicini geograficamente, ad avviare insieme un percorso sostenibile.

L'impegno a favore della sostenibilità risulta chiaramente negli accordi commerciali dell'Unione, soprattutto quelli più recenti vincolano le parti a ratificare e attuare efficacemente l'accordo di Parigi per quanto concerne il rafforzamento dell'azione di contrasto ai cambiamenti climatici.

Più in generale, va tenuto presente che l'Unione europea ha la capacità di influenzare, *de jure* e/o *de facto*, la regolamentazione a livello mondiale, trovando applicazione quello che viene eloquentemente definito "l'effetto Bruxelles"<sup>27</sup>. Non può essere condiviso il giudizio negativo dell'Unione europea,

<sup>27</sup> A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles: Come l'Unione europea regola il mondo*, Milano, 2021.

come potenza mondiale irrilevante o comunque in declino sulla scena mondiale, poiché essa ha sia la capacità di imporre senza l'uso della forza i suoi standard alle imprese, in particolare alle multinazionali che trovano conveniente uniformare la loro produzione adottando un unico standard, sia di innescare cambiamenti legislativi e regolamentari in altre organizzazioni internazionali e Stati terzi. È il caso di aggiungere che la regolamentazione in questo settore è generalmente anelastica, giacché le norme dell'Unione si applicano a tutti i prodotti destinati al mercato europeo indipendentemente dal luogo di provenienza dei prodotti.

A titolo esemplificativo, sono stati richiamati tre campi nei quali l'Unione esercita una notevole e crescente influenza sulle politiche ambientali al di fuori dei propri confini: 1) la regolamentazione delle sostanze pericolose e dei rifiuti elettronici; 2) la tutela del benessere degli animali e 3) la mitigazione del cambiamento climatico attraverso il sistema dello scambio di quote di emissione dei gas<sup>28</sup>.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, è il caso di ricordare la direttiva 2003/87/CE<sup>29</sup>, che ha istituito un sistema c.d. di *cap and trade*, incentrato sulle quote di emissioni attribuite ad ogni impresa. Per la precisione, questa direttiva impone agli Stati membri di elaborare piani nazionali di assegnazione (PNA) per ogni periodo di scambio, al fine di stabilire il volume di quote destinate annualmente a ciascun impianto (segnatamente, centrali elettriche, una vasta gamma di settori industriali ad alta intensità energetica e aeromobili in circolazione tra gli aeroporti dell'UE, Norvegia e Islanda). Il giudizio su questo sistema è talmente positivo che la Commissione ha proposto di estenderlo anche ad altri settori, segnatamente al trasporto marittimo ed aereo<sup>30</sup>.

Al di là di questa interessante proposta, è ipotizzabile, oltre che auspicabile, che la capacità dell'Unione europea di influenzare il mondo si manifesti anche in relazione ai nuovi obiettivi fissati dal *Green Deal*. Qualche indicazione in tal senso si ricava dal fatto che l'obiettivo dell'Unione di arrivare ad

<sup>28</sup> A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles*, cit., p. 343.

<sup>29</sup> Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità.

<sup>30</sup> V. il *Green Deal*, punto 2.1.5, cit. La Commissione ha precisato che aspira ad un intervento organico a livello globale, coordinato in particolare con l'Organizzazione per l'aviazione civile internazionale e l'Organizzazione marittima internazionale.

emissioni zero entro il 2050 è stato accettato dalla maggior parte degli Stati, anche se non può essere sottovalutato che alcuni Stati non lo hanno condiviso, mettendo così a rischio la sua piena efficacia. In particolare, in occasione del G20 di Roma e della COP26 di Glasgow gli obiettivi dell'Unione e di altri Paesi terzi si sono scontrati con gli orientamenti contrari di Cina, Russia e India, che hanno rivendicato una ingiustificata esigenza di “giustizia ambientale”, avendo finora inquinato di meno di altri Stati, ma che hanno finito per ammorbidire, sia pure solo parzialmente, la loro posizione iniziale.

6. In un quadro di incertezza dovuta all'emergenza pandemica da COVID-19, che ha determinato una fase di recessione improvvisa e profonda, l'accordo raggiunto il 21 luglio 2020 dal Consiglio europeo sul prossimo quadro finanziario pluriennale e sul *Next Generation EU* ha cercato di dare uno stimolo positivo alle prospettive di crescita e di occupazione. Per quanto rileva in questa sede, gli Stati membri hanno incluso nei loro piani per la ripresa e la resilienza il programma nazionale di riforme e investimenti elaborato in linea con gli obiettivi delle politiche dell'Unione e incentrato sulla transizione verde e digitale, confermando così il legame genetico e funzionale di questi piani con il diritto dell'Unione<sup>31</sup>.

Ciò significa che i piani nazionali di ripresa e resilienza dovranno concentrarsi sia sulle riforme che sugli investimenti a sostegno della transizione verde, con l'inclusione di almeno un 37 % di spesa per il clima. In tal modo sembra che gli impegni ambientali vengano trasferiti dall'Unione agli Stati membri, attraverso l'utilizzo delle risorse date dalla prima ai secondi per superare la crisi pandemica, fermo restando lo stretto monitoraggio, da parte della Commissione e del Consiglio, dei piani nazionali.

Tale controllo assume una particolare rilevanza, poiché le questioni ambientali costituiscono per gli Stati membri uno dei settori più soggetto a ina-

<sup>31</sup> Cfr. il regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Tale dispositivo sosterrà, nei prossimi anni, gli sforzi degli Stati membri volti a rafforzare efficacemente la loro resilienza, il potenziale di crescita e la creazione di posti di lavoro delle rispettive economie, sostenendo in tal modo gli obiettivi dell'Unione. Il supporto economico dell'Unione agevolerà il passaggio a un modello economico sostenibile e inclusivo, reso possibile da una più ampia diffusione e adozione di tecnologie digitali e pulite.

dempienze. Basti pensare che dal 1998 al 2020 sono stati complessivamente 454 i procedimenti di infrazione avviati in materia ambientale; l'Italia è il terzo Stato per procedure di infrazione in tema ambientale e soltanto nel 2020 ne sono state avviate sei<sup>32</sup>.

A prescindere da questa fase patologica dei rapporti con gli Stati membri inadempienti ai loro obblighi, l'Unione europea ha deciso di utilizzare tutte le leve politiche per dare attuazione al *Green Deal*, quali quelle della normazione, della regolamentazione, degli investimenti e dell'innovazione, del dialogo con le parti sociali e della cooperazione internazionale. Al riguardo, è il caso di evidenziare che la riduzione/eliminazione delle emissioni nette di gas a effetto serra costituisce una sfida di notevole portata, che richiede massicci investimenti pubblici e maggiori sforzi per indirizzare i capitali privati verso interventi a favore del clima e dell'ambiente, evitando allo stesso tempo la dipendenza da pratiche insostenibili.

In questa prospettiva evolutiva, un maggior ricorso a strumenti di c.d. bilancio verde può consentire vuoi di riorientare gli investimenti pubblici, i consumi e la tassazione verso le priorità ambientali, vuoi di abbandonare le sovvenzioni dannose. In particolare, inizia a delinearsi nelle politiche dell'Unione in materia ambientale quella che viene definita la tassazione comportamentale, che consiste in forme di interventi tributari di natura etica o morale che hanno la finalità di incidere sugli stili di vita dei singoli (persone fisiche e giuridiche), anche se occorre approfondire la loro compatibilità con le norme costituzionali degli Stati membri. La Commissione ha concentrato i propri sforzi altresì su una finanza sostenibile nell'ottica di indirizzare i flussi di capitale verso determinati obiettivi e di integrare la sostenibilità nella gestione dei rischi<sup>33</sup>.

Dopo due anni di confronto nel corso delle varie fasi della procedura legislativa, il 18 giugno 2020 il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno

<sup>32</sup> Dati disponibili all'indirizzo: [www.insic.it/tutela-ambientale/energia-e-sostenibilita-articoli/stato-delle-infrazioni-16-le-cause-ambiente-aperte-il-punto/](http://www.insic.it/tutela-ambientale/energia-e-sostenibilita-articoli/stato-delle-infrazioni-16-le-cause-ambiente-aperte-il-punto/).

<sup>33</sup> Nel *Green Deal*, cit., al punto 2.2.1, la Commissione aveva affermato che nel terzo trimestre del 2020 avrebbe presentato una strategia rinnovata in materia di finanza sostenibile, incentrata su una serie di azioni, tra le quali: adottare la tassonomia per la classificazione delle attività ecosostenibili, rivedere direttiva sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario per migliorare la trasparenza dei dati relativi al clima e all'ambiente, in modo che gli investitori siano pienamente informati circa la sostenibilità dei loro investimenti e supportare le imprese nell'elaborazione di pratiche contabili standardizzate per il capitale naturale.

adottato il regolamento sugli investimenti sostenibili (c.d. regolamento tassonomia)<sup>34</sup>. Con tale atto l'Unione ha inteso introdurre un sistema di classificazione unificato per le attività sostenibili, con l'obiettivo di orientare i flussi di capitali verso attività più ecocompatibili e realizzare, così, l'integrazione delle esigenze ambientali anche nel sistema della finanza, tenendo conto dell'impatto dei prodotti e servizi finanziari in termini di sostenibilità. L'adozione di questo atto, del resto, si inserisce nel binario di azioni concordate dall'Unione europea a livello mondiale. Con l'Accordo di Parigi, infatti, le Parti aderenti hanno stabilito che una delle azioni da realizzare per rafforzare la risposta ai cambiamenti climatici sia proprio quella di rendere i flussi finanziari coerenti con uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra e resiliente al clima<sup>35</sup>.

Il regolamento tassonomia ha dunque stabilito in maniera uniforme il significato di investimento ecosostenibile, di mitigazione dei cambiamenti climatici, di inquinamento e di danno significativo agli obiettivi ambientali. Proprio quest'ultima nozione è stata ripresa anche dal dispositivo per la ripresa e la resilienza, nella parte in cui stabilisce che nessuna misura inserita in un piano nazionale per la ripresa e la resilienza debba arrecare danno agli obiettivi ambientali ai sensi dell'art. 17 del regolamento tassonomia. Pertanto, la valutazione dei piani nazionali deve garantire che ogni singola misura (ossia ciascuna riforma e ciascun investimento) inclusa nel piano sia conforme al principio di "non arrecare un danno significativo"<sup>36</sup>.

Certo è che gli stessi progetti finanziati con fondi europei non sono esenti da critiche sotto il profilo dell'impatto ambientale, come dimostrato da una recente relazione speciale della Corte dei Conti<sup>37</sup>. Quest'ultima ha posto l'accento sulle misure insufficienti messe in campo dall'Unione europea per indirizzare i fondi europei nella direzione delle attività sostenibili e

<sup>34</sup> Regolamento 2020/852, cit.

<sup>35</sup> V. l'art. 2, par. 1, lett. c), dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, approvato dall'Unione il 5 ottobre 2016 con la decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016.

<sup>36</sup> Si veda in merito anche la comunicazione della Commissione C(2021) 1054 final, del 12 febbraio 2021, Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo" a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza.

<sup>37</sup> Relazione speciale 22/2021: Finanza sostenibile: l'UE deve agire in modo più coerente per reindirizzare i finanziamenti verso investimenti sostenibili, testo disponibile in <https://www.eca.europa.eu/it/Pages/DocItem.aspx?did=59378>.

sull'assenza di misure di accompagnamento per fronteggiare i costi ambientali e sociali delle attività economiche non sostenibili. Benché si tratti di un'analisi meritevole di ulteriore approfondimento, le indicazioni che la Corte dei Conti propone sono piuttosto significative, soprattutto nella parte in cui sottolineano l'esigenza di completare il sistema comune di classificazione delle attività sostenibili sulla base di criteri scientifici e trasparenti.

7. In materia ambientale deve trovare applicazione il principio secondo cui un diritto non è tale se non trova adeguata ed effettiva tutela<sup>38</sup>, in particolare sotto il duplice profilo dell'accesso alle informazioni e alla protezione giurisdizionale.

Si pone innanzitutto la questione di garantire i diritti d'informazione e di partecipazione dei cittadini ai processi decisionali in materia ambientale, venendo in rilievo dal punto di vista istituzionale il ruolo dell'Agenzia europea dell'ambiente (AEA) e della Commissione europea.

Per un verso, l'Agenzia supporta il programma legislativo della Commissione europea raccogliendo e diffondendo informazioni sullo stato dell'ambiente nell'Unione europea e, per altro verso, la stessa Commissione intende controllare *ex ante* il rispetto del principio di integrazione ambientale. Con riferimento a quest'ultimo profilo, l'istituzione che detiene il quasi monopolio dell'iniziativa legislativa si è esplicitamente vincolata, in nome di una *better regulation*, a seguire un approccio integrato, grazie al quale valuterà l'impatto ambientale, sociale ed economico di una serie di opzioni politiche, incorporando così la sostenibilità nel processo decisionale dell'Unione<sup>39</sup>.

Non può essere poi dimenticata la Convenzione di Aarhus, che assume un ruolo a tal punto rilevante nel processo di riconoscimento e tutela dei diritti connessi alla protezione dell'ambiente che è stata definita come la sfida

<sup>38</sup> G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation Between the Court of Justice and National Courts*, in *Yearbook of European Union Law*, vol. XII, 1993, p. 1.

<sup>39</sup> Commission staff working document SWD (2017) 350, del 7 luglio 2017, *Better Regulation Guidelines*, spec. punto 3.4, disponibili in <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/better-regulation-guidelines.pdf>. Sul punto, v. anche K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, p. 308.

più ambiziosa intrapresa nel settore della democrazia ambientale<sup>40</sup>. Siffatta Convenzione prevede il diritto delle persone fisiche e giuridiche, ivi comprese le associazioni ed organizzazioni ambientali, di accedere alle informazioni ambientali<sup>41</sup> e di partecipare alle decisioni relative ad attività specifiche<sup>42</sup>.

L'art. 9 della Convenzione stabilisce il diritto di accesso alla giustizia. In particolare, il primo ed il secondo paragrafo sanciscono, rispettivamente, il diritto di accesso alla giustizia per la violazione del diritto di ottenere le informazioni ambientali e per la violazione del diritto di partecipazione alle decisioni. Si noti, al riguardo, che l'Unione ha adottato un quadro normativo che rispetta appieno tali diritti, giacché ha consentito ai soggetti interessati l'accesso alle informazioni ambientali<sup>43</sup>.

Inoltre, secondo l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus: "ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale".

<sup>40</sup> La Convenzione sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale è stata aperta alla firma il 25 giugno 1998 ed è entrata in vigore nel 2001. L'Unione europea ha firmato la Convenzione di Aarhus il 25 giugno 1998 ed il 17 febbraio 2005 il Consiglio ha adottato la decisione 2005/370/CE relativa alla conclusione, a nome della Comunità europea, della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, con la quale ha approvato la Convenzione. Successivamente, con la decisione 2006/957/CE del 18 dicembre 2006, il Consiglio ha approvato l'emendamento alla Convenzione adottato dalla seconda riunione delle Parti con il quale sono stati definiti con maggiore precisione gli obblighi riguardanti la partecipazione del pubblico ai processi decisionali sugli organismi geneticamente modificati (OGM).

<sup>41</sup> Secondo l'art 5 della Convenzione di Aarhus, "(...) Ciascuna Parte provvede affinché, nel quadro della propria legislazione nazionale, le autorità pubbliche mettano a disposizione del pubblico le informazioni ambientali in modo trasparente e ne assicurino l'effettiva accessibilità (...) Ciascuna Parte assicura la progressiva disponibilità delle informazioni ambientali in banche dati elettroniche facilmente accessibili al pubblico attraverso reti pubbliche di telecomunicazioni (...)".

<sup>42</sup> V., in particolare, gli articoli 6, 7 e 8 della Convenzione di Aarhus.

<sup>43</sup> V., ad es., sentenza della Corte di giustizia del 4 settembre 2018, causa C-57/16, *ClientEarth c. Commissione*. Cfr. L. SCHIANO DI PEPE, *Principio di trasparenza ed esigenze di riservatezza in materie di interesse generale a confronto davanti alla Corte di giustizia: il caso della tutela dell'ambiente*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2019, p. 53.

A tal riguardo, non possiamo fare a meno di evidenziare che il giudice dell'Unione è spesso intervenuto a precisare, ampliandola o integrandola, la portata degli obblighi sostanziali e procedurali imposti dalle direttive in materia ambientale, arrivando finanche ad estendere le sanzioni ai reati ambientali. Allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisca una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, non può essere impedito al legislatore dell'Unione di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente<sup>44</sup>.

Ricordiamo poi le misure cautelari adottate per la prima volta nell'ambito di una procedura di infrazione per bloccare la deforestazione della foresta vergine in Polonia. In tale occasione è stato riconosciuto altresì il potere della Commissione di imporre una penalità di mora in caso di inosservanza da parte dello Stato membro interessato dei provvedimenti provvisori<sup>45</sup>.

Le esigenze ambientali hanno acquisito talmente rilevanza che la Corte di giustizia ha riconosciuto che la loro protezione può legittimare, sia pure in via eccezionale e nel rispetto di rigorose condizioni, il giudice nazionale a sospendere in via provvisoria il principio del primato del diritto dell'Unione<sup>46</sup>. Questa eccezionale facoltà di limitare nel tempo taluni effetti di una dichiarazione di illegittimità di una disposizione del diritto nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione è giustificata proprio dall'esistenza di considerazioni imperative connesse alla tutela dell'ambiente, oltre che alla sicurezza dell'approvvigionamento elettrico.

Tuttavia, rimane aperta la questione generale della ricevibilità dei ricorsi promossi dai singoli, persone fisiche e giuridiche (e quindi associazioni), per l'annullamento degli atti non regolamentari di cui non sono i formali destinatari. I ben noti limiti della giurisprudenza *Plaumann* si riflettono anche in

<sup>44</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2018, causa C-441/17, *Commissione c. Polonia (Foresta di Białowieża)*.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, punti 66 e 67; del 28 febbraio 2012, causa C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne*; del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, punto 33.

materia ambientale e i ricorrenti privilegiati sono poco inclini ad impugnare gli atti adottati in questo settore<sup>47</sup>. Le criticità sono state evidenziate dal *Compliance Committee* della Convenzione di Aarhus, che non considera giustificate le condizioni di ricorso stabilite dalla Corte di giustizia<sup>48</sup>, ravvivando in tal modo l'esigenza, più volte sollevata con diversi percorsi logici<sup>49</sup>, di rivedere l'interpretazione restrittiva dell'art. 263, quarto comma, TFUE. È auspicabile, anche se difficilmente realizzabile, che proprio le esigenze ambientali contribuiscano a modificare le draconiane condizioni fissate dalla consolidata giurisprudenza della Corte sulla legittimazione ad agire dei singoli, che si traducono in un *vulnus* all'effettività della loro tutela giurisdizionale.

8. Sulla scia delle previsioni contenute nelle Costituzioni di altri Stati membri, è stato proposto l'inserimento di un espresso riferimento nella nostra Costituzione alla tutela dell'ambiente (negli artt. 9 e 41 Cost.), elevando quest'ultima ad interesse pubblico fondamentale<sup>50</sup>. Peraltro, la nostra Corte costituzionale ha ripetutamente sancito il valore costituzionale dell'ambiente, collegandolo alla tutela del paesaggio<sup>51</sup>, considerandolo come una specificazione del diritto alla salute o come un vincolo all'iniziativa economica privata<sup>52</sup>.

Proprio nell'ottica di una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, c'è da chiedersi se lo stesso percorso possa realizzarsi nell'ambito dell'Unione europea. È talmente considerevole l'azione dell'Unione che oggi si può parlare in termini più concreti di un diritto eu-

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*. on specifico riferimento all'ambiente, v. la sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*.

<sup>48</sup> Si veda, da ultimo, il provvedimento del Compliance Committee ACCC/C/2015/128 concerning compliance by the European Union, adottato il 17 marzo 2021.

<sup>49</sup> Sentenza del Tribunale del 3 maggio 2002, causa T-177/01, *Jégo-Quéré*; Avv. gen. Jacobs, conclusioni del 21 marzo 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*.

<sup>50</sup> Cfr. Progetto di legge costituzionale C.3156, approvato dal Senato nella seduta del 9 giugno 2021.

<sup>51</sup> Sentenza della Corte costituzionale del 16 luglio 2019, n. 179.

<sup>52</sup> Sentenza della Corte costituzionale del 23 marzo 2018, n. 58. Sul tema della giurisprudenza costituzionale in tema di ambiente, cfr. R. BIFULCO, *Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, p. 305.

ropeo dell'ambiente ovvero del valore europeo dell'ambiente. In particolare, occorre interrogarsi se sia sufficiente l'inclusione dell'ambiente nell'ambito degli obiettivi dell'Unione, che sono richiamati dall'art. 3 TUE, oppure se possa essere compreso tra i valori primari ed identitari dell'ordinamento dell'Unione di cui all'art. 2 TUE, in considerazione della rilevanza che esso ha assunto a livello globale e del ruolo decisivo svolto dall'Unione europea nella formazione di un diritto internazionale dell'ambiente. Non vi è dubbio, infatti, che la protezione dell'ambiente rientri ormai tra i valori che sostengono il modello di società europea quale deriva dai Trattati e possa essere considerata come parte di un insieme di valori e principi che costituisce la base della costruzione europea<sup>53</sup>. In buona sostanza, la discussione sul riconoscimento della solidarietà come valore fondante dell'Unione in senso stretto o come parte di un quadro valoriale più ampio<sup>54</sup> può essere estesa al tema della protezione ambientale<sup>55</sup>, arricchendo ulteriormente l'ampio dibattito sviluppatosi in questa materia.

Alla luce di quanto evidenziato si può ritenere che nell'ambito dell'Unione europea il tema dell'ambiente sia destinato a dominare la scena negli anni a venire, per le sue notevoli implicazioni tanto sul piano pratico-applicativo quanto su quello teorico e sistematico.

<sup>53</sup> Tali espressioni sono state utilizzate in relazione al principio di solidarietà. Cfr. Avv. gen. Mengozzi, conclusioni del 27 febbraio 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, punto 40; Avv. gen. Bot, conclusioni del 26 luglio 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, punto 17.

<sup>54</sup> Cfr. G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione*, Bari, 2018, p. 45.

<sup>55</sup> Si tratta di una questione di particolare rilevanza, poiché la procedura sanzionatoria dell'art. 7 TUE può essere attivata soltanto per la violazione dei valori espressamente indicati dall'art. 2 TUE anche in situazioni puramente interne, così come la questione dell'adesione all'Unione europea è circoscritta agli Stati europei che rispettino i suddetti valori. La loro violazione non è priva di conseguenze anche nei rapporti con Stati terzi o altre organizzazioni internazionali, visto che l'Unione si riserva, con diverse formulazioni a seconda delle clausole, la facoltà di sospendere o interrompere l'accordo. In questi termini, v. G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE, F. FERRARO), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, III ed., 2021, p. 29.

## SOVRANITÀ (EUROPEA?) E CONTROLLO DEGLI INVESTIMENTI ESTERI

**Daniele Gallo\***

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari e premesse metodologiche. – 2. Controllo degli investimenti effettuati da attori extra-UE e regolamento 452/2019. – 2.1. I meccanismi di controllo. – 2.2. Il contenuto e l'estensione degli interessi protetti. – 2.3. Le procedure di cooperazione. – 2.4. I pareri della Commissione. – 2.5. Gli investimenti sovrani. – 3. Controllo degli investimenti effettuati da attori extra-UE ed UE e *golden powers*. – 4. Conclusioni.

1. Muovo da quattro termini adoperati nel titolo del mio contributo: controllo; investimento estero; sovranità; europea.

In primo luogo, controllo, anziché attrazione e tutela, degli investimenti dato che intendo verificare se, fino a che punto e come gli investimenti esteri extra-UE e intra-UE siano controllati e possano eventualmente essere limitati o impediti nel territorio dell'Unione europea. La prospettiva è, quindi, patologica, non fisiologica.

In secondo luogo, la nozione di investimento estero ricomprende, evidentemente, gli investimenti esteri diretti. Tuttavia, non va dimenticato che è labile il confine che esiste tra questo tipo di investimenti, finalizzati a istituire “legami durevoli e diretti” con l'impresa *target* e a consentire una “partecipazione effettiva alla gestione o al controllo”<sup>1</sup>, e l'investimento finanziario di portafoglio.

In terzo luogo, ragionare di sovranità, dal punto di vista degli investimenti, significa, nella pratica, ragionare su chi ha il potere di effettuare il

\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea e *Jean Monnet Chair* presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Luiss. Il contributo costituisce la versione rielaborata e aggiornata della relazione tenuta il 4 novembre 2021 nell'Università *Alma Mater* di Bologna nel quadro del *Terzo Convegno annuale AISDUE. L'Unione europea dopo la pandemia*.

<sup>1</sup> Questa è la definizione contenuta all'art. 2, punto 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

controllo, eventualmente la limitazione, degli investimenti, e su come questo controllo, e la conseguente possibile limitazione, può verificarsi.

In quarto luogo, ho voluto inserire un punto interrogativo, in relazione alla dimensione europea di sovranità, perché, pur considerato il processo di europeizzazione della cornice giuridica/dei principi che indirizzano il controllo<sup>2</sup>, l'attore che esercita questa sovranità e pone in essere il controllo è innanzitutto lo Stato, nonostante l'attrazione degli investimenti diretti dentro l'orbita dell'articolo 207 TFUE, norma che, come noto, attribuisce competenza esclusiva all'Unione nel settore della politica commerciale comune.

Un'ultima osservazione di carattere metodologico: al centro del mio intervento si situano, sul versante europeo, il regolamento n. 452/2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione<sup>3</sup>, pienamente applicabile dall'ottobre 2020<sup>4</sup>, precisato nel suo contenuto dagli orientamenti del marzo 2020 della Commissione<sup>5</sup>, sul versante nazionale, i *golden powers*, con specifico riferimento alla normativa italiana, che intendo utilizzare quale paradigma per comprendere ruolo ed effettività del diritto UE in questa materia. Lascio da parte, quindi, le implicazioni esterne del controllo, con particolare riguardo a *Free Trade Agreements* e *investor-State adjudication*.

2. Il regolamento 452/2019 istituisce un quadro per il controllo, per ragioni di ordine pubblico e sicurezza, degli investimenti esteri diretti provenienti da imprese stabilite in Paesi extra-UE e, nel farlo, chiarisce di non incidere in alcun modo sulla competenza esclusiva degli Stati in tema di sicurezza nazionale, così come salvaguardata dall'articolo 65, par. 1, lett. b)

<sup>2</sup> Vedi *infra* al par. 2.

<sup>3</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., art. 1, par. 1; cfr. altresì il regolamento delegato (UE) 2020/1298 della Commissione del 13 luglio 2020 che modifica l'allegato del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione.

<sup>4</sup> Cfr. l'articolo 17 del regolamento.

<sup>5</sup> Cfr. comunicazione della Commissione "Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452" (2020/C 99 I/01).

TFUE, dall'articolo 4, par. 2, TUE e dall'articolo 346 TFUE<sup>6</sup>. Il regolamento, a questo fine, istituisce un meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri tra di loro e tra gli Stati membri e la Commissione. Una cooperazione, peraltro, che può concretizzarsi nell'emissione di pareri da parte della Commissione su tali investimenti<sup>7</sup>.

L'atto rappresenta la cristallizzazione di una tendenza, per un verso, per l'altro, è una novità.

Conferma e cristallizza, in epoca successiva alla crisi del 2008, la duplice idea che la globalizzazione *senza se e senza ma* non è sempre un bene e i mercati non sono di per sé neutrali.

È una novità perché, dopo decenni di indifferenza nei confronti degli investimenti esteri diretti sotto il profilo del loro controllo, l'Unione ha finalmente agito. Lo ha fatto per due ragioni in particolare: la prima, per rispondere, in termini di reciprocità, all'attivismo protezionistico di paesi terzi come Stati Uniti e Cina; la seconda, per cercare di attenuare frammentazione ed eccessivo decentramento causati da eterogenee legislazioni nazionali. Lo ha fatto elevando a livello di diritto UE, in un atto a portata orizzontale, non quindi settoriale (com'era già avvenuto, seppure piuttosto blandamente, nel settore energetico<sup>8</sup>), l'obiettivo/l'interesse alla sicurezza e all'ordine pubblico. L'Unione ha, dunque, agito comunitarizzando un valore e modificandone la natura e finalità, da ordine giuridico di matrice derogatoria a ordine giuridico di tipo regolatorio, insomma da eccezione a regola positiva<sup>9</sup>. Lo ha fatto nella consapevolezza che un investimento estero diretto in imprese strategiche o d'interesse generale operanti in un Paese membro dell'Unione costituisce potenzialmente una minaccia per l'Unione nel suo complesso, non sol-

<sup>6</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., art. 1, par. 2.

<sup>7</sup> Cfr. *ibid.*, articoli 1, 6, 7, e 8.

<sup>8</sup> Cfr., in particolare, direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, art. 11; direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, art. 53; regolamento (UE) 2017/1938 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2017, concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas; regolamento (UE) 2019/941 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica.

<sup>9</sup> Il riferimento è, evidentemente, a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004.

tanto per lo Stato ospite delle imprese *target* dell'investimento.

In questo senso, l'Unione ha occupato spazi che gli Stati avevano presidiato per decenni. Ed è grazie a questa occupazione che viene a delinarsi un concetto di sovranità con connotati europei, che trascende una dimensione puramente nazionale. Un'occupazione, però, che ha lasciato agli Stati un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio del controllo, come sarà dimostrato nel prosieguo dell'analisi.

Adoperando il concetto di sovranità quale chiave di lettura, illustrerò, nei paragrafi seguenti, come le due dimensioni della sovranità, europea e nazionale, interloquiscono tra loro.

**2.1.** Il regolamento 452/2019, per la prima volta nell'ordinamento UE, include una definizione, insolita nel panorama internazionale, di meccanismo di controllo, inteso come uno "strumento di applicazione generale"<sup>10</sup>, accompagnato da norme di attuazione e prescrizioni amministrative volte a chiarire le modalità con le quali è possibile valutare, esaminare, autorizzare, sottoporre a termini e condizioni, vietare investimenti esteri diretti per motivi di sicurezza o di ordine pubblico<sup>11</sup>.

Il regolamento non soltanto definisce il meccanismo di controllo; ne stabilisce i principi che lo disciplinano, ad iniziare da quelli di trasparenza e non discriminazione. A questo scopo, gli Stati membri devono stabilire nel modo più puntuale possibile le circostanze che danno luogo al controllo, i motivi e dunque i criteri del controllo e le specifiche regole procedurali<sup>12</sup>, assicurando, nel contempo, che lo Stato ospite dell'investimento tenga in considerazione le osservazioni di altri Stati membri, eventualmente interessati dall'impatto di detto investimento sul loro territorio, nonché il parere della Commissione<sup>13</sup>. In particolare, quanto alla partecipazione procedimentale di eventuali soggetti terzi, questa non è specificamente disciplinata. Il *considerando* n. 14, tuttavia, prevede espressamente che gli Stati membri possano

<sup>10</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., art. 2, punto 4.

<sup>11</sup> Si vedano le riflessioni in G. NAPOLITANO, *I golden powers italiani alla prova del Regolamento europeo* in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign direct investment screening: open questions and future challenges*, Bologna, 2019, p. 121 ss. e in ID., *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2019, p. 2 ss.

<sup>12</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., art. 3, par. 2.

<sup>13</sup> Cfr. *ibid.*, art. 6, par. 9.

prendere in considerazione le informazioni ricevute da operatori economici, organizzazioni della società civile e parti sociali, come i sindacati<sup>14</sup>.

Fin qui la dimensione europea di sovranità circa l'operatività dei meccanismi di controllo.

Quanto alla dimensione nazionale della sovranità, innanzitutto, se è vero che lo Stato, che ha istituito nel suo ordinamento un meccanismo di controllo, è soggetto ai principi previsti nel regolamento, è anche vero che, a monte, non esiste alcun obbligo nel dotarsi di un tale meccanismo. Al momento gli Stati che lo hanno fatto sono 18. Belgio, Estonia, Grecia, Irlanda, Lussemburgo, Svezia dovrebbero essere i prossimi ad adottare una disciplina specifica in materia. Bulgaria, Croazia e Cipro non mi pare abbiano in programma di adottarla<sup>15</sup>.

In secondo luogo, il riempimento del meccanismo varia da paese a paese, da ordinamento a ordinamento. Questo perché ai meccanismi di controllo trovano applicazione i principi, le regole e le questioni interpretative del diritto amministrativo, cioè del diritto nazionale. Si pensi, poi, alle asimmetrie che possono derivare dal significato che la sicurezza e l'ordine pubblico hanno a livello interno, dalla forma di governo, dalle diverse tradizioni di intervento pubblico nell'economia<sup>16</sup>. In particolare, la non intromissione del regolamento negli assetti organizzativi scelti dagli Stati per regolamentare i loro meccanismi di controllo implica che le autorità nazionali non devono dotarsi di adeguate risorse personali e finanziarie né devono prevedere la previsione di forme di separazione tra politica e amministrazione, con implicazioni negative, sotto questo punto di vista, soprattutto per quei paesi dove l'autonomia della seconda dalla prima non è particolarmente sviluppata<sup>17</sup>.

**2.2.** Come anticipato, il novero degli interessi – è stabilito nel regolamento 452/2019 – è limitato alla sicurezza e all'ordine pubblico. Ovviamente, l'obiettivo è evitare che il controllo sugli investimenti esteri si trasformi in

<sup>14</sup> Cfr. *ibid.*, 14° considerando.

<sup>15</sup> Cfr. COM (2021) 714 fin., del 23 novembre 2021, Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Prima relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, p. 9

<sup>16</sup> Cfr. G. NAPOLITANO, *I golden powers*, cit., p. 124.

<sup>17</sup> Si pensi, oggi, a Ungheria e Polonia.

uno strumento protezionistico di politica industriale. L'obiettivo è cioè evitare che la sovranità nazionale possa atteggiarsi come non dovrebbe.

Questi sono i confini tracciati dalla sovranità europea in merito alla natura degli interessi in gioco.

Tuttavia, le maglie a disposizione degli Stati per affrancarsi dal regolamento o, comunque, per sfruttarne al massimo la flessibilità, sono larghe. Infatti, il regolamento contiene una lista particolarmente ampia di settori in cui l'investimento può essere sottoposto a controllo e limitazione. Si tratta di un'elencazione ben più estesa di quella considerata nella maggior parte delle legislazioni nazionali fino al 2019 – data di entrata in vigore del regolamento – e non esaustiva<sup>18</sup>: a) infrastrutture critiche, tra cui, la difesa, l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture finanziarie; b) tecnologie critiche, cybersicurezza; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali; e) libertà e pluralismo dei media.

Il concetto di *public good* assume, quindi, contorni sovranazionali, anziché esclusivamente nazionali. Da qui il passaggio da deroga a regola e, in questo passaggio, la sua dilatazione sostanziale per quel che concerne gli interessi in gioco. Una dinamica che spesso si realizza nell'ordinamento UE: stravolgimenti sistemici, cambiamenti di paradigmi, che toccano la logica stessa dell'ordinamento europeo, avvengono più o meno *en souplesse* nell'ambito di atti di natura apparentemente soltanto tecnica.

La conseguenza di questo ampio *scope ratione materiae*, sul piano dell'esercizio della sovranità nazionale, è che gli Stati, come dimostrano le legislazioni nazionali adottate in Europa, sono portati a estendere a dismisura le aree rispetto alle quali esercitare il controllo degli investimenti e praticare la loro limitazione.

**2.3.** Passiamo al nocciolo operativo del regolamento 452/2019, ossia alle tecniche di cooperazione su più livelli istituzionali. Le regole segnano una novità importante nella direzione di una maggiore comunitarizzazione delle procedure e di un maggiore coinvolgimento di Stati membri, altri dallo Stato di primo ingresso nell'Unione che effettua il controllo, e Commissione.

<sup>18</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., art. 4, par. 1.

La cooperazione si articola in maniera differente a seconda che gli investimenti diretti siano oggetto di controllo da parte degli Stati Membri o non siano scrutinati in sede nazionale. In questo secondo caso, assumono un ruolo centrale l'articolo 4, par. 3, TUE (principio di leale cooperazione) e il *corpus* normativo fornito dagli accordi bilaterali d'investimento rilevanti nel caso di specie.

Nel primo e più frequente caso, incombe sullo Stato membro l'obbligo di notificare, non appena possibile, alla Commissione e agli altri Stati membri ogni investimento straniero sottoposto a controllo. Per la prima volta, dunque, esiste un obbligo positivo di notifica, tanto che, in più di un anno e mezzo da quando il regolamento è diventato operativo, più di 250 notifiche sono state effettuate da diversi Stati membri<sup>19</sup>. Mi pare un successo; un successo, peraltro, che ha consentito alla Commissione di non essere esautorata.

Con la notifica grava sullo Stato precedente l'obbligo di fornire una serie di informazioni, tra cui l'assetto proprietario dell'investitore estero e dell'impresa *target* e il valore approssimativo dell'investimento. A questo punto, s'incrociano due piani: quello, orizzontale, delle osservazioni da parte di altri Stati membri, e quello verticale che porta a un parere della Commissione europea. Per quel che riguarda il piano orizzontale, se uno Stato membro ritiene che un investimento diretto sottoposto a controllo in un altro Stato membro possa determinare ricadute sulla sicurezza o l'ordine pubblico, esso può inviare un'osservazione allo Stato membro che sta effettuando il controllo. Quanto al piano verticale, cioè al parere della Commissione, se questa considera che l'investimento di soggetti stranieri può danneggiare ordine pubblico e sicurezza in più di uno Stato membro, adotta un parere con cui esprime la propria opinione, motivata, sull'operazione, e lo trasmette allo Stato membro che sta effettuando il controllo, oltre che agli altri Stati membri.

Fin qui il perimetro della sovranità europea.

Come si attegga, invece, la sovranità nazionale? Lo Stato che effettua il controllo è vincolato a tenere in "debita considerazione" le osservazioni degli altri Stati membri e il parere della Commissione<sup>20</sup>. Ciò significa che in sede di

<sup>19</sup> Cfr. Commissione, Prima relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, cit., p. 11, ove si riporta che dall'11 ottobre 2020 al 30 giugno 2021 sono state trasmesse in totale 265 notifiche da parte di 11 Stati membri.

<sup>20</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., art. 6, par. 9. La "debita considerazione" diven-

motivazione lo Stato precedente deve spiegare perché eventualmente si discosti dalle valutazioni espresse nelle osservazioni e nel parere.

Ebbene, il regolamento non conferisce agli altri Stati membri e alla Commissione specifici strumenti di tutela nel caso in cui lo Stato precedente non tenga in adeguata considerazione le osservazioni e i pareri o comunque se ne discosti: da qui i limiti della sovranità europea che indirizza il regolamento e su queste debolezze si insinua la dimensione nazionale di sovranità. Quali sono le misure adottabili da Stati e Commissione, infatti, di fronte a uno Stato riluttante alla cooperazione?

Quanto ai primi, lo Stato che si sente minacciato attiva autonomamente l'applicazione del proprio meccanismo di controllo per quanto riguarda gli effetti dell'operazione sul proprio territorio e lo fa contestualmente alla formulazione delle sue osservazioni. Le autorità nazionali potrebbero anche fare leva sull'articolo 259 TFUE. La Commissione, invece, ha a disposizione la procedura di infrazione *ex* articolo 258 TFUE.

Insomma, sul piano dell'*enforcement*, lo Stato che effettua il controllo e non lo fa adeguatamente secondo gli altri Stati e secondo la Commissione non è soggetto a procedure specifiche. Lo strumento è quello offerto dalla procedura d'infrazione, con tutti i limiti che conosciamo circa tempistiche e impossibilità di adottare provvedimenti cautelari nei confronti degli Stati, particolarmente problematici se in gioco c'è un investimento potenzialmente pericoloso per il tessuto, non soltanto industriale, di un Paese e dell'Unione nel suo complesso.

Al momento prassi non mi pare ci sia. C'è da attendere i prossimi anni per capire come si declinerà, in concreto, quanto scritto fin qui.

**2.4.** Un'ulteriore questione, finora non affrontata né dalla Corte di giustizia né in letteratura, è se i pareri della Commissione ai sensi del regolamento 452/2019 possano essere sottoposti alle dinamiche comunitarie, se, cioè, possano essere sottoposti al controllo, diretto o indiretto, della Corte di giustizia, rispettivamente, ai sensi dell'articolo 263 TFUE (ricorso per annullamento) e dell'articolo 267 par. 1, lett. b) TFUE (rinvio pregiudiziale di validità). Mi pare si possa affermare che l'atto che concretizza la produzione di

ta "massima considerazione" quando l'investimento estero incide su programmi e progetti d'interesse per l'Unione, per esempio il Programma europeo di sviluppo del settore Industriale della difesa, Galileo, Horizon, come previsto nell'art. 8, par. 2, lett. c).

effetti lesivi degli interessi nei confronti di terzi è la decisione nazionale, adottata in seguito al parere, e non il parere stesso. Si tratta, pertanto, di atti endoprocedimentali, di natura non vincolante e insuscettibili di limitare *de iure* la discrezionalità degli Stati membri, adottati nell'ambito di un procedimento composito che si conclude con un atto dell'autorità nazionale, non della Commissione. Da qui la conclusione che i pareri non possono essere oggetto di un ricorso per annullamento esperibile né dagli Stati coinvolti (dove l'investimento è effettuato) né, *a fortiori*, dagli investitori extra-UE o dalle società *target*, ricorso quest'ultimo i cui presupposti, stabiliti nel paragrafo 4 dell'articolo 263 TFUE, sono ancora più stringenti, come noto. D'altra parte, mi sembra che il giudice nazionale abbia la facoltà di rivolgersi alla Corte di giustizia *ex* articolo 267 par. 1, lett. b) TFUE, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale di validità, per verificare se i pareri siano conformi al Regolamento e all'ordinamento UE nel suo complesso. Insomma, l'investitore extra-UE, così come l'impresa *target*, avrebbero a disposizione lo strumento del ricorso indiretto, imperniato su procedimenti e rimedi nazionali, piuttosto che percorrere la via offerta dall'articolo 263 TFUE.

La prassi è al momento inesistente.

**2.5.** Nel regolamento 452/2019 è scritto che Stato e Commissione tengono conto “della possibilità che un investitore estero sia controllato direttamente o indirettamente (...) da parte del governo di un paese terzo”<sup>21</sup>. Si tratta dei cc.dd. investitori sovrani, in particolare *state owned enterprises* e fondi sovrani<sup>22</sup>, alcuni dei quali collegati a governi di Paesi terzi dove la *rule*

<sup>21</sup> Cfr. *ibid.*, 13° considerando.

<sup>22</sup> Sugli investitori sovrani nel diritto internazionale e/o nel diritto UE si vedano L.C. BACKER, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law*, in *Tulane Law Review*, 2007-2008, p. 1801 ss.; K. BARYSCH, S. TILFORD, P. WHYTE, *State, money and rules: An EU policy for Sovereign Investments*, *Centre for European Reform*, October 2008, consultabile sul sito [www.cer.eu/publications/archive/essay/2008/state-money-and-rules-eu-policy-sovereign-investments](http://www.cer.eu/publications/archive/essay/2008/state-money-and-rules-eu-policy-sovereign-investments); S. M. CARBONE, “Golden Share” e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, p. 50 ss.; J. COOKE, *Finding the Right Balance for Sovereign Wealth Fund Regulation: Open Investment vs. National Security*, in *Columbia Business Law Review*, 2009, p. 728 ss.; E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 305 ss.; A. GIGANTE, A. LIGUSTRO, *Il diritto internazionale degli investimenti di fronte alla sfida dei fondi sovrani*, in *Diritto pubblico comparato ed euro-*

*of law*, eufemisticamente, presenta sfumature diverse da quelle che invece presenta tendenzialmente negli Stati membri dell'Unione<sup>23</sup>.

Da un lato, è noto che nell'ordinamento UE vige il principio della neutralità giuridica dell'impresa, di cui all'articolo 345 TFUE, con la conseguenza che la natura pubblica dell'investitore-impresa, in diverse forme e in diversi gradi, non può ostare di per sé al suo ingresso in altre imprese. Dall'altro lato, si tratta di un principio non assoluto perché, come precisato dalla Corte di giustizia, va sempre letto, in termini sistematici, alla luce delle libertà fondamentali del mercato<sup>24</sup>. Ora, è naturale che la lunga mano del capitalismo di Stato, quando si tratta di investitori sovrani riconducibili, più o meno formalmente, a Stati terzi, possa provocare inquietudine e che viga, rispetto a questi investitori, una presunzione invertita rispetto a quanto avviene nei confronti di investitori che sovrani non sono, con la conseguenza che il principio della neutralità giuridica *de facto* è sottoposto a una presunzione negativa.

*peo*, 2010, p. 1179 ss.; H. SCHWEITZER, *Sovereign Wealth Funds: Market Investors or "Imperialist Capitalists"? The European Response to Direct Investment by Non-EU State-Controlled Entities*, in C. HERRMANN, J. P. TERHCHTE (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Berlin, 2011, p. 79 ss.; F. BASSAN, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Cheltenham, 2011; M. LAMANDINI, *Temi e problemi in materia di contendibilità del controllo, fondi sovrani e investimenti diretti stranieri nei settori strategici tra libera circolazione dei capitali e interesse nazionale*, in *Rivista di diritto societario*, 2012, p. 510 ss.; V. MICHEL, *Golden shares, fonds souverains et mission d'intérêt économique général*, in *Europe*, 2012, p. 30 ss.; i contributi in K. SAUVANT, L. SACHS, W. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, Oxford, 2012, p. 24 ss., tra cui, in particolare, J. CHAISSE, *The Regulation of Sovereign Wealth Funds in the European Union: Can the Supranational Level Limit the Rise of National Protectionism?*, p. 462 ss.; i contributi in P. BODEAU-LIVINEC (sous la direction de), *Les fonds souverains et l'Union européenne: les liaisons dangereuses du marché et du politique*, Paris, 2014, tra cui, in particolare, F. MARTUCCI, *Les fonds souverains et l'Union européenne: les liaisons dangereuses du marché et du politique*, p. 69 ss.; A. CUMMINE, *Ethical Sovereign Investors: Sovereign Wealth Funds and Human Rights*, in J.P. BOHOSLAVSKY, J.L. ČERNIC (eds.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, Oxford, 2014; i contributi in F. BASSAN, *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, Cheltenham, 2015, tra cui, in particolare, A. DE LUCA, *The EU and Member States: FDI, Portfolio Investments, Golden Powers and SWFs*, p. 178 ss.; D. GALLO, *The Rise of Sovereign Wealth Funds (SWFs) and the Protection of Public Interest(s): The Need for a Greater External and Internal Action of the European Union*, in *European Business Law Review*, 2016, p. 459 ss.

<sup>23</sup> "Tendenzialmente" perché è sufficiente pensare a Ungheria e Polonia.

<sup>24</sup> Cfr., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2013, causa C-105/12, *Essent*, punto 36.

3. Passo ora a concentrarmi sui *golden powers*, servendoci dell'ordinamento italiano quale *sedes materiae* privilegiata, nella consapevolezza che, oggi, a causa del COVID-19 e del riflusso dello Stato nel mercato, i *golden powers* “rischiano” meno, in termini d'incompatibilità con il diritto UE, di quanto “rischiassero” nel passato le *golden shares* e di quanto, debellato il COVID-19, accadrà in futuro.

Le intersezioni tra regolamento 452/2019 e *golden powers* sono lampanti perché il controllo e la limitazione degli investimenti passano proprio per l'attivazione dei *golden powers*. Attivazione che, quanto all'Italia, è avvenuta 38 volte in una varietà di settori, a fronte di 341 notifiche al Governo, che corrisponde a circa quattro volte il dato del 2019<sup>25</sup>. Lo strumento è potenzialmente dirompente. Basti pensare a quanto avvenuto poco tempo fa: il Governo Draghi, lungi dall'imporre semplicemente prescrizioni e condizioni, ha bloccato l'acquisizione di una quota di maggioranza della nota società milanese LPE nel settore dei semiconduttori per la fabbricazione di chip da parte della società cinese Shenzen<sup>26</sup>.

Ora, se è vero che l'Italia ha esteso lo strumento dei *golden powers* in relazione a quei settori oggetto di disciplina del Regolamento, come fatto da altri paesi, *in primis* la Germania, l'Italia, a quanto mi consta in solitudine in Europa, ha introdotto due novità importanti: ha ricompreso espressamente le banche tra le imprese rispetto alle quali esercitare il potere speciale, innanzitutto, e, in secondo luogo, ha inteso applicare i poteri speciali nei confronti di investitori UE, non solamente nei confronti di investitori extra-UE.

In un tale contesto, il tema dell'estensione e dei confini dell'esercizio della sovranità nazionale va letto alla luce di tre problematiche.

La prima problematica: è possibile prevedere, come fa la normativa italiana, un doppio binario, laddove il *golden power* è indirizzato agli investitori UE e agli investitori extra-UE? In particolare, occorre chiedersi se il diritto UE osti a che una normativa, come quella italiana, preveda un regime meno

<sup>25</sup> Cfr. la relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza, relativa all'anno 2020, a cura del Comparto Intelligence (DIS, AISE, AISI), del 1° marzo 2021, p. 48, consultabile sul sito [www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/relazione-annuale/relazione-2020-sulla-politica-dellinformazione-per-la-sicurezza.html](http://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/relazione-annuale/relazione-2020-sulla-politica-dellinformazione-per-la-sicurezza.html).

<sup>26</sup> Cfr. C. FOTINA, *Tlc, energia, finanza: così il «golden power» del Governo Draghi*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 settembre 2021.

favorevole nel caso in cui gli investitori siano extra-UE<sup>27</sup> rispetto al trattamento riservato agli investitori<sup>28</sup>.

La risposta è che la previsione di questo doppio binario è possibile. Infatti, negli Orientamenti del marzo 2020 è esplicitamente chiarito che “le restrizioni ai movimenti di capitali a destinazione di paesi terzi o in provenienza da essi si collocano in un contesto giuridico differente rispetto alle restrizioni che riguardano i movimenti di capitali all’interno dell’Unione”<sup>29</sup>. Da qui la duplice conclusione che, “nel caso delle restrizioni applicate a operazioni che coinvolgono paesi terzi, possono essere ammessi ulteriori motivi di giustificazione” e che “i motivi di giustificazione ammissibili possono anche essere intesi in un senso più ampio”<sup>30</sup>.

La circostanza che le giustificazioni possano essere intese “in un senso più ampio” significa che l’interpretazione e l’applicazione delle deroghe espresse nei trattati (sicurezza e ordine pubblico), così come delle esigenze imperative di origine giurisprudenziale, può avvenire in maniera più rigorosa di quanto accade con riferimento agli investitori UE. Insomma, una declinazione più restrittiva del principio di proporzionalità in merito all’idoneità e alla necessità della misura nazionale.

Prima dell’adozione degli Orientamenti del 2020, non essendoci giurisprudenza nel settore degli investimenti esteri diretti extra-UE, la cristallizzazione di un vero e proprio *divide* tra le due tipologie d’investimento (in funzione della sua origine), dal punto di vista della portata e del potenziale delle esigenze imperative, non pareva configurabile. Solo in via analogica, pensando ad altri ambiti del diritto UE, una tale divergenza sembrava concepibile<sup>31</sup>. Nel settore fiscale, in particolare, la distinzione c’è sempre stata: si pensi ai casi *Test Claimants* e *Orange European Smallcap Fund*<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. art. 4-*bis*, comma 3-*bis* del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, così come modificato dall’art. 15 del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, dove è scritto che la notifica al MISE deve essere effettuata per le partecipazioni che attribuiscono una quota almeno pari al 10%.

<sup>28</sup> Cfr. *ibid.*, dove è scritto che la notifica al MISE deve essere effettuata per partecipazioni che determinano l’insediamento stabile dell’acquirente in ragione dell’assunzione del controllo della società.

<sup>29</sup> Cfr. Orientamenti, cit., punto 4.

<sup>30</sup> Cfr. *ibid.*

<sup>31</sup> Sul punto si vedano H. SCHWEITZER, *Sovereign Wealth Funds*, cit., pp. 103-108; D. GALLO, *On the Content and Scope of National and European Solidarity Under Free Movement*

Allo stato attuale, grazie a quanto affermato negli Orientamenti, il problema mi sembra tendenzialmente risolto. “Tendenzialmente” perché un conto è ritenere, come fa la Commissione, che, nei confronti d’investitori extra-UE, esistano motivi diversi da quelli invocabili nei confronti degli investitori UE oppure, come osserva la Commissione, che le giustificazioni possono essere maggiormente dilatate quando operano nei confronti degli investitori extra-UE. Un altro conto è ritenere che uno Stato possa adottare misure, nella loro struttura e nelle loro finalità, radicalmente differenti a seconda che l’investitore sia UE oppure extra-UE.

La seconda problematica: è possibile per uno Stato, l’Italia in particolare, unica in Europa oggi, applicare i *golden powers* agli investitori UE? Ora, a mio avviso, l’utilizzo dello strumento del *golden power*, attraverso l’obbligo di notifica, imposto a soggetti UE, circa l’acquisto di partecipazioni in grado di determinare il controllo di una società stabilita nel territorio italiano, non è in conflitto con l’ordinamento UE, risolvendosi in una misura: idonea a scongiurare scalate ostili in imprese strategiche e/o esercenti SIEG; proporzionata perché di carattere temporaneo, essendo in vigore fino al 31 dicembre 2022<sup>33</sup>, in quanto giustificata da una crisi economica, com’è quella determinata dal COVID-19, che colpisce alcuni Paesi membri dell’Unione più di altri e che, inevitabilmente, impone ai primi, in mancanza di un quadro unitario a livello europeo, d’intervenire in termini restrittivi sull’accesso al loro mercato dei capitali; necessaria a proteggere settori strategici e connessi all’erogazione di servizi essenziali di rilevanza collettiva, anziché meramente a ostacolare e disincentivare indebitamente gli investimenti esteri intra-UE.

I dubbi sono, invece, legittimi quanto alla legittimità di una tale normativa qualora dovesse essere confermata negli anni a venire, oltre il COVID-19.

La terza problematica riguarda la “tenuta” dei *golden powers* in un settore nuovo ai poteri speciali, ossia quello bancario<sup>34</sup>, sotto il profilo della na-

*Rules: The Case of Golden Shares and Sovereign Investments*, in *European Papers*, 2016, p. 823 ss., pp. 844 e 845.

<sup>32</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 170 e del 20 maggio 2008, causa C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, punto 89.

<sup>33</sup> Il termine della misura è stato recentemente prorogato dall’art. 17, comma 1, lett. a) del decreto-legge 30 dicembre 2021, n. 228.

<sup>34</sup> Cfr., ad esempio, il caso dell’OPA di *Credit Agricole* sul Credito Valtellinese. A ri-

tura degli interessi invocabili dallo Stato per praticare questi poteri, con riguardo sia agli investimenti UE che agli investimenti extra-UE<sup>35</sup>.

Tenuto conto del carattere “non esaustivo” dell’“elenco dei fattori che possono incidere sulla sicurezza o sull’ordine pubblico”, come precisato nel regolamento 452/2019<sup>36</sup>, mi pare che esista un interesse invocabile, desumibile dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza UE, seppure non relative a *golden shares* e *golden powers*: quello della stabilità finanziaria.

Il significato da attribuire al concetto di stabilità finanziaria è dubbio, considerando peraltro che nella giurisprudenza UE, compresa quella relativa alle *golden shares* intra-UE<sup>37</sup>, la giustificazione della “stabilità finanziaria” è assente. Per escludere che una tale giustificazione possa legittimamente essere fatta valere nel settore bancario, quanto al possibile esercizio dei *golden powers*, potrebbe obiettarsi che la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza consolidata, nega che motivi economici, di mero sviluppo industriale, siano invocabili, da uno Stato membro, allo scopo di limitare gli scambi, a livello di merci, servizi, lavoratori, capitali, in linea con la c.d. *doctrine of non economic considerations*<sup>38</sup>, per cui solamente ragioni extra-economiche potrebbero essere adoperate a tale fine<sup>39</sup>. Del resto, se, da un lato, l’obiettivo della stabilità

guardo, si veda il comunicato di Crédit Agricole Italia S.p.A., del 23 novembre 2020, consultabile sul sito [morrowsodali-transactions.com/attachments/1607701149-comunicato-20102-2023-11-2020.pdf](https://www.morrowsodali-transactions.com/attachments/1607701149-comunicato-20102-2023-11-2020.pdf)

<sup>35</sup> Sul punto si vedano, *inter alia* e recentemente, D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell’Unione europea: il caso delle banche*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, p. 26 ss.; A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e banche nella prospettiva del diritto dell’economia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, p. 55 ss.

<sup>36</sup> Cfr. regolamento (UE) 2019/452, cit., 12° considerando.

<sup>37</sup> Si veda, tra gli altri, D. GALLO, *Corte di giustizia UE, golden shares e investimenti sovrani*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 917 ss.

<sup>38</sup> Su questa “dottrina” e sui suoi limiti si veda, *inter alia*, J. SNELL, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, in A. SCHRAUWEN (ed.), *Rule of Reason – Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, p. 35 ss.; N. A. GEORGIADIS, *Derogation Clauses: The Protection of National Interests in EC Law*, Athènes-Bruxelles, 2006, pp. 199-203.

<sup>39</sup> Cfr., *ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 27 febbraio 2019, causa C-563/17, *Associação Peço a Palavra*, punto 70; dell’8 luglio 2010, causa C-171/08, *Commissione c. Portogallo*, punto 52; del 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, punti 47 e 48; del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, punto 17; del 5 giugno 1997, causa C-398/95, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion (SETTG)*, punto 23; del 30 novembre 1995, cau-

finanziaria non è menzionato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza, dall'altro, i giudici UE si riferiscono alla salvaguardia dell'“interesse finanziario” dello Stato nella sentenza *Commissione c. Portogallo*, proprio in tema di libertà di circolazione e *golden shares*, e lo fanno al fine di escluderne la legittimità ai sensi del diritto UE<sup>40</sup>.

Al riguardo, non va, però, sovrapposto il concetto di “interesse finanziario” a quello di “stabilità finanziaria”: nulla impedisce che quest'ultima ragione d'interesse generale possa applicarsi al settore bancario nell'ambito dei *golden powers*. Infatti, il divieto che si pone al cuore della giurisprudenza UE, a ben vedere, riguarda obiettivi “puramente” o “meramente” economici, obiettivi cioè svincolati da finalità ultime d'interesse generale, come riconosciuto in *Essent*, dove i giudici UE, in merito a libera circolazione dei capitali e privatizzazioni, precisano, per un verso, che “motivi di natura puramente economica non possono costituire motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dai Trattati” e, per l'altro, che una tale giustificazione è legittima “qualora sia dettata da motivi di ordine economico che perseguono un obiettivo d'interesse generale”<sup>41</sup>. La stabilità finanziaria, cioè, è finalità di natura economica intermedia e strumentale all'obiettivo ultimo di garantire che servizi essenziali erogati dagli istituti finanziari italiani possano essere adeguatamente prestati a favore della collettività. Una commistione, quella tra obiettivi intermedi di carattere economico e obiettivi finali di carattere extra-economico<sup>42</sup>, naturalmente portata a verificarsi in tutti quei settori, il cui

sa C-55/94, *Gebhard*, punto 37; del 26 aprile 1998, causa 352/85, *Bond van Adverteerders e a.*, punto 34; del 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, punto 11; del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Duphar*, punto 23; del 9 giugno 1982, causa 95/81, *Commissione c. Italia*, punto 27; del 19 dicembre 1961, causa 7/61, *Commissione c. Italia*, punto D.

<sup>40</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2002, causa C-367/98, *Commissione c. Portogallo*, punto 52.

<sup>41</sup> Cfr. sentenza *Essent*, cit., punti 51 e 52.

<sup>42</sup> Sulle implicazioni di questa commistione si vedano le osservazioni contenute in V. HATZOPOULOS, *Recent Developments in the Free Movement of Services*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 43 ss., pp. 78 e 79; K. J. M. MORTELMANS, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 613 ss., p. 637; J. SNELL, *op. cit.*; N. A. GEORGIADIS, *op. cit.*; C. BARNARD, *Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected?*, in C. BARNARD, O. ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford-Portland, 2009, p.

buon funzionamento rappresenta una preconditione per l'accesso, da parte di persone fisiche e giuridiche, a una varietà di servizi d'interesse generale<sup>43</sup>. Va da sé, pertanto, che il concetto di stabilità finanziaria non può essere interpretato dalle autorità nazionali nel senso di rendere tale stabilità funzionale all'obiettivo ultimo di “sostenere il sistema economico”, come invece, perlomeno in Italia, alcuni parrebbero assumere<sup>44</sup>. Al contrario, la stabilità finanziaria è finalità connessa con le attività svolte dalle banche, intese quali “fonte essenziale di finanziamento per le imprese attive nei diversi mercati”<sup>45</sup>.

A conferma di quanto scritto, negli Orientamenti del 2020 la Commissione rileva che è “possibile adottare misure restrittive per affrontare minacce alla stabilità finanziaria”<sup>46</sup> e, nel farlo, menziona la dichiarazione dell'ex Commissario europeo, Jonathan Hill, per la stabilità finanziaria, i servizi finanziari e il mercato unico dei capitali, in merito ai controlli sui capitali imposti dalle autorità greche, resa il 29 giugno 2015<sup>47</sup>. Si legge, nella dichiarazione, prima, che gli Stati membri possono adottare misure relative ai movimenti di capitali che siano giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, poi, che, secondo la giurisprudenza UE, possono essere introdotte misure anche per altri motivi imperativi di interesse pubblico ge-

273 ss., pp. 279-280; S. ARROWSMITH, *Rethinking the Approach to Economic Justifications under the EU's Free Movement Rules*, in *Current Legal Problems*, 2015, p. 307 ss. Sulla naturale commistione tra economico e non economico nell'ambito di attività d'interesse generale si veda D. GALLO, *La progressive et inévitable avancée des considérations économiques dans le domaine des justifications d'intérêt général aux restrictions du marché intérieur*, in C. BLUMANN, F. PICOD (sous la direction de), *Annuaire de droit de l'Union européenne*, Paris, 2016, p. 65 ss., pp. 86-90.

<sup>43</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro del 9 febbraio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, punto 15.

<sup>44</sup> Cfr. la relazione sulla tutela degli asset strategici nazionali nei settori bancario e assicurativo del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), approvata nella seduta del 5 novembre 2020 e trasmessa alle Presidenze di Camera e Senato il 5 novembre 2020, p. 9, consultabile sul sito [documenti.camera.it/\\_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/034/003/INTERO.pd](http://documenti.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/034/003/INTERO.pd).

<sup>45</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Kotnik*, punto 50.

<sup>46</sup> Cfr. Orientamenti, cit., punto 4.

<sup>47</sup> Cfr. dichiarazione della Commissione, del 29 giugno 2015, in merito ai controlli sui capitali imposti dalle autorità greche, consultabile sul sito: [ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/STATEMENT\\_15\\_5271](http://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/STATEMENT_15_5271).

nerale, da applicare “per il periodo più breve possibile”. La conseguenza è che, costituendo la stabilità del sistema finanziario e bancario in Grecia una questione di interesse pubblico preminente e di politica pubblica suscettibile di giustificare l’applicazione temporanea di restrizioni ai flussi di capitali, mantenere la stabilità finanziaria risulta(va) “la principale sfida immediata per il paese”<sup>48</sup>.

In ogni caso, al di là del fugace riferimento alla dichiarazione di Jonathan Hill, va sottolineato che, negli orientamenti, la Commissione si riferisce all’interesse/obiettivo della stabilità finanziaria subito dopo aver accennato alla possibile restrizione del mercato dei capitali con riferimento a imprese incaricate dell’erogazione di servizi pubblici, in particolare in relazione alla salvaguardia di finalità connesse all’approvvigionamento energetico.

4. Il sistema concepito dalle istituzioni UE, nel regolamento 452/2019, è più avanzato e bilanciato di quello previsto in altri ordinamenti, in particolare statunitense e cinese. Senza essere eccessivamente panglossiano, mi pare si possa affermare in maniera netta che il tratto distintivo del modello europeo di disciplina, rispetto a quello statunitense e cinese, dominato da un fortissimo grado di politicizzazione, si trovi proprio nell’introduzione di principi giuridici e di meccanismi procedurali. Non il migliore dei mondi possibili, ma, certamente, un mondo più montesqueiano di molti altri.

La conclusione, quanto ai *golden powers*, è che l’estensione, rispetto all’epoca pre-regolamento, del loro *scope ratione materiae*, in chiave di salvaguardia di settori strategici, incluso quello finanziario, nei confronti degli investitori extra-UE, è legittima. Lo è anche con riferimento agli investitori UE, ma, in questo secondo caso, la legittimità deve essere associata alla temporaneità e all’eccezionalità della crisi da COVID. In effetti, i *golden powers*, da strumento eccezionale, neutrale e centrato su un numero limitato di settori altamente strategici, rischiano di diventare qualcos’altro. Il punto è capire se il grado di discrezionalità di cui gode il Governo, ad esempio in Italia, è troppo dilatato e se, comunque, sia giustificato l’esercizio che ne è stato fatto fin qui. Al momento, guardando all’Italia, io penso sia giustificato. Al momento, però. Se questa tendenza dovesse generalizzarsi *sine die*, in epoca

<sup>48</sup> *Ibid.*

post COVID, in un'ottica sempre più statocentrica, al confine col trumpismo più *engagé*, quanto successo negli anni duemila in tema di *golden shares* potrebbe verificarsi *mutatis mutandis*: procedure d'infrazione e sentenze di condanna della Corte di giustizia sarebbero cioè verosimili e, a ben vedere, più che opportune.

IL RAFFORZAMENTO  
DELLA SOVRANITÀ TECNOLOGICA EUROPEA  
E IL PROBLEMA DELLE BASI GIURIDICHE

**Sara Poli\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le ragioni che rendono necessario il rafforzamento della sovranità tecnologica europea: la posizione delle istituzioni dell’Unione. – 3. Le basi giuridiche che consentono all’UE di intervenire al fine di rafforzare la sovranità tecnologica europea. – 4. Alcune delle misure adottate in materia di spazio, industria e ricerca. – 5. Il problema della base giuridica per le misure che rafforzano la sovranità tecnologica europea fondate sull’art. 114 TFUE. – 6. Conclusione.

1. Di recente, il Consiglio e la Commissione europea hanno fatto riferimento alla necessità di rafforzare la “sovranità tecnologica europea”<sup>1</sup>. Il tema merita una particolare attenzione da parte degli studiosi del diritto dell’UE. Infatti, la nozione sopra menzionata, che non viene definita in alcun documento, implica la volontà di trasformare l’Unione in un soggetto statale capace di gestire in modo autonomo la tecnologia. Si tratta dunque, in linea di principio, di un progetto integrazionista molto ambizioso, attraverso il quale si realizza un trasferimento di sovranità dagli Stati membri all’organizzazione e come tale, va oltre l’obiettivo che consiste nel potenziare l’“autonomia stra-

\* Professore ordinario di diritto dell’Unione europea – Università di Pisa.

<sup>1</sup> Il Presidente della Commissione europea Juncker aveva parlato “dell’ora della sovranità europea” sin dal suo discorso sullo Stato dell’Unione del 12 settembre 2018. Il Consiglio dell’Unione ha fatto riferimento a tale concetto nelle sue conclusioni sull’importanza del 5G per l’economia europea e sulla necessità di attenuare i relativi rischi per la sicurezza. La Commissione europea, presieduta da Ursula von der Leyen, ha parlato di “sovranità tecnologica dell’Europa”, nel 2020. V. comunicazione della Commissione, del 10 marzo 2020, al Parlamento, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una nuova strategia industriale per l’Europa, COM (2020) 102, p. 4, 15. Il termine “sovranità europea” era già stato utilizzato dal Presidente francese Macron nel 2017. Per alcune brevi riflessioni sul concetto v. J.-P. DARNIS, *European Technological Sovereignty? A Response to the COVID-19 Crisis?*, Note de la FRS, No. 45, 29 May 2020, [frstrategie.org/en/publications/notes/european-technological-sovereignty-response-covid-19-crisis-2020](https://frstrategie.org/en/publications/notes/european-technological-sovereignty-response-covid-19-crisis-2020).

tecnica” dell’Unione<sup>2</sup>, in quanto presuppone un mutamento della natura giuridica dell’UE.

In questo breve scritto ci si propone di esaminare quali siano i motivi che spingono le istituzioni dell’Unione a ritenere necessario il rafforzamento della sovranità tecnologica europea; occorre poi individuare le basi giuridiche cui si può ricorrere in vista della realizzazione del menzionato progetto. Successivamente, l’attenzione sarà rivolta all’individuazione di alcuni strumenti giuridici adottati per potenziare la sovranità tecnologica europea; in particolare, si valuterà se il loro fondamento giuridico sia adatto per perseguire l’obiettivo menzionato. Ci sembra utile mettere in evidenza eventuali profili di criticità poiché qualora si rendesse evidente un problema collegato all’inadeguatezza delle basi giuridiche impiegate, le norme che l’Unione adotterà nei prossimi anni per potenziare la sovranità tecnologica europea potrebbero essere a rischio di ricorsi di annullamento. Viceversa, se gli strumenti giuridici adottati non fossero contestati davanti alla Corte di giustizia, ciò vorrebbe dire che gli Stati membri sono tendenzialmente favorevoli al rafforzamento della sovranità europea anche se ciò implica, in ultima istanza, un’erosione di competenze nazionali.

2. Esaminando il testo dei documenti di natura politica in cui viene utilizzato il termine “sovranità tecnologica” è possibile dedurre che il significato di tale espressione coincide con la capacità dell’Unione di usare la tecnologia per far funzionare il mercato interno. Dunque, uno dei motivi alla base dell’esigenza di rafforzare la “sovranità tecnologica” europea è che la tecnologia, in particolare quella digitale<sup>3</sup>, consente agli operatori di molti servizi di operare. Sotto questo profilo, l’espressione appena citata può essere conside-

<sup>2</sup> Tale espressione è stata utilizzata per la prima volta in un documento di natura politica del Consiglio dell’Unione dedicato al rafforzamento della politica di difesa. In tale atto si sottolinea come il rafforzamento dell’autonomia strategica dipenda dal potenziamento della base industriale e tecnologica della difesa europea ed è cruciale per aumentare la capacità dell’Unione di lavorare con i suoi partners. V. conclusioni del Consiglio sulla Politica Comune di sicurezza e di Difesa del 25-26 novembre 2013, doc. n. 15992/13, par. 30.

<sup>3</sup> In alcuni casi il concetto di sovranità tecnologica europea è usato in modo intercambiabile con quello di sovranità digitale. In altri contesti la perdita di sovranità digitale viene collegata alla dipendenza con riguardo alla gestione dei dati da parte di società statunitensi.

rata sinonimo di “sovranià digitale”<sup>4</sup>. Infatti, l’erogazione di molti servizi essenziali per la societ  e per lo svolgimento di attivit  economiche, nei settori dell’energia, della salute e della finanza dipendono da tale tipo di tecnologie. La pandemia ha reso ancora pi  evidente la dipendenza dalle tecnologie digitali.

Ebbene, la sovranit  tecnologica o digitale dell’UE   ridotta in quanto quest’ultima deve fare affidamento su tecnologie digitali non europee; l’UE si sente sempre pi  minacciata dalla situazione di dipendenza tecnologica digitale da alcuni Paesi terzi, in particolare dalla Cina. Il caso di scuola   costituito dagli apparati di telecomunicazione 5G; questi sono forniti da aziende cinesi come la Huawei che sono soggette ad un controllo politico statale penetrante; inoltre, la Cina   un Paese concorrente dell’UE sul piano economico. Gli apparati di telecomunicazione 5G, che assicurano la connettivit , sono definiti “fattori abilitanti di importanza fondamentale per l’erogazione di servizi digitali” e dunque per il funzionamento del mercato interno. L’UE ha accumulato un ritardo tecnologico nel settore delle telecomunicazioni<sup>5</sup>; si trova ora in una situazione di dipendenza tecnologica per la fornitura di molti servizi tramite le reti 5G; ci  la rende vulnerabile. Tale situazione ha riflessi anche per la sicurezza dell’Unione in quanto la espone pi  che nel passato ad attacchi cibernetici che possono essere finalizzati allo spionaggio industriale. Inoltre, gli apparati 5G potrebbero essere dotati di *backdoors* che consentirebbero agli operatori cinesi un accesso non autorizzato ai dati dei cittadini europei che viaggiano nella rete<sup>6</sup>.

Nelle sue conclusioni del dicembre 2019<sup>7</sup> il Consiglio pone in evidenza l’importanza della sovranit  tecnologica europea e della promozione a livello

<sup>4</sup> La sovranit  digitale   stata definita in modo piuttosto vago come “*Europe’s ability to act independently in the digital world.*” Vedi V. T MADIEGA (EPRS), *Digital Sovereignty for Europe*, 2020.

<sup>5</sup> La dipendenza tecnologica dell’UE riguarda anche una serie di beni, come ad esempio i semiconduttori (prodotti a Taiwan), che sono fondamentali per far funzionare l’economia dell’UE.

<sup>6</sup> V. le preoccupazioni espresse al riguardo dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 12 marzo 2019, Minacce per la sicurezza connesse all’aumento della presenza tecnologica cinese nell’UE e possibile azione a livello di UE per ridurre tali minacce P8\_TA (2019)0156, punto 2.

<sup>7</sup> Conclusioni del Consiglio sull’importanza del 5G per l’economia europea e sulla necessit  di attenuare i relativi rischi per la sicurezza, cit, punto 4.

globale dell'approccio UE alla sicurezza informatica delle future reti di comunicazione elettronica. La Commissione europea adotta una posizione simile a quella del Consiglio: sembra considerare la sovranità tecnologica europea come la condizione necessaria per garantire l'integrità e la resilienza dell'infrastruttura dei dati, delle reti e delle comunicazioni e per sviluppare e utilizzare le proprie capacità chiave, riducendo in tal modo la dipendenza da altre parti del mondo per le tecnologie più importanti.<sup>8</sup>

L'accento alla dimensione della sicurezza internazionale ci porta al secondo motivo per cui risulta essenziale rafforzare la sovranità tecnologica dell'Unione: ciò consente di aumentare la capacità dell'Unione di tutelare la cibersicurezza degli Stati membri e quella dell'Unione. Infatti, da un lato, proprio perché taluni servizi essenziali per l'economia dipendono per il loro funzionamento da tecnologie digitali diventa una questione di sicurezza preservarne il funzionamento. Dall'altro, per poter salvaguardare la sicurezza dell'Unione da minacce interne o esterne, occorre che essa possieda la tecnologia necessaria per farlo e non dipenda da Paesi terzi per l'assolvimento di questo compito. La Commissione ha adottato una raccomandazione nel 2019 in cui mette in evidenza i rischi di cibersicurezza delle reti 5G<sup>9</sup>.

Un settore collegato al funzionamento del mercato interno in cui l'UE ha cercato di sviluppare un'indipendenza rispetto a Paesi terzi in modo precoce è quello dello spazio<sup>10</sup>. L'idea di una indipendenza europea da tecnologia americana o russa risale alla creazione del programma Copernicus. Galileo costituisce la prima infrastruttura pubblica di proprietà delle istituzioni europee<sup>11</sup> e funziona in maniera indipendente da altri sistemi esistenti; contribuisce così, tra l'altro, all'autonomia strategica dell'Unione. Il Programma

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione, del 19 febbraio 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Plasmare il futuro digitale dell'Europa, COM (2020) 67.

<sup>9</sup> Raccomandazione (EU) 2019/534 della Commissione, del 26 marzo 2019 Cibersicurezza delle reti 5G.

<sup>10</sup> J. WOUTERS, R. HANSEN, *Strategic Autonomy in EU Space Policy: a Conceptual and Practical Exploration*, in C. AL-EKABI (ed.), *European Autonomy in Space*, Wien, 2015, pp. 49-61; J. WOUTERS, R. HANSEN, *Towards a EU Industrial Policy for the Space Sector – Lessons from Galileo*, in T. HÖRBER, P. STEPHENSON (eds.), *European Space Policy. European Integration and the Final Frontier*, London, 2015, pp. 224-238.

<sup>11</sup> Comunicazione della Commissione, del 7 giugno 2006, al Parlamento e al Consiglio, Stato di avanzamento del programma GALILEO, COM (2006) 272, p. 1.

EGNOS (European Geostationary Navigation Overlay Service) utilizza e migliora, grazie a tre satelliti in orbita geostazionaria, le informazioni trasmesse dai segnali delle costellazioni di satelliti del sistema americano GPS e di quello russo GLONASS ed è collegato invece alla navigazione aerea. I sistemi di navigazione satellitare consentono l'erogazione di servizi digitali essenziali<sup>12</sup>, quali il trasporto aereo, marittimo, il trasferimento sicuro dei dati e lo svolgimento di operazioni di monitoraggio ambientale; inoltre, rendono più efficiente il trasporto di energia. Infine, occorre sottolineare che i dati e la tecnologia spaziale hanno un duplice uso: possono essere sfruttati sia per fini civili che di politica estera.

L'esigenza di ridurre la dipendenza tecnologica è anche il principio ispiratore della strategia industriale europea<sup>13</sup> adottata dalla Commissione europea nel 2020; quest'ultima ha sottolineato la necessità di rafforzare la capacità industriale dell'UE in infrastrutture digitali critiche<sup>14</sup>. Infatti, l'UE può proteggersi dalle interferenze provenienti da Paesi terzi solo se potenzia la sua competitività con riguardo alla produzione di tecnologie digitali sue proprie. Allo stesso tempo, il rafforzamento della capacità industriale avrebbe riflessi positivi sul piano esterno perché consentirebbe all'UE di diventare un leader digitale sul mercato globale, così da poter competere con Cina e Stati Uniti.

Anche il Parlamento europeo di recente ha sottolineato come ai “fini della sovranità e dell'autonomia strategica dell'Unione, occorrono una base industriale autonoma e competitiva e uno sforzo massiccio a favore della ricerca e dell'innovazione, onde sviluppare la leadership nelle tecnologie abilitanti fondamentali e soluzioni innovative, nonché garantire la competitività globale”<sup>15</sup>. La stessa istituzione sottolinea che la “strategia industriale dovrebbe prevedere un piano d'azione per rafforzare, accorciare, rendere più sostenibile e diversificare le catene di approvvigionamento dell'industria eu-

<sup>12</sup> D. FIOTT, *The European space sector as an enabler of EU strategic autonomy*, 2020.

<sup>13</sup> COM (2020) 102, cit.

<sup>14</sup> Per poter consentire all'UE di proteggere le proprie infrastrutture critiche è stato anche adottato un regolamento che limita gli investimenti esteri diretti. In questo caso il rafforzamento della sovranità tecnologica risulta necessario per consentire all'UE di dominare il mercato globale grazie alla leadership tecnologica delle imprese europee in alcuni settori chiave dell'economia.

<sup>15</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 novembre 2020, su una nuova strategia industriale per l'Europa (2020/2076(INI)), p. 43, punto O.

ropea, al fine di ridurre la dipendenza eccessiva da pochi mercati e accrescerne la resilienza; che andrebbe altresì prevista una strategia di rimpatrio intelligente allo scopo di reinsediare le imprese in Europa, come pure per incrementare la produzione e gli investimenti e spostare la produzione industriale in settori di importanza strategica per l'Unione"<sup>16</sup>. Infine, la menzionata istituzione invita la Commissione a "stabilire definizioni chiare, esplicite e concrete di "strategica", "autonomia", "autonomia strategica", "resilienza", "resilienza strategica" e altri concetti correlati, in modo da garantire che le azioni intraprese in riferimento a tali concetti siano specifiche e mirate alle priorità e agli obiettivi dell'UE"<sup>17</sup>.

3. Occorre verificare quali siano le basi giuridiche che consentono all'Unione di rafforzare la sovranità tecnologica europea. Tale potenziamento può realizzarsi attraverso l'adozione di misure di armonizzazione di norme nazionali che regolano l'erogazione dei servizi digitali. Nel Trattato è l'art. 114 TFUE a costituire il fondamento normativo per le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Come afferma De Witte, l'articolo 114 "*is the most powerful tool for the expansion of the EU legislative activity*"<sup>18</sup>. Ma la necessità di diminuire la dipendenza tecnologica dall'estero riguarda anche settori di competenza dell'Unione diversi. Ad esempio, in materia di industria e spazio l'UE esercita rispettivamente competenze di sostegno, coordinamento e complemento (art. 173) e competenze concorrenti "*sui generis*" (art. 189)<sup>19</sup>. Con riguardo a queste ultime l'esercizio delle competenze dell'Unione non impedisce agli Stati membri di esercitare le loro (art. 4, comma 3, TFUE). Inoltre, nel settore dello spazio, le misure dell'UE non possono avere l'effetto di armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari nazionali.

<sup>16</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, del 25 novembre 2020, su una nuova strategia industriale per l'Europa (2020/2076(INI)), p. 43, punto O.

<sup>17</sup> *Ibidem*, punto 13.

<sup>18</sup> B. DE WITTE, *Exclusive Member States competences: is there such a thing?*, in I. GOVAERE, S. GARBEN (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, p. 59.

<sup>19</sup> R. GIUFFRIDA, *Commento all'art. 189 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, p. 1615.

Occorre sottolineare che per affrontare con successo il problema della dipendenza tecnologica e riuscire a proteggere la sicurezza delle reti e dei sistemi informativi, l'Unione deve intervenire anche in settori di competenza esclusiva degli Stati membri<sup>20</sup>. Tuttavia, sulla base del Trattato ci siano alcuni limiti, legati all'operare del principio delle competenze di attribuzione, cui l'UE va incontro quando adotta misure intese a rafforzare la sovranità tecnologica europea.

In questo quadro, ci si chiede quali siano fino ad oggi gli strumenti giuridici utilizzati per attuare l'obiettivo del rafforzamento della sovranità tecnologica europea. Senz'altro è possibile individuare una serie di misure tese da un lato, a reagire alla situazione di dipendenza tecnologica da alcuni Paesi terzi e dall'altro, a prevenire un ulteriore indebolimento della sovranità tecnologica europea. Tra gli strumenti giuridici di quest'ultimo tipo rientra il quadro sul controllo degli investimenti esteri diretti<sup>21</sup>. La misura, che si fonda sull'art. 207 TFUE, non pone particolari problemi riguardo alla portata delle competenze dell'Unione dato che interessa la politica commerciale comune e rientra dunque nella competenza esclusiva dell'organizzazione.

Invece talune misure interne, adottate per reagire alla situazione di dipendenza tecnologica, presentano dei profili di criticità con riguardo

<sup>20</sup> Lo stesso Consiglio europeo pur auspicando “un approccio coordinato a livello UE” sottolinea che sono fatte salve le competenze degli Stati membri in materia di sviluppo delle reti e di sicurezza nazionale” (CE conclusioni 2019, punto 16). Anche il PE prende atto, seppur implicitamente, che la sicurezza nazionale è materia di competenza nazionale. Sottolinea in una risoluzione del 2019 che gli Stati membri devono informare la Commissione in merito a qualsiasi misura nazionale che intendano adottare al fine di coordinare una risposta dell'UE. Ribadisce inoltre che gli Stati membri si dovrebbero astenere dall'adottare misure unilaterali sproporzionate che frammenterebbero il mercato unico.

<sup>21</sup> Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione. Tale atto prevede che uno Stato membro possa valutare se l'investimento estero diretto che interessa il suo territorio incide sull'ordine pubblico e sulla sicurezza tenendo in considerazione i suoi effetti su infrastrutture e tecnologie critiche. La Commissione è coinvolta nel monitoraggio dell'investimento estero e, laddove ritenga che l'investimento in questione sia suscettibile di incidere sull'ordine pubblico o sulla sicurezza di più Stati membri, può emettere un parere che lo Stato membro interessato dall'investimento terrà in debita considerazione nell'assunzione della sua decisione finale. Va sottolineato che questo strumento non rafforza la sovranità tecnologica europea; al massimo può avere l'effetto di contenere un ulteriore aggravamento della posizione di dipendenza tecnologica da terzi ma non è suscettibile di per se stesso a favorire lo sviluppo di un'autonoma capacità dell'UE di rimediare ad essa.

all'adeguatezza del fondamento giuridico. Nel prossimo paragrafo saranno identificati gli interventi dell'UE che interessano settori in cui l'organizzazione ha competenze per così dire "deboli" previste dal Trattato. Invece, il paragrafo successivo discuterà di alcune misure fondate sull'art. 114 TFUE ed evidenzierà gli aspetti problematici nell'uso di tale disposizione considerati gli obiettivi dell'azione proposta.

4. Al fine di rafforzare la sovranità tecnologica, l'Unione è intervenuta in settori che rientrano nelle competenze di supporto, coordinamento o complemento, nonché in ambiti in cui l'Unione detiene competenze concorrenti *sui generis*. Ad esempio, nel 2021, sulla base dell'art. 189 TFUE, l'Unione ha approvato il programma spaziale dell'UE insieme all'agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale<sup>22</sup>. La Commissione è responsabile del programma, fatte salve le prerogative degli Stati membri nel settore della sicurezza nazionale. Uno degli obiettivi del programma è "fornire o contribuire alla fornitura di servizi, informazioni e dati spaziali aggiornati, di alta qualità e, se del caso, sicuri, senza interruzioni e ove possibile a livello globale, che soddisfino le esigenze presenti e future e siano in grado di sostenere le priorità politiche dell'Unione e il relativo processo decisionale indipendente e basato su elementi concreti, tra le altre cose in relazione alle questioni riguardanti i cambiamenti climatici, i trasporti e la sicurezza". Altri obiettivi del programma sono: b) il rafforzamento della sicurezza "intrinseca ed estrinseca" (*sic!*) dell'Unione e degli Stati membri e il potenziamento dell'autonomia dell'Unione, in particolare in termini di tecnologia. Infine, viene annunciato che la misura intende promuovere il ruolo dell'Unione quale attore globale nel settore spaziale (art. 1, lett. a, c e d).

Occorre sottolineare che il Consiglio ha anche adottato una decisione PESC<sup>23</sup> sulla sicurezza dei sistemi e servizi usati nell'ambito del programma

<sup>22</sup> Regolamento (UE) 2021/696 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 aprile 2021, che istituisce il programma spaziale dell'Unione e l'Agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale e che abroga i regolamenti (UE) n. 912/2010, (UE) n. 1285/2013 e (UE) n. 377/2014 e la decisione n. 541/2014/UE.

<sup>23</sup> Decisione (PESC) 2021/698 del Consiglio, del 30 aprile 2021, sulla sicurezza dei sistemi e servizi dispiegati, in funzione e usati nell'ambito del programma spaziale dell'Unione che possono incidere sulla sicurezza dell'Unione, e che abroga la decisione 2014/496/PESC.

spaziale dell'Unione. In tale atto ha potuto definire le sue responsabilità specifiche e anche quelle dell'Alto Rappresentante dell'Unione per la politica estera e di sicurezza comune per ciò che riguarda la prevenzione di minacce derivanti dal dispiegamento, dal funzionamento e dall'uso di sistemi e servizi spaziali, o in caso di minaccia a tali sistemi o servizi<sup>24</sup>. È evidente che l'Unione sta assumendo un ruolo sempre più importante anche nell'ambito spaziale, nonostante che sue competenze siano molto limitate.

Veniamo ad altro interessante strumento giuridico. Questo è costituito dal regolamento che istituisce il Centro europeo di competenza per la cibersicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca ("Centro di competenza") e la rete dei centri nazionali di coordinamento ("rete").<sup>25</sup> Le basi giuridiche del regolamento sono l'art. 173, comma 3 (titolo XVII del Trattato, industria) e l'art. 188, comma 1 (ricerca). Il centro ha come missione lo sviluppo delle capacità tecnologiche, industriali e di ricerca dell'Unione in materia di cibersicurezza e il rafforzamento della competitività dell'industria della cibersicurezza dell'Unione. Si tratta di un organismo che dovrebbe contribuire ad aumentare la sicurezza della rete e dei sistemi informativi.

Infine, la Commissione ha proposto di adottare un regolamento (fondato sugli articoli 185 e 187 TFUE), che istituisce imprese comuni, tra cui quella "Reti e servizi intelligenti". La base giuridica è l'art. 188, comma 1, che consente all'Unione di agire per "creare imprese comuni o qualsiasi altra struttura necessaria alla migliore esecuzione dei programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione dell'Unione". Nella valutazione della Commissione il partenariato sosterrà la sovranità tecnologica per le reti e i servizi intelligenti in linea con la nuova strategia industriale per l'Europa e l'insieme di strumenti per la sicurezza informatica del 5G e consentirà, *inter alia*, agli operatori europei di sviluppare le capacità tecnologiche per i sistemi 6G come base per i futuri servizi digitali.

<sup>24</sup> È previsto addirittura che, in situazione di urgenza, l'Alto Rappresentante possa impartire le istruzioni provvisorie necessarie all'Agenzia o alla pertinente struttura designata per il monitoraggio della sicurezza (art. 4, comma 1).

<sup>25</sup> Con il regolamento (UE) 2021/887 del 20 maggio 2021, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno istituito il Centro europeo di competenza per la cibersicurezza nell'ambito industriale, tecnologico e della ricerca e la rete dei centri nazionali di coordinamento. L'Unione ha anche adottato un regolamento (UE) 2021/819 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2021, relativo all'Istituto europeo di innovazione e tecnologia.

5. Tra le misure che possono essere considerate intese a rafforzare la sovranità tecnologica europea presentano particolare interesse per i profili delle competenze quelle che hanno a fondamento l'art. 114 del TFUE<sup>26</sup>. Come è noto, tale disposizione consente all'UE di intervenire al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno; tuttavia, gli strumenti che saranno qui di seguito illustrati sembrano diretti essenzialmente a rafforzare le condizioni di sicurezza dei sistemi di rete e delle infrastrutture critiche per il mercato interno. In altre parole, il centro di gravità di queste misure è costituito dal rafforzamento della sicurezza. Pur essendo tollerata una certa flessibilità nell'utilizzo dell'art. 114 TFUE quale fondamento di misure che intendono armonizzare le norme interne, esistono dei limiti all'uso di tale disposizione. Come è noto, la scelta della base giuridica si fonda "su elementi oggettivi, tali da poter formare oggetto di sindacato giurisdizionale, tra cui, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto"<sup>27</sup>. È urgente chiarire se le istituzioni dell'UE possano continuare ad usare tale base giuridica o meno per i fini che abbiano illustrato nel primo paragrafo. Ciò per evitare possibili ricorsi di annullamento proposti da Stati membri rispetto ad atti futuri che l'UE potrebbe voler adottare per rafforzare la sua sovranità tecnologica. Al momento esistono almeno due proposte della Commissione che sono fondate sull'art. 114 ed è pertanto opportuno interrogarsi sui limiti di tale disposizione con riguardo ad azioni dell'Unione intese, seppur indirettamente a rafforzare la sovranità tecnologica.

In dottrina, c'è già chi sostiene che talune decisioni intese a ridurre la dipendenza tecnologica da Paesi terzi, non sono suscettibili di essere fondate sull'art. 114 TFUE<sup>28</sup>. Ad esempio, secondo un autore, l'esclusione di "high risks technology suppliers", come i fornitori di apparati 5G o la riduzione della presenza non Europea dell'infrastruttura 5G, non può essere approvata sulla base di un atto radicato nella menzionata disposizione del Trattato<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> La disposizione consente al Consiglio di decidere alla maggioranza qualificata anziché all'unanimità.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punto 59.

<sup>28</sup> M. VARJU, *5G networks, (cyber)security harmonisation and the internal market: the limits of Article 114 TFEU*, in *European Law Review*, 2020, pp. 471-486.

<sup>29</sup> Sui problemi di competenza in relazione all'attività dell'UE in materia di cyber security v. R. WESSEL, *Towards EU Cybersecurity Law: Regulating a New Policy Field*, in N. TSAGOU-

Non a caso nel 2019 la Commissione europea aveva riconosciuto nella sua raccomandazione sulla “cibersicurezza” che la competenza di escludere dai loro mercati determinati fornitori per motivi di sicurezza nazionale era degli Stati membri<sup>30</sup>.

Tra le misure fondate su tale disposizione c'è il regolamento istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per la cibersicurezza (ENISA)<sup>31</sup>; tale atto disciplina anche la certificazione della cibersicurezza per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Anche se la Corte di giustizia ha giustificato l'uso della disposizione citata come base giuridica di altre agenzie, come ad esempio, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM)<sup>32</sup>, l'attività dell'ENISA sembra incentrata sul rafforzamento della sicurezza cibernetica e sull'effettiva attuazione della direttiva (UE) 2016/1148 e degli altri strumenti giuridici pertinenti che presentano aspetti relativi alla cibersicurezza. Il mandato dell'agenzia consiste in primo luogo nel conseguire un elevato livello comune di sicurezza in tutta l'Unione (art. 1, comma 1). L'ENISA funge da punto di riferimento per pareri e competenze in questa materia per le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione nonché per altri portatori di interessi pertinenti dell'Unione. L'ultimo paragrafo dell'art. 1, comma 1 del regolamento sopra menzionato afferma: “Svolgendo i compiti che le sono attribuiti ai sensi del presente regolamento, l'ENISA contribuisce a ridurre la frammentazione nel mercato interno”. Da ciò sembra potersi dedurre che l'agenzia solo accessoriamente contribuisca a realizzare gli obiettivi dell'art. 114 TFUE.

A sua volta lo strumento sopra menzionato del 2016<sup>33</sup>, detta “Direttiva

RIAS, R. BUCHAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, 2015, pp. 403–405.

<sup>30</sup> Preambolo n. 25, racc. n. 2019/534, cit.

<sup>31</sup> Regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sull'Enisa e sulla certificazione della cibersicurezza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e che abroga il regolamento (UE) n. 526/2013.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, punto 108. Nel 2006 la Corte di giustizia aveva già avuto occasione di stabilire che l'art. 95 del TCE (oggi l'art. 114 TFUE) era una base giuridica adeguata per la creazione della Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione V. sentenza del 2 maggio 2006, causa C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento/Consiglio*.

<sup>33</sup> Direttiva 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione. Per una descrizione degli obblighi della direttiva e delle proposte di modifica v.

NIS”, di cui l’ENISA deve garantire l’applicazione, è fondata sull’art. 114 TFUE. L’obiettivo di tale atto è conseguire un “livello elevato di sicurezza della rete e dei sistemi informativi in ambito nazionale, contribuendo ad incrementare il livello comune di sicurezza nell’Unione europea”<sup>34</sup>. Ciò al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno in quanto le reti e i sistemi informativi permettono agli operatori di servizi essenziali o ai fornitori di servizi digitali di svolgere la loro attività in condizioni di sicurezza<sup>35</sup>. Tuttavia, anche in questo caso la direttiva è diretta a rafforzare la “*cyber resilience*” delle reti e dei sistemi informativi che sono esposti a incidenti e crisi cibernetiche; pertanto, il centro di gravità di questa misura non sembra essere costituito dal mercato interno ma dal desiderio di armonizzare, seppur in modo minimo, le norme in materia di sicurezza che gli operatori delle reti e dei sistemi informativi devono rispettare a livello nazionale. I settori interessati dalla direttiva sono: energia, trasporti, banche, infrastrutture dei mercati finanziari, sanità, fornitura e distribuzione di acqua potabile e infrastrutture digitali e tre servizi digitali (mercati online, motori di ricerca online e servizi di cloud computing).

Nel 2020 la Commissione ha proposto di modificare la direttiva NIS estendendo il numero di settori interessati cui si impone il rispetto degli obblighi stabiliti in origine; ciò in quanto nella valutazione della menzionata istituzione attualmente ci sarebbero più settori digitalizzati che forniscono servizi chiave all’economia rispetto al 2016<sup>36</sup>. Inoltre, la direttiva originaria concedeva agli Stati membri un’ampia discrezionalità nello stabilire i requisiti di sicurezza e di segnalazione di incidenti per gli operatori di servizi essenziali; tuttavia, questo ha prodotto una grande disomogeneità delle norme a livello nazionale; ciò provocherebbe, nella valutazione della Commissione,

V. A. ZYGIEREWICZ (European Parliament Research Service), *Directive on security of network and information systems (NIS) (NIS Directive) EU cyber security policy*, 2020.

<sup>34</sup> Preambolo n. 74.

<sup>35</sup> La sicurezza delle reti e dei sistemi informativi è così definita: “la capacità di una rete e dei sistemi informativi di resistere, a un determinato livello di riservatezza, a ogni azione che comprometta la disponibilità, l’autenticità, l’integrità o la riservatezza dei dati conservati o trasmessi o trattati e dei relativi servizi offerti o accessibili tramite tale rete o sistemi informativi” (art. 4, comma 2).

<sup>36</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell’Unione, che abroga la direttiva (UE) 2016/1148, COM (2020) 823.

costi aggiuntivi e creerebbe difficoltà alle imprese che offrono beni o servizi transfrontalieri.

La Commissione ritiene che la scelta di confermare l'art. 114 TFUE come base giuridica della proposta sia compatibile con la posizione assunta dalla Corte di giustizia riguardo all'uso di disposizione nella sentenza dell'8 giugno 2010 relativa alla causa C-58/08, *Vodafone*. In questa sentenza viene stabilito che "il ricorso all'articolo 114 TFUE è giustificato in caso di divergenze tra le normative nazionali qualora queste incidano direttamente sul funzionamento del mercato interno." Secondo la Commissione, "L'atto giuridico proposto favorirebbe e migliorerebbe l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno per i soggetti essenziali e importanti nei seguenti modi: stabilendo norme chiare e generalmente applicabili relative all'ambito di applicazione della direttiva NIS e armonizzando le norme applicabili nel settore della gestione del rischio di cibersicurezza e della segnalazione di incidenti". Ancora la Commissione sottolinea come la disparità normative a livello nazionale in questo settore costituiscano ostacoli per il mercato interno. Tuttavia, l'obiettivo principale perseguito della proposta risulta essere l'aumento della sicurezza cibernetica negli Stati membri che sono chiamati a predisporre quadri nazionali di gestione delle crisi cibernetiche.

Ci si chiede tuttavia se questo sia sufficiente per utilizzare l'art. 114 TFUE come base giuridica unica della misura. Nella sentenza *Vodafone* si trattava di stabilire se la disposizione citata potesse essere utilizzata come fondamento per un regolamento sui servizi di roaming. Viceversa, in questo caso la proposta di direttiva sembra più diretta a rafforzare la sicurezza cibernetica per la gestione delle crisi (compito che fa capo all'ENISA) che non a migliorare il funzionamento del mercato interno eliminando le disparità normative che costituiscono un ostacolo per quest'ultimo. Certamente la Corte di giustizia ha favorito l'ampio uso della disposizione in commento, giungendo ad ammettere che sia utilizzata per misure intese a prevenire l'insorgere di ostacoli al funzionamento del mercato interno<sup>37</sup>, stabilendo che le istituzioni possono utilizzare "la tecnica di armonizzazione più appropriata quando il ravvicinamento prospettato necessiti di analisi altamente tecniche e specializzate nonché della presa in considerazione di sviluppi relativi a un

<sup>37</sup> Sentenza *Vodafone*, sopra citata, punto 33, nonché sentenza del 4 maggio 2016, causa C-358/14, *Polonia c. Parlamento*, punti 36 e 56.

particolare settore”<sup>38</sup>, e anche per creare organismi, come l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (AESFEM), che opera a fronte di serie minacce all’ordinato funzionamento e all’integrità dei mercati finanziari o alla stabilità del sistema finanziario dell’Unione e che, in circostanze ben determinate, può adottare misure applicabili in tutta l’Unione, che possono eventualmente presentare la forma di decisioni indirizzate a operatori privati<sup>39</sup>.

Invece, la nuova direttiva sembra diretta ad aumentare il livello di armonizzazione per ciò che riguarda le condizioni di sicurezza in cui operano gli operatori di servizi essenziali. Pur facendo salva la possibilità per gli Stati membri di adottare le misure necessarie a garantire la tutela degli interessi essenziali della loro sicurezza, è chiaro che la proposta ha l’effetto estendere la portata delle norme europee in ambiti che rientrano nelle competenze nazionali.

Un altro esempio che vale la pena citare è la proposta<sup>40</sup> di modifica della direttiva 2008/114 che stabilisce una procedura per la designazione delle infrastrutture critiche europee nel settore dell’energia e dei trasporti il cui danneggiamento avrebbe effetti transfrontalieri. La direttiva intende proteggere quelle infrastrutture che consentono di fornire servizi o funzioni essenziali per la società o per le attività economiche. La proposta del 2020, complementare rispetto a quella riguardante la direttiva NIS, si fonda sull’art. 114 TFUE anziché sull’art. 352 TFUE; quest’ultima disposizione costituiva la base giuridica della direttiva originaria. La proposta intende rafforzare la resilienza dei soggetti critici (soggetti che gestiscono infrastrutture critiche) agli incidenti. Considerato che le legislazioni nazionali che disciplinano i requisiti di sicurezza di queste infrastrutture sono divergenti, occorre stabilire norme minime armonizzate per garantire la fornitura di servizi essenziali nel mercato interno ed aumentare la resilienza dei soggetti critici. Anche in questo caso, l’uso dell’art. 114 TFUE sembra superare i limiti consentiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia poiché non ci pare che il migliora-

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005, causa C-66/04, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, punto 46.

<sup>39</sup> Sentenza *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, causa C-270/12, sopra citata, punto 108.

<sup>40</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla resilienza dei soggetti critici, COM (2020) 829.

mento delle condizioni di attuazione e di funzionamento del mercato interno risulti in modo obiettivo ed effettivo<sup>41</sup>.

6. Occorre trarre alcune conclusioni al termine di questa rapida disamina delle principali misure adottate (o proposte) al fine, esplicito e implicito, di rafforzare la sovranità tecnologica europea. Secondo l'autrice è possibile affermare che l'UE stia utilizzando tutte le competenze a sua disposizione per avere tecnologie digitali sue proprie, proteggere le infrastrutture critiche degli Stati membri e aumentare la cyber sicurezza necessaria all'erogazione di servizi digitali essenziali. Di particolare rilievo è la tendenza a ricorrere ampiamente all'art. 114 TFUE al fine di aumentare la sicurezza della rete e dei servizi informativi. Al momento sembra che sul rafforzamento della sovranità tecnologica europea ci sia un'ampia convergenza tra Commissione, Consiglio e Parlamento. Se gli Stati membri non contesteranno davanti alla Corte di giustizia le misure proposte dalla Commissione per aumentare il livello di cyber sicurezza potremmo dire che stiamo effettivamente assistendo ad un'erosione della sovranità statale e ad un rafforzamento della sovranità tecnologica europea. Tuttavia, ci potrebbero essere Paesi interessati a contestare l'ampio ricorso all'art. 114 TFUE rivolgendosi alla Corte di giustizia per chiedere l'annullamento delle misure fondate su tale disposizione; ciò metterebbe a rischio le norme che l'Unione adotterà nei prossimi anni sulla base di tale fondamento normativo per potenziare la sovranità tecnologica europea. Staremo a vedere quali dei due scenari si realizzerà.

<sup>41</sup> Sentenza *Regno Unito/Parlamento e Consiglio*, causa C-66/04, sopra citata, punto 44; sentenza *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, causa C-270/12, sopra citata, punto 113.



LE “DIMENSIONI” DELLA REGOLAZIONE DELL’INTELLIGENZA  
ARTIFICIALE NELLA PROPOSTA DI REGOLAMENTO  
DELLA COMMISSIONE

**Cristina Schepisi\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La dimensione europea e il bilanciamento *ex ante* delle esigenze del mercato con la tutela dei diritti. – 3. Il bilanciamento tra i diritti. – 4. La dimensione oggettiva e soggettiva del rischio – 5. La dimensione individuale e collettiva. – 6. La dimensione pubblica in rapporto a quella privata. – 7. Profili conclusivi: la dimensione europea ed internazionale.

1. La regolazione dell’intelligenza artificiale è un tema che occupa il dibattito europeo da alcuni anni. I sistemi che usano tale tecnologia consentono innegabili benefici, sia economici che sociali ma dall’altro possono, come noto, comportare rischi, anche molto elevati, di lesione dei diritti fondamentali, della *rule of law* e dei principi democratici. L’opacità, la complessità, la dipendenza dai dati, il comportamento autonomo sono tutte caratteristiche dei sistemi di IA che possono incidere negativamente su una serie di diritti protetti dalla Carta europea<sup>1</sup>.

Come regolare l’intelligenza artificiale senza imbrigliare l’innovazione e garantendo al contempo un’elevata tutela dei diritti fondamentali? Tale domanda non ha una risposta unitaria a livello globale sia perché la stessa definizione di ‘sistema di intelligenza artificiale’ non è univoca<sup>2</sup>, sia perché di-

\* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università di Napoli Parthenope.

<sup>1</sup> V. punto 3.5, della relazione alla proposta di regolazione dell’IA p. 13; la comunicazione della Commissione “Creare fiducia nell’intelligenza artificiale antropocentrica” (COM(2019) 168 final); la risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell’intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate 2020/2012(INL). La Commissione ha istituito infatti un Gruppo di esperti ad alto livello sull’intelligenza artificiale, che ha adottato degli Orientamenti etici per un’IA affidabile, 8 aprile 2019 suggerendo il rispetto di sette requisiti fondamentali: intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, riservatezza e *governance* dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale, e *accountability*.

<sup>2</sup> Secondo la definizione contenuta nell’art. 1 della proposta “sistema di intelligenza artificiale” (sistema di IA): un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell’allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall’uomo, ge-

pende dalla tensione tra i diversi valori che ogni ordinamento ha al proprio interno e dunque da un differente bilanciamento tra le esigenze del mercato e dello sviluppo tecnologico, da un lato, e la tutela dei diritti, dall'altro.

A seconda dei contesti e degli ordinamenti le opzioni in campo sono dunque svariate. Esse vanno dalla *self regulation*, giudicata in alcuni ambiti, nazionali ed internazionali, inadeguata nel caso di applicazioni particolarmente rischiose per i diritti fondamentali, alla *soft regulation* – basata su raccomandazioni e indicazione di *best practices* – fino ad arrivare a proposte di *hard regulation*.

Quest'ultima è la strada scelta dall'Unione europea<sup>3</sup>. La Commissione ha infatti proposto, il 21 aprile 2021<sup>4</sup>, l'adozione di un regolamento sulla base giuridica dell'art. 114 TFUE, con l'obiettivo di introdurre, in capo a coloro i quali producono, mettono in servizio o usano sistemi di intelligenza artificiale, divieti, obblighi ed adempimenti procedurali, calibrati sul diverso livello rischio di lesione che tali sistemi sono suscettibili di produrre per i diritti fondamentali.

Sulla base di tale proposta<sup>5</sup> sono vietati i sistemi che comportano un rischio inaccettabile e dunque i sistemi che usano tecniche subliminali e manipolatorie, che attribuiscono un punteggio sociale nella misura in cui siano uti-

nerare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono”.

<sup>3</sup> Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia, 19 febbraio 2020, COM(2020) 65 final. Si veda anche il Report *Getting the future right – Artificial intelligence and Fundamental rights* – FRA – European Union Agency for Fundamental Rights (dicembre 2020), secondo la quale: “A wider range of rights need to be considered when using AI, depending on the technology and area of use. In addition to rights concerning privacy and data protection, equality and non-discrimination, and access to justice, other rights could be considered. These include, for example, human dignity, the right to social security and social assistance, the right to good administration (mostly relevant for the public sector) and consumer protection (particularly important for businesses). Depending on the context of the AI use, any other right protected in the Charter needs consideration” (p. 7); nonché la relazione del PE sull'intelligenza artificiale nell'istruzione, nella cultura e nel settore audiovisivo 2020/2017 (INI) A9-0127/2021; e le Conclusioni della presidenza del Consiglio dell'Unione *The Charter of Fundamental rights in the context of Artificial Intelligence and Digital Change* – 21 ottobre 2020 1148/20.

<sup>4</sup> Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021)206 def., 21 aprile 2021.

<sup>5</sup> Art. 5.

lizzati dalle pubbliche autorità, i sistemi di riconoscimento biometrico in *real time*, con eccezioni di taluni casi particolari<sup>6</sup>.

I sistemi ad alto rischio sono invece definiti dall'art. 6 (prodotti o componenti di sicurezza di prodotti) e includono tutti i sistemi indicati nell'Allegato III: la gestione e funzionamento delle infrastrutture critiche, l'istruzione e formazione professionale, l'occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo; l'accesso a prestazioni e servizi pubblici e a servizi privati essenziali; i servizi di emergenza di primo soccorso compresi vigili del fuoco, le applicazioni utilizzate per le attività di contrasto, la gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere, l'amministrazione della giustizia e processi democratici<sup>7</sup>.

Per tali sistemi, il Capo 2 del regolamento impone una numerosa serie di requisiti (accuratezza, robustezza e cibersicurezza<sup>8</sup>; gestione di rischi; *governance* dei dati; trasparenza e informazioni; conservazione delle registrazioni; ecc.<sup>9</sup>), obblighi in capo ai fornitori distributori e utilizzatori (gestione della qualità, certificazioni, trasparenza)<sup>10</sup> e controllo da parte delle autorità nazionali<sup>11</sup>. L'art. 14 richiede inoltre che sia comunque sempre assicurato il controllo umano e che un sistema ad alto rischio possa essere vietato qualora comporti, all'esito di una verifica, rischi non prevedibili o non controllabili.

Sono invece soggetti solo ad un obbligo di trasparenza e informazione i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche come ad esempio i sistemi per il riconoscimento delle emozioni di una persona o categorizzazione biometrica e i sistemi che generano o manipolano immagini o contenu-

<sup>6</sup> Le eccezioni sono le seguenti: i) la ricerca mirata di potenziali vittime specifiche di reato, compresi i minori scomparsi; ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico; iii) il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio punibile nello Stato membro interessato con una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima di almeno tre anni, come stabilito dalla legge di tale Stato membro.

<sup>7</sup> Sulla regolazione dell'IA nell'ambito della pubblica amministrazione si rinvia a E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni: prove generali*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *La rivoluzione dell'intelligenza artificiale: profili giuridici*, Bologna, 2022.

<sup>8</sup> Art. 15.

<sup>9</sup> Artt. da 9 a 16.

<sup>10</sup> Artt. da 16 a 29.

<sup>11</sup> Art. 59 ss. V. la struttura di Governance, art. 56 ss.

ti audio o video e che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri per una persona (“deep fake”)<sup>12</sup>.

Il presente contributo non intende esaminare nel dettaglio il contenuto della proposta, che è ancora in discussione<sup>13</sup>, né ripercorre l’iter della sua adozione. L’obiettivo è invece quello di svolgere alcune brevi riflessioni sulle varie ‘dimensioni’ che caratterizzano la regolazione dell’IA con particolare riferimento alla proposta della Commissione europea. Tali diverse dimensioni spiegano le ragioni dell’opzione regolatoria adottata e delle soluzioni prospettate. Nel rispecchiare le nuove sfide che l’Unione si è posta sia nello sviluppo del mercato che nell’ambito della tutela dei diritti fondamentali, esse evidenziano la complessità dell’approccio adottato e aprono nuovi scenari specie in riferimento al ruolo dei singoli attori (operatori privati, pubbliche autorità, legislatori) e alle modalità della tutela dei diritti fondamentali e del loro reciproco bilanciamento.

2. Una prima dimensione è proprio quella europea. Regolare l’intelligenza artificiale a livello di Unione evita innanzitutto la frammentazione del mercato interno e pertanto giustifica, agli occhi della Commissione, la scelta dell’art. 114 TFUE come base giuridica per l’adozione del futuro atto normativo<sup>14</sup>. Se ciascuno Stato – anche in nome di esigenze più che legit-

<sup>12</sup> Art. 52.

<sup>13</sup> Per alcuni commenti, *ex multis*, A. ADINOLFI, *L’Unione europea dinanzi allo sviluppo dell’intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europea tra mercato unico digitale e tutela dei diritti fondamentali*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 13 ss.; IDEM, *L’intelligenza artificiale tra rischi di violazione dei diritti fondamentali e sostegno alla loro promozione: brevi considerazioni sulla (difficile) costruzione di un quadro normativo dell’Unione*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI, *op. cit.*; G. CONTALDI, *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale e la protezione di dati personali*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2022, p. 205 ss.; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 415 ss.; M. EBERS, *Standardizing AI - The Case of the European Commission’s Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in L. A. DI MATTEO, N. CANNARSA, C. PONCIBO (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge, 2021; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, F. PAOLUCCI, *La proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale: Verso una nuova governance europea, in Agenda Digitale, L’intelligenza artificiale made in Ue è davvero “umano-centrica”? I conflitti della proposta.*

<sup>14</sup> Per alcune riflessioni sulla correttezza della base giuridica prescelta, cfr. A. ADINOLFI, *L’intelligenza artificiale tra rischi di violazione*, cit.

time di tutela dei diritti – ponesse unilateralmente limiti e divieti all’uso di sistemi di intelligenza artificiale, ne deriverebbero evidenti restrizioni alla libera circolazione dei servizi e dei prodotti.

Si tenga inoltre in considerazione – come già accennato – la difficoltà di adottare una nozione unitaria di intelligenza artificiale, concetto questo che racchiude una molteplicità di tipologie e distinte applicazioni e che potrebbe dunque essere soggetto ad interpretazioni divergenti. E infatti anche la nozione indicata dalla proposta di regolamento è frutto di un lungo *iter* di modifiche e rimaneggiamenti<sup>15</sup> al fine di essere il più esaustiva possibile<sup>16</sup>: un sistema di IA dovrebbe consistere in un software sviluppato con una o più tecniche specifiche<sup>17</sup>, in grado di generare contenuti, previsioni, decisioni e può essere sia un prodotto che una componente di sicurezza di un prodotto<sup>18</sup>.

Al fine di evitare che i requisiti e le modalità di applicazione e controllo possano divergere tra i vari Stati membri, la Commissione propone un approccio unitario, diretto a regolare in maniera uniforme le differenti applicazioni di intelligenza artificiale a seconda del rischio, da basso a inaccettabile, che esse producono per i diritti fondamentali.

La scelta di procedere con una regolazione orizzontale ha dunque prevalso su quella di disciplinare verticalmente i diversi settori (o solo alcuni di essi, es. lavoro, sanità, istruzione, giurisdizione) nei quali i sistemi di intelligenza artificiale possono generare maggiore preoccupazione, o direttamente e singolarmente i diversi sistemi (prodotti, *machine learning*, *deep fake*, ecc.),

<sup>15</sup> V. il punto 7 della relazione illustrativa secondo cui “La nozione di sistema di IA dovrebbe essere definita in maniera chiara al fine di garantire la certezza del diritto, prevedendo nel contempo la flessibilità necessaria per agevolare i futuri sviluppi tecnologici”.

<sup>16</sup> La definizione è stata ritenuta da alcuni fin troppo ampia e suscettibile di questioni interpretative. Cfr. *Joint letter on the European Commission’s Proposal for an AI Act*.

<sup>17</sup> Secondo l’Allegato I “Tecniche e approcci di intelligenza artificiale di cui all’articolo 3, punto 1), tali tecniche consistono negli: a) Approcci di apprendimento automatico, compresi l’apprendimento supervisionato, l’apprendimento non supervisionato e l’apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un’ampia gamma di metodi, tra cui l’apprendimento profondo (*deep learning*); b) approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti; c) approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione”.

<sup>18</sup> Secondo la definizione contenuta nell’art. 1 della proposta il “sistema di intelligenza artificiale” è “un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell’allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall’uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono”.

approccio quest'ultimo che sarebbe risultato assai limitativo viste le molteplici applicazioni che un sistema di IA può avere nei vari settori e il diverso impatto che può produrre.

La proposta di regolazione dell'IA si struttura infatti in maniera trasversale, coinvolgendo a livello orizzontale qualunque settore, uso, operatore e sue dimensioni. I livelli di rischio, e i connessi divieti e obblighi procedurali, non sono infatti parametrati alle dimensioni del fornitore e/o della piattaforma digitale bensì alla tipologia di applicazione e/o all'uso a cui è destinata o, ancora al settore nell'ambito del quale viene utilizzata. L'opzione di adottare un regolamento, piuttosto che una direttiva, ricalca inoltre quella già effettuata con GDPR<sup>19</sup> nonché con le più recenti proposte del *Digital Markets Act*<sup>20</sup> e del *Digital Services Act*<sup>21</sup>.

La dimensione europea della regolazione dell'IA va tuttavia ben oltre ad una evidente esigenza di non frammentare il mercato, non esaurendosi affatto in essa.

Secondo quanto si legge nella relazione di accompagnamento della proposta l'obiettivo è innanzitutto quanto meno duplice e rimarca quanto già indicato anche nel Libro bianco<sup>22</sup>. L'interesse dell'Unione europea è da un lato quello di “preservare la leadership tecnologica dell'UE e assicurare che i cittadini europei possano beneficiare di nuove tecnologie sviluppate e operanti in conformità ai valori, ai diritti fondamentali e ai principi dell'Unione”<sup>23</sup>. Dall'altro è di basarsi “sui valori e sui diritti fondamentali dell'UE” e “dare alle persone e agli altri utenti la fiducia per adottare le soluzioni basate sull'IA, incoraggiando al contempo le imprese a svilupparle”.

<sup>19</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (GDPR).

<sup>20</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2020, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (DMA), COM(2020) 842 final.

<sup>21</sup> COM(2020) 845 final, 15 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (DSA) e che modifica la direttiva 2000/31/CE; Cfr. Da ultimo, G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI, *op. cit.*

<sup>22</sup> Libro bianco sull'intelligenza artificiale, cit.

<sup>23</sup> La presente proposta risponde altresì alle richieste esplicite del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, che hanno ripetutamente chiesto un intervento legislativo che assicuri il buon funzionamento del mercato interno per i sistemi di intelligenza artificiale (“sistemi di IA”), nel contesto del quale tanto i benefici quanto i rischi legati all'intelligenza artificiale siano adeguatamente affrontati a livello dell'Unione. Essa contribuisce all'obiettivo dell'Unione di essere un leader mondiale nello sviluppo di un'intelligenza artificiale sicura, affidabile ed etica, come dichiarato dal Consiglio europeo, e garantisce la tutela dei principi etici, come richiesto specificamente dal Parlamento europeo.

La relazione sembra inoltre precisare ancora meglio tale rapporto poiché l’accento non appare primariamente posto sul primo obiettivo, e cioè quello di regolare in maniera uniforme i requisiti tecnici dei sistemi di IA, tenendo *anche* conto dell’obiettivo di rispettare i diritti fondamentali. Al contrario, appare invece ben enfatizzato l’intento di eliminare o minimizzare i rischi per i diritti fondamentali, evitando l’introduzione di requisiti eccessivamente stringenti per le imprese. Dei due obiettivi previsti nel Libro bianco - “promuovere l’adozione dell’IA e affrontare i rischi associati a determinati utilizzi di tale tecnologia” - la proposta “mira ad attuare il secondo obiettivo al fine di sviluppare un ecosistema di fiducia proponendo un quadro giuridico per un’IA affidabile”. Infatti “L’IA dovrebbe rappresentare uno strumento per le persone e un fattore positivo per la società, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani”.

È la tutela dei diritti fondamentali a garantire un ecosistema di fiducia e a favorire pertanto lo sviluppo tecnologico ed affidabile dell’IA<sup>24</sup>.

A prescindere dall’effettiva realizzazione di tale auspicio e dalla rispondenza del contenuto della proposta agli obiettivi prefigurati, quel che certamente la proposta fa emergere è che la regolazione (del mercato, e cioè dei prodotti e servizi che hanno sistemi di IA) non avviene ‘nel rispetto dei’ diritti fondamentali, bensì ‘per’, o meglio, “attraverso” il prisma dei diritti fondamentali. È il differente diritto o il diverso livello di tutela dei diritti che guida un *risk based approach* consistente nell’imporre ai vari soggetti (utilizzatori, produttori, ecc.) divieti o obblighi tecnico-procedimentali, con gradazione diversa a seconda dei sistemi, dei settori e quindi dello standard di tutela considerato. Attraverso la “procedimentalizzazione” del rischio la tutela del diritto è incorporato *by design* nel sistema di IA.

<sup>24</sup> Secondo la Commissione “Le regole per l’IA disponibili sul mercato dell’Unione o che comunque interessano le persone nell’Unione dovrebbero pertanto essere incentrate sulle persone, affinché queste ultime possano confidare nel fatto che la tecnologia sia usata in modo sicuro e conforme alla legge, anche in termini di rispetto dei diritti fondamentali”. Gli obiettivi espressamente indicati dalla Commissione nella Relazione di accompagnamento alla proposta sono i seguenti: i) assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell’Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell’Unione; ii) assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l’innovazione nell’intelligenza artificiale; iii) migliorare la *governance* e l’applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; iv) facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili nonché prevenire la frammentazione del mercato”.

Tale approccio presuppone (e chiede) necessariamente che lo standard di tutela dei diritti fondamentali sia, nel rispetto della Carta europea, non solo elevato ma soprattutto *uniforme* nell'ordinamento dell'Unione.

Un ulteriore importante obiettivo della dimensione europea è dunque quello di non frammentare, oltre al mercato, la stessa tutela dei diritti, evitando che siano i singoli Stati membri a decidere un diverso *standard* di tutela dei diritti fondamentali nel contesto dell'IA, con il rischio di fughe in avanti di alcuni Stati (divieti assoluti di alcuni sistemi) e indietro di altri (immissione nel mercato di sistemi nocivi per la salute, la vita la dignità delle persone). E soprattutto con il rischio di coesistenza di distinti meccanismi di regolazione, *ex ante* o *ex post*, per singoli settori o addirittura assente (con un presumibile aumento degli interventi da parte delle Corti costituzionali nel caso di asserito contrasto delle regolazioni nazionali con i diritti fondamentali del proprio ordinamento<sup>25</sup>).

Va inoltre, e infatti, osservato che le questioni che giungerebbero alla Corte di giustizia non potrebbero essere dirette a vagliare la compatibilità di tali normative alla luce della Carta europea (la quale come noto si applica solo nell'ambito del Trattato e non estende le competenze dell'Unione). Sarebbero invece questioni presumibilmente poste per verificare la legittimità di restrizioni nazionali alla luce delle norme sulla libera circolazione dei servizi o delle merci<sup>26</sup>, nel consueto rapporto dunque di regola (le libertà di circolazione) ed eccezione (la tutela dei diritti fondamentali).

L'ulteriore effetto di un intervento legislativo europeo sarà dunque quello di lasciare mani libere ai giudici nazionali nell'utilizzo dello strumento dell'art. 267 TFUE e consentire alla Corte di giustizia di vagliare il nuovo strumento regolatorio alla luce della Carta europea dei diritti sulla quale peraltro esso stesso si fonda. Resterà ovviamente da vedere se la Carta europea sia sufficiente ad esprimere i nuovi "diritti digitali" (diritto al controllo umano, diritto alla trasparenza algoritmica, ecc.) o se vi sia necessità di un nuovo catalogo di diritti, come prevede la Commissione<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Biolaw journal*, 2019, p. 63 ss.

<sup>26</sup> Si pensi inoltre al ruolo che le Corti costituzionali (in primis quella italiana) potrebbero svolgere per vagliare la conformità di una normativa nazionale di regolazione sull'IA che al contempo violasse una norma costituzionale e un diritto protetto dalla Carta europea.

<sup>27</sup> Comunicazione della Commissione, relativa alla definizione di una Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali del 26 gennaio 2022 (COM(2022) 27 e COM(2022) 28; per commenti si rinvia a P. DE PASQUALE, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Osservatorio europeo DUE*, marzo 2022, p. 1 ss., nonché E. CELESTE, *Towards a European Declaration on Digital Rights and Principles: Guidelines for the Digital*

La finalità di tutela (anche) dei diritti fondamentali perseguita dalla proposta di regolazione dell'IA non scalfisce in ogni caso la bontà della scelta della base giuridica dell'art. 114 TFUE, peraltro arricchita dal riferimento anche all'art. 16 TFUE (che consente alle istituzioni di adottare atti a tutela dei dati personali). Resta fermo, infatti, il carattere strumentale dell'intervento rispetto all'obiettivo del mercato interno, né si sarebbero potute percorrere altre vie. L'art. 2 TUE, ad esempio, non legittima l'adozione di atti da parte delle istituzioni, mentre l'art. 19 TFUE oltre ad avere un profilo limitato al principio di non discriminazione non costituirebbe un'ideale base giuridica in ragione della procedura legislativa speciale prevista nella stessa norma<sup>28</sup>.

3. Il *risk based approach*, nell'evitare, in una dimensione europea, la frammentazione dei diritti oltre che del mercato, presuppone e valorizza un ulteriore elemento: e cioè che sia definita a monte la centralità di uno specifico diritto fondamentale, la sua irrinunciabilità o comunque la sua minore o maggiore rilevanza per un dato settore o per una data applicazione di IA.

Una delle premesse da cui infatti partire per comprendere le ragioni di un intervento regolatorio *ex ante*, è che in presenza di un diritto fondamentale della persona, il danno che può essere provocato da un uso non calibrato di tali applicazioni (o quanto meno di talune) è in alcuni casi talmente grave da *non* essere in alcun modo riparabile o compensabile *ex post*<sup>29</sup> (considerata peraltro anche l'estrema velocità con la quale si muove lo sviluppo delle nuove tecnologie).

Si pensi infatti ai danni che possono coinvolgere l'integrità fisica (si pensi ad esempio al caso classico delle auto a guida autonoma o alle diagnosi mediche errate o a prodotti difettosi e pericolosi) o psichica di una persona (manipolazioni, valutazioni errate, amministrative o giudiziarie, gravi discriminazioni sulla base dell'appartenenza ad una determinata etnia, mancato beneficio di servizi essenziali, lesione della privacy, *bias* cognitivi).

*Decade*, in *dcubrexitinstitute.eu*, 7 February 2022).

<sup>28</sup> In questo senso cfr. A. ADINOLFI, *L'intelligenza artificiale tra rischi di violazione*, cit.

<sup>29</sup> In tal senso anche C. REED, *How should we regulate artificial intelligence?*, in *Phil. Trans. R. Soc A* 376, 2018; P. NIEMITZ *Constitutional Democracy and Technology in the age of Artificial Intelligence*, *ivi*, 2018. V. anche il report *Need for democratic governance of artificial intelligence* 24 September 2020 (Parliamentary Assembly, Council of Europe); e il report *CAHAI(2020)23 Ad hoc Committee on artificial intelligence*, cit.

La prevenzione del danno corrisponde del resto ad un principio generalmente riconosciuto sia a livello nazionale che internazionale, come infatti dimostra il richiamo che ne fa, nel contesto della regolazione dell'IA, il Consiglio d'Europa<sup>30</sup>. Anche la Relazione alla proposta spiega che “Gli obblighi di prova *ex ante*, di gestione dei rischi e di sorveglianza umana faciliteranno altresì il rispetto di altri diritti fondamentali, riducendo al minimo il rischio di decisioni errate o distorte assistite dall'IA in settori critici quali l'istruzione e la formazione, l'occupazione, servizi importanti, le attività di contrasto e il sistema giudiziario. Nel caso in cui si verificano comunque violazioni dei diritti fondamentali, un ricorso efficace a favore delle persone lese sarà reso possibile assicurando la trasparenza e la tracciabilità dei sistemi di IA unitamente a rigidi controlli *ex post*”<sup>31</sup>.

L'identificazione *ex ante* dei diritti che in un dato ordinamento sono considerati inviolabili e non riparabili rispetto ad altri che possono essere considerati ‘cedevoli’ è un'operazione ovviamente indispensabile con riferimento ai sistemi che sono considerati con un rischio inaccettabile e dunque vietati. Come più volte ripetuto nei Considerando della proposta, la dignità della persona, la vita e la salute sono nel diritto dell'Unione europea, considerati irrinunciabili rispetto ad altre esigenze, siano esse di carattere economico, sociale o anche di protezione di altri diritti.

Dall'esame del contenuto della proposta, il *risk based approach* conduce tuttavia anche un altro tipo di operazione, non limitato ad un bilanciamento tra il diritto fondamentale e lo sviluppo dell'IA. Poiché i sistemi di IA possono invece anche dare un notevole contributo alla stessa tutela e rafforzamento dei diritti<sup>32</sup> (si pensi all'uso di tale tecnologia per le diagnosi sanitarie<sup>33</sup> o

<sup>30</sup> Report CAHAI(2020)23 *Ad hoc Committee on artificial intelligence*, cit.: “The prevention of harm is a fundamental principle that should be upheld, in both the individual and collective dimension, especially when such harm concerns the negative impact on human rights, democracy and the rule of law. The physical and mental integrity of human beings must be adequately protected, with additional safeguards for persons and groups who are more vulnerable. Particular attention must also be paid to situations where the use of AI systems can cause or exacerbate adverse impacts due to asymmetries of power or information, such as between employers and employees, businesses and consumers or governments and citizens”.

<sup>31</sup> Punto 3.5., p. 13. Il punto segue precisando che “Nel caso in cui si verificano comunque violazioni dei diritti fondamentali, un ricorso efficace a favore delle persone lese sarà reso possibile assicurando la trasparenza e la tracciabilità dei sistemi di IA unitamente a rigidi controlli *ex post*”.

<sup>32</sup> Si veda quanto espresso nella Relazione alla Proposta di regolazione dell'IA: “Definendo una serie di requisiti per un'IA affidabile e di obblighi proporzionati per tutti i partecipanti alla catena del valore, la presente proposta migliorerà e promuoverà la protezione dei

per la ricerca di persone scomparse o semplicemente per una maggiore trasparenza nelle selezioni, nell'adozione di decisioni amministrative o giurisdizionali, ecc.), la valutazione che il rischio che tali sistemi possono produrre per altri diritti fondamentali può essere bilanciato con i benefici che è in grado di generare per gli stessi diritti

Ai fini dell'immissione nel mercato o dell'uso di un sistema di IA la valutazione del connesso rischio di violazione di un diritto fondamentale va dunque svolta, in taluni casi, mediante il bilanciamento tra più diritti fondamentali e non tra i diritti, da un lato, e le esigenze del mercato.

Poiché la prevalenza di un diritto sull'altro dipende, anche in tal caso, dal rilievo che un dato ordinamento attribuisce ad un determinato diritto, la proposta rispecchia evidentemente le caratteristiche e specificità dell'ordinamento europeo.

Solo per fare un esempio, il rischio inaccettabile che pone un sistema di riconoscimento biometrico *in real time* da parte delle autorità pubbliche a fini di contrasto (e quindi il suo divieto) e la definizione comunque ad alto rischio di tale sistema se 'a posteriori', esprime la scelta di dare priorità al diritto fondamentale della vita privata e della tutela dei dati personali (di qui la base giuridica anche dell'art. 16 TFUE oltre che dell'art. 114 TFUE) rispetto al diritto alla sicurezza, che potrebbe essere garantito da una generale attività di sorveglianza di massa per fini di contrasto del crimine. La Corte ha già infatti stigmatizzato, come contrarie al diritto dell'Unione e alla Carta dei diritti, le attività di raccolta e la conservazione generalizzata e indifferenziata di dati personali per finalità di sicurezza nazionale<sup>34</sup>.

diritti tutelati dalla Carta: il diritto alla dignità umana (articolo 1), al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati di carattere personale (articoli 7 e 8), alla non discriminazione (articolo 21) e alla parità tra donne e uomini (articolo 23). Essa mira a prevenire un effetto dissuasivo sui diritti alla libertà di espressione (articolo 11) e alla libertà di riunione (articolo 12), nonché ad assicurare la tutela del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa (articoli 47 e 48), così come il principio generale di buona amministrazione. La presente proposta inciderà inoltre positivamente, secondo quanto applicabile in determinati settori, sui diritti di una serie di gruppi speciali, quali i diritti dei lavoratori a condizioni di lavoro giuste ed eque (articolo 31), un livello elevato di protezione dei consumatori (articolo 38), i diritti del minore (articolo 24) e l'inserimento delle persone con disabilità (articolo 26). Rilevante è anche il diritto a un livello elevato di tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità (articolo 37), anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone".

<sup>33</sup> Per alcuni spunti, cfr. in dottrina, C. DE COSTANZO, *Access to intensive care and Artificial Intelligence. A Constitutional Perspective*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 2, 2021, p. 494 ss.

<sup>34</sup> V. ad esempio, sentenza della Corte del 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-

Qualora però il sistema sia finalizzato alla ricerca *mirata* di potenziali vittime di reato, compresi i minori scomparsi, alla prevenzione di minacce di attacchi terroristici o all'azione penale di cui alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio<sup>35</sup>, il diritto alla vita privata e alla tutela dei dati personali (ed anche alla dignità) cede invece dinanzi a minacce all'integrità fisica delle persone. Conformemente a consolidati orientamenti, la compressione di tale diritto è dunque giustificata solo quando strettamente indispensabile al perseguimento di un obiettivo legittimo (quale può essere la vita e la sicurezza di altre persone) e limitata nel tempo<sup>36</sup>.

Non mancano tuttavia alcune criticità nel testo della proposta. Ci si chiede ad esempio come mai l'uso di sistemi di *deep fake*, che il Parlamento europeo aveva consigliato di limitare al massimo in quanto altamente lesivi (della dignità, del diritto all'informazione)<sup>37</sup>, siano invece considerati sistemi

512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net French Data Network Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs*, e causa C-623/17, *Privacy International*, concernenti il trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

<sup>35</sup> Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

<sup>36</sup> Si veda anche la posizione del Parlamento europeo e il comunicato del 22 marzo 2022 secondo cui "The draft text also stresses that AI technologies could pose crucial ethical and legal questions. It highlights the challenge of reaching a consensus within the global community on minimum standards for the responsible use of AI, and concerns about military research and technological developments into lethal autonomous weapon systems. MEPs say that certain AI technologies enable the automation of information processing to an unprecedented scale. This paves the way for mass surveillance and other unlawful interference and poses a threat to fundamental rights, in particular the rights to privacy and data protection. Authoritarian regimes apply AI systems to control, exert mass surveillance and rank their citizens, or restrict freedom of movement. Dominant tech platforms use them to obtain more information on a person. Such profiling poses risks to democratic systems as well as to the safeguarding of fundamental rights, say MEPs".

<sup>37</sup> V. la risoluzione del Parlamento europeo, del 20 gennaio 2021, sull'intelligenza artificiale: questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale (2020/2013(INI)). Al punto 76, il Parlamento "esprime profonda preoccupazione per le tecnologie di *deepfake*, che consentono di produrre foto, audio e video falsificati sempre più realistici che potrebbero essere utilizzati per compiere ricatti, creare notizie false o minare la fiducia dei cittadini e influenzare il dibattito pubblico; ritiene che tali pratiche siano in grado di destabilizzare paesi, diffondere la disinformazione e influenzare le consultazioni elettorali; chiede pertanto l'introduzione di un obbligo in base al quale tutti i materiali *deepfake* o altri video artificiali realizzati in modo realistico debbano essere etichettati come "non originali" dal loro creatore, con severi limiti al loro utilizzo a

a rischio lieve, soggetti dunque ad un obbligo informativo<sup>38</sup>. Per di più tale obbligo cadrebbe non solo qualora l’uso sia autorizzato dalla legge per accertare, prevenire, indagare e perseguire reati, ma anche quando sia *necessario per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e del diritto alla libertà delle arti e delle scienze garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE, e fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi*. A differenza, pertanto, di altri sistemi indicati sempre dall’art. 52 (i sistemi che interagiscono con le persone – i c.d. *chatbot* – i sistemi di riconoscimento delle emozioni e quelli di categorizzazione biometrica) in riferimento ai quali la deroga all’obbligo informativo è prevista solo (e più correttamente) nei casi autorizzati dalla legge per accertare, prevenire, indagare e perseguire reati, nel caso dei *deepfake* la libertà di espressione (e la libertà delle arti e scienze) prevale dunque, secondo una valutazione *ex ante*, sugli altri diritti considerati dalla norma. Tale previsione, tuttavia, appare stridere con la centralità riservata dall’Unione al diritto alla dignità della persona e alla protezione dei diritti democratici<sup>39</sup>, e con l’approccio adottato recentemente in altri contesti paralleli (come, ad esempio, nell’ambito del *Digital Services Act*<sup>40</sup>).

fini elettorali, e che tale obbligo sia applicato rigorosamente; chiede che siano svolte adeguate attività di ricerca in questo campo per garantire che le tecnologie di contrasto dei suddetti fenomeni siano al passo con gli utilizzi dolosi dell’IA”.

<sup>38</sup> Ai sensi dell’art. 52 “Per tali sistemi occorre solo rendere noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente”.

<sup>39</sup> V. anche la bozza di risoluzione del PE del novembre 2021; il PE “Illustrates that AI technologies could also help perpetrators by simplifying the use of very sophisticated cyberattacks, such as through AI-powered malware, identity theft using biometric data or adversarial AI that causes other AI systems to misinterpret input; points, in particular, to the rise in deepfakes, which already lead to doubts about the authenticity of all digital content, including genuinely authentic videos; warns that deepfakes could contribute to a broad climate of public mistrust in AI, as well as a deeper socio-political polarisation within our societies”. In linea generale l’approccio dell’Unione appare discostarsi da quello statunitense. Il primo, nel porre al centro la dignità della persona, porta ad esempio a ritenere cedevole la libertà di espressione e informazione se ciò comporta la diffusione di *hate speeches*, *fake news* attraverso le piattaforme digitali; il secondo, invece, ritiene che la libertà di espressione non possa in alcun modo essere limitata e censurata dal pubblico potere e si affida pertanto all’autoregolazione da parte delle stesse piattaforme.

<sup>40</sup> Il Parlamento europeo aveva ad esempio proposto un emendamento al considerando n. 63 (pubblicità nelle piattaforme), ritenendo fosse necessario l’etichettatura di “qualsiasi file video, audio o di altro tipo di cui sia nota l’origine *deepfake*”, unitamente all’inserimento di un nuovo art. 30 *bis*, secondo cui “Qualora una piattaforma online di dimensioni molto grandi si renda conto di contenuti *deepfake*, ossia di immagini o contenuti audio o video generati o manipolati che presentano una notevole somiglianza con persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi reali e che sono tali da falsamente apparire autentici o veritieri, il prestatore etichetta

Di criticità ve ne possono essere altre (come il divieto solo per le pubbliche autorità dell'utilizzo dei sistemi di punteggio sociale, o come il divieto dei sistemi che usano tecniche subliminali e manipolatorie solo in riferimento a specifici gruppi di età e solo qualora sia prevedibile che si produca un danno fisico o psicologico)<sup>41</sup>.

La proposta è in ogni caso ancora in discussione e potrebbe essere suscettibile di modifiche. Quel che tuttavia preme in tale sede evidenziare è che laddove la norma sia vaga e il margine sia sufficientemente ampio da consentire un bilanciamento *ex post* (eventualmente anche da parte della Corte di giustizia), ne verrebbe meno la certezza del diritto in termini di classificazione di un sistema come vietato o ad alto rischio e dunque l'efficacia dello stesso *risk based approach*. Al contrario, qualora la norma sia eccessivamente dettagliata, il bilanciamento tra i diritti già svolto *ex ante* rischia di non lasciare spazio a correzioni.

4. La complessità di un bilanciamento *ex ante* tra i vari diritti ed esigenze è ancor più tangibile in riferimento ad altro aspetto. Un elemento di riflessione da non tralasciare è infatti quello che attiene alla necessità di una valutazione *ex ante* del rischio di un sistema IA per i diritti fondamentali che sia il più possibile oggettiva.

In alcuni contesti tale elemento è sicuramente apprezzabile. Determinate applicazioni di IA sono vietate o considerate ad alto rischio in quanto *oggettivamente* dannose per i diritti fondamentali: l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto (art. 5, lett. a); l'immissione o utilizzo di un sistema di punteggio sociale (art. 5, lett. c); i sistemi destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di un prodotto o che siano essi stesso un prodotto (art. 6). In questi casi la proposta prescinde da una valutazione soggettiva o dalla reazione del potenziale interlocutore e l'operazione di classificazione appare dunque più semplice. Vale tuttavia la pena notare l'esistenza di deroghe ed eccezioni (es. nel caso già riferito delle eccezioni al divieto di sistemi di riconoscimento biometrico), o la limitazione della qualificazione di "alto rischio" a sistemi di IA qualora utilizzati nel settore privato<sup>42</sup>. Va inoltre ricordato che la proposta non include nel campo di applicazione del regola-

tali contenuti in modo da informare in maniera chiaramente visibile per il destinatario dei servizi che si tratta di contenuti non autentici".

<sup>41</sup> Art. 5.

<sup>42</sup> V. però, *infra*, par. 6.

mento i sistemi negli usi militari, nonostante la posizione assunta dal Parlamento europeo<sup>43</sup>.

Più delicata è la dimensione soggettiva. I sistemi di IA possono infatti interagire con l’uomo ed elaborare decisioni in maniera autonoma e vanno dai sistemi più semplici (*chatbot*) a quelli più elaborati che possono utilizzare tecniche subliminali e che possono distorcere il comportamento. Per questi tipi di sistemi, la regolazione *ex ante* rischia effettivamente di non valutare attentamente le diverse vulnerabilità o reazioni personali di distinti soggetti<sup>44</sup>.

In riferimento ai sistemi vietati, l’art. 5 tenta ad esempio di “oggettivizzare” fenomeni di rischio ancorando il concetto di vulnerabilità a particolari categorie (sistemi che sfruttano la minore età o disabilità fisica o mentale al fine di distorcerne il comportamento e in modo da provocare o poter provocare un danno) o alla tipologia della tecnica (es. la tecnica subliminale, che elimina la consapevolezza della persona ed è finalizzata a distorcere il comportamento)<sup>45</sup>. La norma non sarà di facile applicazione perché richiede, ai fini del divieto del sistema, che siano prospettabili tutti gli elementi indicati (la finalità di distorcere il comportamento, la non consapevolezza di essere soggetto ad una tecnica subliminale, la previsione di un danno, ecc.). Per altro verso, la norma esclude di fatto dal divieto i sistemi di IA, diversi dalle tecniche subliminali, che sfruttano le vulnerabilità soggettive di individui diversi dai minori o da coloro che sono affetti da disabilità fisica o psichica; così come resterebbero fuori le tecniche subliminali o quelle che sfruttano le vulnerabilità delle indicate categorie, qualora si ritenga *ex ante* che abbiano un’altra finalità o, sempre *ex ante*, non siano suscettibili di provocare un

<sup>43</sup> Dal regolamento sono espressamente escluse le applicazioni per uso militare. Il parlamento europeo aveva invece suggerito di vietarle a meno che non fosse assicurato un controllo umano. V. la risoluzione, del 20 gennaio 2021, sull’intelligenza artificiale: questioni relative all’interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l’UE interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all’autorità dello Stato al di fuori dell’ambito della giustizia penale 2020/2013(INI). V. anche la precedente risoluzione del 12 settembre 2018 sui sistemi d’arma autonomi 2018/2752 (RSP).

<sup>44</sup> V. anche la risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2021, sull’intelligenza artificiale nell’istruzione, nella cultura e nel settore audiovisivo, A9-0127/2021).

<sup>45</sup> Art. 5, par 1, lett. a): i sistemi di IA che “utilizzano tecniche subliminali senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona in modo che provochi o possa provocare a tale persona o ad altre persone un danno fisico o psicologico” e lett. b): i sistemi che “sfruttano la vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all’età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona in modo che provochi o possa provocare a tale persona o ad altre persone un danno fisico o psicologico”.

danno<sup>46</sup>. Non introducendo un divieto totale e oggettivo di tali sistemi, il rischio è dunque che la norma non offra una garanzia di certezza e precisione che invece la regolazione *ex ante* si propone di dare nel vietare o autorizzare un determinato sistema di IA.

5. La necessità di evitare *ex ante* la lesione di diritti fondamentali di primaria importanza (dignità, diritto alla privacy, ecc.), non può inoltre essere riguardata in una dimensione unicamente individuale, ma va anche letta in considerazione dell'interdipendenza dei diritti tra loro, del loro valore per la società nel suo complesso, e dunque della loro inscindibilità dalla tutela della *rule of law* e dei principi democratici di un determinato ordinamento<sup>47</sup>.

“*Human rights, democracy, and the rule of law are closely linked*”, così ricorda il report del Consiglio d'Europa *Artificial Intelligence, Human rights, democracy, and the Rule of Law* riprendendo a sua volta quanto ben sintetizzato nella Dichiarazione di Vienna del 1993 “*All human rights are universal, indivisible and interrelated*”<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> Una versione precedente della bozza prevedeva un'applicazione più estesa del divieto. La norma non faceva riferimento al danno fisico o psicologico ma semplicemente a uno “svantaggio”. Inoltre la “vulnerabilità” richiamata dalla lett. b) non era limitata solo ad alcune categorie di persone ma era intesa in termini generali; cfr. anche G. D'ACQUISTO, *Intelligenza artificiale, obiettivo regole privacy per renderla “umana”*, in *Agendadigitale*, 20 aprile 2021.

<sup>47</sup> V. anche l'*Explanatory memorandum*, allegato alla proposta di regolamento sull'IA, ove la Commissione che precisa “the same elements and techniques that power the socio-economic benefits of AI can also bring about new risks or negative consequences for individuals or the society (...) artificial intelligence may generate risks and cause harm to public interests and rights that are protected by Union law” (considerando 4).

<sup>48</sup> Council of Europe, June 2021 “Human rights, democracy, and the rule of law are closely linked. The capacity of legitimate governments to effectively safeguard human rights is predicated on the interdependence of robust and accountable democratic institutions, inclusive and transparent mechanisms of decision-making, and an independent and impartial judiciary that secures the rule of law. Most generally, human rights are the basic rights and freedoms that are possessed by every person in the world from cradle to grave and that preserve and protect the inviolable dignity of each individual regardless of their race, ethnicity, gender, age, sexual orientation, class, religion, disability status, language, nationality, or any other ascribed characteristic. These fundamental rights and freedoms create obligations that bind governments to respecting, protecting, and fulfilling human rights. In the absence of the fulfilment of these duties, individuals are entitled to legal remedies that allow for the redress of any human rights violations”.

E dunque, solo per fare qualche esempio<sup>49</sup>, quando è l’algoritmo a decidere come veicolare dati e notizie, è noto che l’impatto si produca sia sui diritti del singolo (corretta informazione) che sui principi democratici, influenzando i processi elettorali<sup>50</sup> o favorendo la creazione di nuovi modelli sociali e politici anche a causa della concentrazione di potere solo in alcune piattaforme digitali. Lo stesso dicasi per i sistemi di riconoscimento biometrico che possono condurre, oltre alla violazione della *privacy* o di dati personali, anche ad una sorveglianza di massa, con rischi di autoritarismo o assunzione di decisioni restrittive allo scopo di controllare le proteste o anche di prevederle (e quindi evitare che si svolgano). La mancanza di anonimato può inoltre scoraggiare i cittadini a una libera manifestazione del pensiero, a una partecipazione attiva nella società e ad esprimere opinioni e giudizi. Decisioni che vengano elaborate attraverso sistemi di IA possono minare sia il diritto del singolo a veder tutelati i propri interessi che i principi della *Rule of Law* nella misura in cui incidano sull’indipendenza del giudice<sup>51</sup>, così come sulla partecipazione ai processi di *decision making*, o sul buon andamento e trasparenza della pubblica amministrazione. Analisi predittive e le valutazioni da parte di enti creditizi, datori di lavoro o anche pubbliche autorità possono erodere i diritti civili e al contempo creare discriminazioni all’interno della società *targettizzando* gruppi di persone sulla base dell’età, etnia, lingua, ecc.

Si tenga peraltro presente che tali principi potrebbero essere violati anche nel caso in cui non si sia verificata una specifica lesione nel caso singolo.

<sup>49</sup> Si vedano in particolare e più diffusamente i report e gli studi del Consiglio d’Europa *Artificial Intelligence, Human rights, democracy, and the Rule of Law* (a Primer), June 2021; *Towards Regulation of AI systems* (December 2020); *Ad hoc Committee on artificial intelligence*, Feasibility Study, 17 December 2020 (CAHAI (2020) 23); *Study on the impact of Digital transformation on Democracy and good governance*, 26 July 2021.

<sup>50</sup> Sul punto si veda anche l’Opinion No. 974/2019, *European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Principles for a fundamental Rights-compliant Use of Digital Technologies in electoral Processes* – approved by Council of Democratic Elections at its 70th online meeting (10 December 2020) and adopted by the Venice Commission at its 125th online Plenary Session (11-12 December 2020).

<sup>51</sup> Sul punto v. anche la comunicazione della Commissione, del 2 dicembre 2020, *Digitalizzazione della giustizia nell’Unione europea. Un pacchetto di opportunità*, COM(2020) 710 final. In dottrina cfr. F. DONATI, *Intelligenza artificiale giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, p. 415 ss. Si ricorda inoltre *la Carta etica europea sull’uso dell’intelligenza artificiale nei sistemi giuridici e negli ambiti connessi*, del 3 dicembre 2018; cfr. al riguardo, tra gli altri, A. PAJNO, *L’uso dell’intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *Astrid Rassegna*, n. 18, 2021; M. LIBERTINI, M. R. MAUGERI, E. VINCENTI, *Giustizia predittiva e giurisdizione civile. Primi appunti*, in *Astrid Rassegna*, n. 16, 2021; U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell’intelligenza artificiale*, Torino, 2021.

L'erronea attribuzione di un beneficio sociale, a seguito di un funzionamento non corretto di un sistema di IA, a favore di un cittadino che non avrebbe i requisiti per ottenerlo, non viola nel caso specifico alcun diritto individuale ma lede certamente il principio del buon andamento dell'amministrazione<sup>52</sup>. Può inoltre accadere che non vi sia a livello individuale un'esatta percezione della lesione (o che la percezione sia addirittura assente) che invece ha rilievo se riguardata a livello collettivo. Si pensi alla sorveglianza di massa o alla disinformazione sulle piattaforme digitali.

Poiché la lesione che sistemi di intelligenza artificiale possono cagionare ai diritti fondamentali può essere particolarmente elevata e soprattutto in grado di minare direttamente i principi democratici e la *Rule of Law*, emerge dunque in maniera del tutto chiara la valutazione di rischio inaccettabile che presentano alcuni sistemi di IA in ragione dell'interesse pubblico sotteso<sup>53</sup>.

**6.** Come noto, ai diritti e libertà fondamentali della persona, nella sua individualità o collettività corrispondono generalmente una serie di obblighi di

<sup>52</sup> V. anche *Getting the Future – Artificial Intelligence and Fundamental rights*, cit., p. 28, il quale ad esempio precisa che “A public agency combatting hate crime uses an AI-based tool to detect online hate speech by analysing patterns of speech online. On the basis of the processing, the system determines which social groups are targeted. This helps law enforcement adopt measures to protect them before threats are realised. Although the tool aims to identify potential victims, rather than perpetrators, law enforcement can use the information generated by the system to ask social media providers for information on users to pursue criminal investigations” (p. 36).

<sup>53</sup> Il regolamento persegue una serie di motivi imperativi di interesse pubblico “quali un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali (considerando 1). L'intelligenza artificiale può nel contempo, a seconda delle circostanze relative alla sua applicazione e al suo utilizzo specifici, comportare rischi e pregiudicare gli interessi pubblici e i diritti tutelati dalla legislazione dell'Unione. Tale pregiudizio può essere sia materiale sia immateriale”. Sull'interesse pubblico nella regolazione dell'IA, sulla sua definizione, sui differenti approcci e soluzioni, anche nei diversi contesti in cui operano i sistemi di IA, cfr. in dottrina G. GANTZIAS, *Dynamics of Public Interest in Artificial Intelligence: 'Business Intelligence Culture' and Global Regulation in the Digital Era*, in S.H. PARK ET AL (eds.), *The Palgrave Handbook of Corporate Sustainability in the Digital Era*, Hellenic Open University, Patras Greece, 2021, p. 259 ss.; A. DIGNAM, *Artificial intelligence, tech corporate governance and the public interest regulatory response*, in *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2020, p. 37 ss., secondo cui “The biggest challenge lies not in identifying the problems with AI and its controllers but the public governance response”; N. ELKIN-KOREN, *Contesting algorithms: Restoring the public interest in content filtering by artificial intelligence*, in *Big Data and Society*, 2020, p. 1 ss.

rispetto e protezione che gravano sia su altri soggetti privati che sullo Stato<sup>54</sup>. Quanto appena esposto ci conduce pertanto ad un’ulteriore dimensione: quella pubblica in rapporto a quella privata.

Diversi appaiono i piani di coinvolgimento dello Stato e/o delle pubbliche autorità nell’ambito della regolazione dell’IA e sotto il profilo del diritto dell’Unione europea.

In primo luogo, anche gli Stati e le loro pubbliche autorità (ad esclusione di quelle di Stati terzi<sup>55</sup>) risultano essere soggetti destinatari del futuro regolamento.

Lo Stato è tuttavia un destinatario “qualificato”. Si osservi infatti che talune applicazioni di IA comportano infatti un rischio inaccettabile – e dunque sono vietate – proprio nella misura in cui siano utilizzate nel settore pubblico<sup>56</sup>. L’art. 5, par. 1, lett. c) vieta ad esempio l’immissione sul mercato, la messa in servizio o l’uso di sistemi di IA *da parte alle autorità pubbliche* (o per loro conto) finalizzate a valutare il comportamento sociale delle persone fisiche, o la classificazione della loro affidabilità, sulla base della loro personalità o di caratteristiche personali, e dunque all’attribuzione di un punteggio sociale<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Per alcuni spunti, *ex multis* A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. PAOLO PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI E P. SIRENA, *AI: profili giuridici Intelligenza artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Biodiritto*.

<sup>55</sup> Secondo l’art. 1 “il presente regolamento non dovrebbe applicarsi alle autorità pubbliche di un paese terzo e alle organizzazioni internazionali che agiscono nel quadro di accordi internazionali conclusi a livello nazionale o europeo per la cooperazione delle autorità giudiziarie e di contrasto con l’Unione o con i suoi Stati membri. Tali accordi sono stati conclusi bilateralmente tra Stati membri e paesi terzi o tra l’Unione europea, Europol e altre agenzie dell’UE e paesi terzi e organizzazioni internazionali”.

<sup>56</sup> V. anche il report FRA secondo cui “The White Paper on AI indicates the Commission’s preference for the possible new regulatory framework to follow a risk-based approach, in which mandatory requirements would, in principle, only apply to high-risk applications. These would be determined on the basis of two cumulative criteria: if it is employed in a sector, such as healthcare, transport or parts of the public sector, where significant risks can be expected to occur; and if it is used in a manner where significant risks are likely to arise” (p. 22). Lo stesso report sottolinea come alcuni settori sono particolarmente sensibili riguardo ai diritti fondamentali (social benefits, predictive policing, health services, and targeted advertising): “These areas are particularly sensitive as regards fundamental rights. Two cover mainly the public administration’s use of AI (social benefits allocation and predictive policing). The other two concern private companies (health services and targeted advertising)” (p. 26).

<sup>57</sup> E “il punteggio sociale così ottenuto comporti il verificarsi di uno o di entrambi i seguenti scenari: i) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone

Un ruolo molto marcato del settore pubblico emerge inoltre nell'ulteriore classificazione delle applicazioni ad alto rischio contenute nell'Allegato III, richiamato dall'art. 6, par. 2. La lista dei settori è lunghissima<sup>58</sup>, ma quel che è utile rilevare è che, anche in tal caso, la maggior parte dei sistemi considerati ad alto rischio sono quelli messi in servizio o utilizzati da pubbliche autorità (incluse autorità di contrasto e autorità giudiziarie) o per la prestazione di servizi pubblici<sup>59</sup>.

Tale approccio rimarca dunque la consapevolezza, da parte dei redattori della norma, di una particolare responsabilità della Stato e delle pubbliche autorità, in ragione degli interessi generali sottesi, e di una conseguente inaccettabilità del rischio che sistemi di IA, proprio in quanto utilizzati nell'ambito dei pubblici poteri, appaiono essere ancor più lesivi dei diritti fondamentali.

Ciò sia in ragione dell'obbligo generale che lo Stato ha di proteggere i singoli diritti fondamentali sia in considerazione del fatto che il rischio di danno che un sistema di IA può produrre coinvolge non solo i diritti individuali ma si ripercuote anche sui principi generali che la pubblica autorità e lo Stato in genere sono tenuti ad osservare e dunque investe interessi di natura collettiva. Si pensi ad esempio al buon andamento dell'amministrazione<sup>60</sup>, o all'obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE e art. 47 della Carta).

In secondo luogo, lo Stato è anche il garante della corretta applicazione e del rispetto della nuova disciplina. Sotto tale profilo il suo primo obbligo è quello di adottare prontamente eventuali misure che si ritengano indispensabili affinché il regolamento possa concretamente avere efficacia. La comples-

fische o di interi gruppi di persone fisiche in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; ii) un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche che sia ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla sua gravità”.

<sup>58</sup> La gestione e funzionamento delle infrastrutture critiche, l'istruzione e formazione professionale, l'occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo; l'accesso a prestazioni e servizi pubblici e a servizi privati essenziali; i servizi di emergenza di primo soccorso compresi vigili del fuoco, le applicazioni utilizzate per le attività di contrasto, la gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere, l'amministrazione della giustizia e processi democratici.

<sup>59</sup> Sulla regolazione dell'IA nell'ambito della pubblica amministrazione si rinvia a E. CHITI, B. MARCHETTI, N. RANGONE, *L'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nelle pubbliche amministrazioni: prove generali*, cit.

<sup>60</sup> V. anche *Getting the Future – Artificial Intelligence and Fundamental rights*, FRA report 2020, p. 81.

sità che a volte tali atti presentano (pensiamo anche al regolamento *privacy*) può rendere necessaria l'adozione di misure di integrazione, esecuzione, accompagnamento al fine di rendere concretamente operativo il suo funzionamento<sup>61</sup>. E questo è certamente anche il caso del regolamento sull'IA. Il riferimento maggiore è ovviamente alla predisposizione di una struttura di *governance* a livello nazionale, e all'effettività della funzione di controllo e di sanzione.

In terzo luogo, lo Stato ha un ruolo che trascende la proposta di regolazione dell'IA proprio in ragione della dimensione "collettiva" della tutela dei diritti fondamentali nella regolazione dell'IA, e in particolare della *Rule of Law* e dei principi democratici.

Particolare attenzione deve ad esempio rivolgersi all'obbligo di generale rispetto dei principi democratici, connessi all'uso di sistemi di IA, che discende dall'appartenenza al Consiglio d'Europa e all'Unione europea.

Riguardo al primo va innanzitutto segnalata l'intenzione di adottare una convenzione, proprio sotto lo specifico profilo della tutela dei principi democratici nel contesto dell'IA<sup>62</sup>. Ulteriori responsabilità possono poi in particolare discendere dalla CEDU. Benché la Corte europea di Strasburgo non si sia ancora pronunciata espressamente su questioni riguardanti nello specifico l'uso delle applicazioni di IA<sup>63</sup>, in alcune pronunce essa ha già stigmatizzato la violazione di diritti fondamentali (in particolare degli artt. 8, 10 e 14 CEDU) e dei principi democratici per profili connessi ad un utilizzo non ritenuto conforme (o all'abuso) degli algoritmi<sup>64</sup>, sia da parte delle stesse pubbliche autorità che da parte degli operatori privati.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte del 26 febbraio 2008, causa C-132/05, *Commissione c. Germania*; dell'11 febbraio 2001, causa C-403/98, *Monte Arcosu*.

<sup>62</sup> V. ad esempio risoluzione n. 2341 (2020), *Need for democratic governance of AI*, del 22 ottobre 2020;

<sup>63</sup> V. anche *Feasibility Study, "Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence"*- 17 December 2020, Council of Europe.

<sup>64</sup> I casi hanno riguardato la sorveglianza di massa (ECtHR, 13 September 2018, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, case referred to the Grand Chamber in February 2019; ECtHR, 19 June 2018, *Centrum För Rättvisa v. Sweden*, No. 35252/08 referred back to the Grand Chamber in February 2019 - hearing held on 10 July 2019); l'interferenza nei processi elettorali (ECtHR 23 January 2018, *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary*, case referred to the Grand Chamber in May 2018); la responsabilità editoriale delle piattaforme (ECtHR, 16 June 2015, *Delfi AS v. Estonia*); l'elaborazione da parte di pubbliche autorità di dati e informazioni attraverso sistemi statistici e tecniche per ottenere valutazioni in campo finanziario ed economico (ECtHR, 4 June 2019, *Sigurður Einarsson and Others v. Iceland*); l'abuso da parte di autorità pubbliche di sistemi di sorveglianza al fine di prevedere e prevenire la commissione di illeciti (ECtHR, 29 June 2006, *Weber and Saravia v. Germany*, No.

Sempre sulla base della CEDU, la responsabilità dello Stato va tuttavia oltre gli obblighi di sorveglianza, controllo, o attuazione della normativa. La Corte di Strasburgo ha, infatti, da lungo tempo precisato che gli obblighi che discendono per lo Stato dalla non si limitano a obbligazioni “in negativo” ma si estendono ad azioni “in positivo”<sup>65</sup>.

Poiché, ai fini della tutela dei principi democratici, il bilanciamento dei vari diritti in gioco non può essere delegato ad operatori privati – i quali infatti non hanno neppure un obbligo generale di sorveglianza<sup>66</sup> - è evidente che la regolazione privata, anche la più stringente, incontra un limite proprio nello stesso interesse pubblico sotteso alla sua introduzione<sup>67</sup>.

L’art. 10 della CEDU, che impone agli Stati di tutelare la libertà di espressione “senza interferenza da parte della pubblica autorità” implica che lo Stato non solo debba astenersi da interventi che limitino il pluralismo di informazione ma debba anche agire attivamente al fine di rimuovere gli ostacoli all’interno del proprio ordinamento<sup>68</sup>. Obblighi in positivo discendono inoltre ed evidentemente anche dall’art. 11 della Carta europea sui diritti, il quale, al par. 2 stabilisce che “il pluralismo dell’informazione è rispettato”<sup>69</sup>. Anche tale norma è formulata in negativo ma da lungo tempo la Corte di giustizia ne ha tratto un contenuto molto più esteso<sup>70</sup>, che include tutte le

54934/00).

<sup>65</sup> *Artificial Intelligence in the Audiovisual sector* – European Audiovisual Observatory (Council of Europe) 2020, p. 65 ss.

<sup>66</sup> Si veda la relazione introduttiva al *Digital Services Act* (p. 13), e il contenuto della proposta. V. anche sentenza della Corte del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland* (a proposito della ricerca attraverso sistemi algoritmici di contenuti lesivi o illeciti).

<sup>67</sup> Per alcune proposte, cfr. N. ELKIN-KOREN, *Contesting algorithms: Restoring the public interest in content filtering by artificial intelligence*, cit.

<sup>68</sup> La Corte EDU pur non giungendo ad occuparsi direttamente dell’uso algoritmico nell’informazione, da parte ad esempio dei *new media*, ha, in talune pronunce, ritenuto l’esistenza di un obbligo di garantire l’accesso imparziale ai *new media* (ECtHR, *Manole e.a. c. Moldova*, par. 100) o di adottare una solida legislazione amministrativa al fine di garantire il pluralismo nel settore audiovisivo (ECtHR, *Center Europa 7 Di Stefano c. Italy* (2021), No. 38433/09, para 134). Utili spunti derivano inoltre dalla raccomandazione del 2018 *sul pluralismo dei media del Consiglio d’Europa* (CM/Rec (2018)1).

<sup>69</sup> *Ex multis* B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *L’evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell’Unione europea e orientamenti giurisprudenziali*, in *rivista.eurojus.it*, 2019, p. 132 ss.

<sup>70</sup> Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Sacchi*; conclusioni dell’avvocato generale Poiras Maduro, del 12 settembre 2007, causa C-350/05, *Centro Europa 7*.

azioni che lo Stato è tenuto a svolgere, anche in adempimento di regole rivolte in contesti diversi, al fine di garantire e promuovere la diversificazione dei media, e dunque il pluralismo dell’informazione.

Ed è quanto si propone effettivamente l’Unione nel chiedere agli Stati membri interventi su più fronti a garanzia del pluralismo dell’informazione e, in particolare per controbilanciare i rischi che la digitalizzazione e l’uso di sistemi algoritmici può comportare<sup>71</sup>.

7. Un’ultima considerazione: poiché l’intelligenza artificiale si avvale di dati, di algoritmi e della rete, essa non può neppure essere regolata con successo a livello solo locale (nazionale, europeo, statunitense, cinese). L’esistenza di *big-tech* di dimensioni mondiali e la circolazione dei dati, personali e non personali, a livello globale è allo stesso tempo causa ed effetto dell’evidente interconnessione dei mercati e servizi digitali. E questo è un dato chiaramente noto.

Non è infatti un caso che proposte, programmi o semplicemente ipotesi di regolazione dell’intelligenza artificiale siano elaborate in numero crescente anche nell’ambito di organizzazioni internazionali (UNESCO, ONU, Consiglio d’Europa, UE). A seconda dei contesti queste ovviamente variano sia nei contenuti che negli strumenti proposti.

In ambito europeo i punti in comune tra Consiglio d’Europa e Unione europea sono ovviamente numerosi ponendosi entrambe le organizzazioni l’obiettivo di uno *standard* particolarmente elevato nella tutela dei diritti fondamentali, dei principi democratici e della *Rule of Law*<sup>72</sup>. Le finalità e le

<sup>71</sup> Comunicazione della Commissione sul piano per la Democrazia europea, 3 dicembre 2020, COM(2020) 790 final. Come ben illustrato dal *Democracy Action Plan*, tali strumenti sono di vario tipo ad includono anche interventi sia nei confronti degli Stati che delle imprese. Accanto a strumenti mirati che gli Stati dovrebbero adottare per ridurre il *digital divide* (e dunque ampliare l’accesso alle informazioni) la Commissione focalizza espressamente l’attenzione anche sul tema degli aiuti di Stato per la digitalizzazione dei *new media* ai fini di una maggiore offerta dell’informazione (v. anche la comunicazione della Commissione I media europei nel decennio digitale: un piano d’azione per sostenere la ripresa e la trasformazione, del 3 dicembre 2021 COM(2020) 784 final e la risoluzione del Parlamento europeo, del 19 maggio 2021, sull’intelligenza artificiale nell’istruzione, nella cultura e nel settore audiovisivo, A9-0127/2021); nonché per alcuni profili il report *Artificial Intelligence in the audiovisual sector*, cit. *Guiding template: Digitalisation of news media*.

<sup>72</sup> Report del Consiglio d’Europa *Artificial Intelligence, Human rights, democracy, and the Rule of Law*, June 2021; *Towards Regulation of AI systems* (December 2020); *Ad hoc Commit-*

modalità di intervento sono però evidentemente differenti. Mentre gli interlocutori del Consiglio d'Europa sono come noto solo gli Stati, l'Unione europea è in grado di rivolgersi direttamente a tutte le categorie di soggetti e/o operatori pubblici e privati (incluse dunque anche le piattaforme digitali).

La proposta presentata dalla Commissione, ancora migliorabile in alcune sue parti, rappresenta un progetto di ampia portata poiché investe in maniera trasversale tutti i settori e si fonda su un difficile e complesso bilanciamento tra le esigenze del mercato e la tutela dei diritti fondamentali, nonché tra gli stessi diritti. La sfida che l'Unione si pone non è solo quella di diventare leader mondiale nello sviluppo di un'intelligenza artificiale, ma anche quella di garantire un elevato *standard* di diritti fondamentali.

L'occasione è dunque quella di generare un nuovo "effetto Bruxelles"<sup>73</sup>, come già avvenuto per il regolamento *privacy* e che rivestirà particolare importanza proprio per la tutela o esportazione di principi democratici e della *Rule of Law*. Il fatto che via sia una condivisione tra i valori della proposta europea e quelli del Consiglio d'Europa faciliterà senz'altro tale compito. Ricordiamo infatti che quest'ultimo ha già preannunciato l'adozione di una convenzione, obbligatoria per gli Stati membri, per dare seguito alla risoluzione del 2020 il cui titolo ben sintetizza il suo auspicio: *Need for democratic governance of AI*<sup>74</sup>.

*tee on artificial intelligence, Feasibility Study, 17 December 2020 (CAHAI (2020) 23); Study on the impact of Digital transformation on Democracy and good governance, 26 July 2021; Artificial Intelligence in the audiovisual sector, European Audiovisual Observatory, 2020.*

<sup>73</sup> F. DONATI, *Verso una nuova regolazione delle piattaforme digitali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2, 2021, p. 238 ss.

<sup>74</sup> Risoluzione n. 2341 (2020), *Need for democratic governance of AI*, del 22 ottobre 2020. Tra le altre risoluzioni adottate v. risoluzione n. 2343 (2020), *Preventing discrimination caused by the use of artificial intelligence*, del 22 ottobre 2020; risoluzione n. 2345 (2020), *Artificial intelligence and labour markets: friends or foe?* del 22 ottobre 2020.

**Sessione III**  
**Tavola rotonda sul futuro dell'Europa, 5 novembre 2021**



LA REGOLAZIONE PRIVATA NEL SISTEMA COSTITUZIONALE  
DELL'UNIONE EUROPEA.  
RIFLESSIONI SULLA DISCIPLINA RELATIVA AL SETTORE  
DELL'INNOVAZIONE TECNOLOGICA\*

**Maria Eugenia Bartoloni\*\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro giuridico/costituzionale in cui collocare la regolazione privata: il sistema della delega dei poteri. – 2.1. La regolazione privata come “ulteriore” forma di delega di poteri. – 2.2. Le condizioni per il conferimento di una delega di poteri a soggetti privati. – 3. Il quadro concettuale per un inquadramento dei meccanismi regolatori privati: l'Accordo interistituzionale del 2003. – 3.1. L'autoregolazione. – 3.2. La coregolazione. – 4. Le variabili che condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi. – 4.1. L'autoregolazione nella prassi. – 4.2. La coregolazione nella prassi. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il ricorso alla regolazione privata<sup>1</sup>, nelle forme della auto- e coregolazione, rappresenta probabilmente una delle manifestazioni più significative di un fenomeno complesso conosciuto, oltre che nell'ambito dell'Unione europea, anche a livello nazionale<sup>2</sup>. Fenomeno che, per semplicità,

\* Il presente scritto è stato pubblicato in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2021, Speciale – Processi democratici e tecnologie digitali, p. 1331 ss.

\*\* Professore ordinario di diritto dell'Unione europea - Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

<sup>1</sup> Si può parlare anche di “approccio”, “processo” o “metodo” della regolazione privata.

<sup>2</sup> La letteratura che si è occupata del tema in relazione all'ordinamento dell'Unione europea è piuttosto nutrita. Oltre alla recente e interessante collettanea di M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *Private Regulation and Enforcement in the EU. Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective*, Oxford, New York, 2020, che tratta, sotto varie prospettive e approcci, il fenomeno di cui si sta parlando, v., tra studi meno recenti, C. SCOTT, F. CAFAGGI, L. SENDEN, *The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2011, p. 1 ss.; P. VERBRUGGEN, *Does Co-regulation Strengthen EU Legitimacy?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 425 ss. Sul piano interno v., per quanto riguarda l'ordinamento italiano, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, in part. p. 63 ss. che discute, con il consueto spirito critico, come la regolazione privata, tra gli altri motivi, metta in crisi il sistema delle fonti; v., inoltre, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001. Tra gli studi generali in tema di regolazione privata nella prospettiva *governance*/teoria generale v., tra gli altri, J. ZILLER, *Constitutional Boundaries to Self-Regulation: A Comparative Appraisal*, in F. CA-

può essere riassuntivamente (e forse inappropriatamente) qualificato come “*governance* o normazione alternativa”<sup>3</sup> e che si sostanzia nella partecipazione di soggetti privati a funzioni tradizionalmente prerogativa del potere pubblico: attraverso le modalità della auto- e co- regolazione, soggetti di diritto privato concorrono nell’esercizio di competenze proprie del legislatore, contribuendo a disciplinare situazioni giuridiche soggettive che spetterebbero, in principio, esclusivamente all’autorità pubblica<sup>4</sup>.

Le manifestazioni più note, almeno nell’ambito dell’UE, della regolazione privata possono essere rintracciate, a mo’ di esempio, nei codici di condotta, nelle linee guida (o *guidelines*), nelle buone pratiche, nei c.d. *standards*, cioè in misure che, *prima facie*, sono ascrivibili alla categoria degli atti di *soft law*<sup>5</sup> perché formalmente non vincolanti, ma non per questo prive della capacità di indirizzare la condotta di amministrazioni, cittadini, imprese. A queste si aggiunge tutta quella regolamentazione che, altrimenti denominata, viene, a seconda dei casi, promossa, riconosciuta o, addirittura, incorporata, con modalità e con effetti diversi, in atti di diritto derivato. Manifestazioni,

FAGGI (ed.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, The Hague, 2006, p. 147 ss.; J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, p. 24 ss.

<sup>3</sup> V., per questa definizione, tra gli altri, L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *Mapping Self- and Co-regulation Approaches in the EU Context. Explorative Study for the European Commission, DG Connect*, Utrecht University, RENFORCE, March 2015, disponibile all’indirizzo [www.eesc.europa.eu/en/documents/mapping-self-and-co-regulation-approaches-eu-context](http://www.eesc.europa.eu/en/documents/mapping-self-and-co-regulation-approaches-eu-context).

<sup>4</sup> V., pur in un contesto diverso, A. ROSANÒ, *La “privatizzazione” nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: tre esempi per una tendenza*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2020, p. 179 ss.

<sup>5</sup> V., ex multis, F. TERPAN, *Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EULaw*, in *European Law Journal*, 2015, p. 68 ss.; P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel diritto dell’Unione europea*, Torino, 2012; A. PETERS, *Typology, Utility and Legitimacy of European Soft Law*, in A. EPINEY, M. HAAG, A. HEINEMANN (eds.), *Die Herausforderung Von Grenzen / Le defi des frontieres / Challenging Boundaries: Festschrift fur Roland Bieber / Melanges en l’honneur de Roland Bieber / Essays in Honor of Roland Bieber*, Baden-Baden, 2007, p. 405 ss.; L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Portland, 2004; F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in D. MARTIN (ed.), *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel*, Dordrecht, 1994, p. 197 ss.; F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 1993, p. 19 ss.; K. C. WELLENS, G. M. BORCHARDT, *Soft Law in European Community Law*, in *European Law Review*, 1989, p. 267 ss.; v., inoltre, l’analisi bibliografica a cura di O. STEFAN e a., *EU Soft Law in the EU Legal Order: A Literature Review*, in *SoLaR Working Paper*, 2018, disponibile all’indirizzo [www.solar-network.eu](http://www.solar-network.eu).

dunque, assai eterogenee che non si prestano, in quanto tali, ad un inquadramento unitario<sup>6</sup>.

Ciò detto, conviene, innanzitutto, sfatare l'idea secondo cui l'esigenza di ricorrere a forme nuove di *governance* o a meccanismi di normazione alternativa si sia affermata, almeno nello spazio giuridico europeo, soltanto di recente. Le Istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, già ad inizio Duemila, avevano maturato un certo interesse nei confronti dei cd. metodi alternativi di normazione. È sufficiente fare riferimento al Libro bianco della Commissione sulla *Governance* europea del 2001<sup>7</sup> e al successivo Accordo interistituzionale del 2003<sup>8</sup> (che, in parte, ne ha recepito il contenuto) per cogliere una tendenza che, di lì ai successivi venti anni, diventerà, pur con tutte le sue contraddizioni, un obiettivo costantemente perseguito: quello di migliorare la qualità della legislazione europea e, insieme ad essa, le procedure decisionali, contribuendo a realizzare quegli obiettivi di razionalizzazione normativa che ruotano intorno alle proposte "*Better Regulation*" e "*Smart Regulation*"<sup>9</sup>. Cosa debba intendersi attraverso il riferimento a nozioni, quali *better* e *smart regulation*, non è facile da cogliere per le numerose implicazioni di carattere politologico e sociologico che queste recano<sup>10</sup>; è tuttavia intuibile, almeno nella sua accezione giuridica più immediata, a quale esigenza si faccia riferimento: "rinnovare il metodo comunitario adottando un'impostazione meno verticistica ed integrando in modo più efficace i mezzi di azione delle sue politiche con strumenti di tipo non legislativo"<sup>11</sup>. L'idea, dunque, è quella di migliorare la qualità della legislazione, di accelerare i procedimenti normativi, attraverso l'utilizzo di meccanismi flessibili al fine di realizzare uno spazio normativo in cui strumenti di regolazione differenti

<sup>6</sup> Estremamente efficace K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, p. 375: "Private Regulation' must be understood as a rather elusive umbrella concept, which, in principle, may encompass a whole universe of different regulatory practices, ranging from forms of purely autonomous self-regulation by private constituencies to all kinds of 'semi-private', 'collaborative' or 'hybrid' regulatory and enforcement mechanisms" (p. 376).

<sup>7</sup> COM(2001) 428 def, del 25 luglio 2001, comunicazione.

<sup>8</sup> Progetto interistituzionale, del 16 dicembre 2003, *Legiferare meglio*.

<sup>9</sup> V., riguardo ai due programmi, COM(2006) 289 final, del 13 giugno 2006, relazione della Commissione; COM(2010) 543 final, dell'8 ottobre 2010, comunicazione.

<sup>10</sup> S. BORRÁS, T. CONZELMANN, *Democracy, Legitimacy and Soft Modes of Governance in the EU: The Empirical Turn*, in *Journal of European Integration*, 2007, p. 531 ss.

<sup>11</sup> COM(2001) 428 def, cit.

siano integrati ed in cui soggetti diversi dal legislatore siano pienamente coinvolti nel procedimento decisionale<sup>12</sup>. In sintesi, l'idea è che lo "spazio regolatorio" non sia governato esclusivamente dal legislatore, ma piuttosto sia occupato e condiviso da attori pubblici e privati.

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, questo complessivo fenomeno sta manifestando implicazioni significative, essenzialmente per due ordini di motivi. Innanzitutto, la regolazione privata, pur utilizzata nel contesto di differenti settori materiali (come, ad es., quello della sicurezza alimentare, dell'*advertising*, della politica ambientale, della politica sociale, ecc.)<sup>13</sup>, di recente si sta affermando soprattutto nella disciplina delle nuove tecnologie. Poiché la disciplina di settori relativi all'innovazione tecnologica esige un grado di *expertise* e competenze tecniche possedute essenzialmente da quegli stessi soggetti privati che devono essere regolati, si ritiene che una regolazione efficace non possa prescindere dal loro coinvolgimento<sup>14</sup>. Ne è una riprova il cospicuo numero di atti di diritto derivato che, pur con modalità e forme diverse, coinvolge la sfera privata nella disciplina del settore dell'innovazione tecnologica o di ambiti "tecnologicamente sensibili"<sup>15</sup>. Non

<sup>12</sup> V. A. ALEMANNI, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 382 ss.; P. VERBRUGGEN, *Private Regulation in EU Better Regulation. Past Performance and Future Promises*, in *European Journal of Law Reform*, 2017, p. 139.

<sup>13</sup> V. i complessivi contributi raccolti in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*

<sup>14</sup> OECD, *OECD Report on Regulatory Reform, Synthesis*, Paris, 1997, disponibile all'indirizzo [www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf](http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf); v., inoltre, A. MCHARG, *The Constitutional Dimension of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed.), *op. cit.*, p. 77 ss.; D. CHALMERS, *The Government and Citizenship of Self-Regulation*, in F. CAFAGGI (ed.), *op. cit.*, p. 163 ss.

<sup>15</sup> Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico; 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; regolamento (UE) 2019/881 del Parlamento europeo e del Consiglio, 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 ("regolamento sulla cibersicurezza"); direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale; direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni; 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; direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del

appare dunque irragionevole affermare che, in relazione a questi ambiti materiali, il ricorso massiccio a tecniche regolatorie alternative si stia imponendo come prassi consueta. Il secondo motivo è intimamente correlato a questo scenario: l'utilizzo ricorrente della regolazione privata pone la questione della sua conformità all'assetto costituzionale stabilito dai Trattati, *in primis* alle procedure decisionali che presiedono l'adozione degli atti, le quali, dal canto loro, sono volte a garantire la legittimità democratica all'interno dell'UE. La delega o, quantomeno, il riconoscimento di poteri regolatori, che spetterebbero per definizione all'autorità pubblica investita di legittimazione democratica, in capo a soggetti privati pone, senz'alcun dubbio, una questione di compatibilità con i Trattati istitutivi. Problemi che possono essere variamente declinati nei termini di mancanza di trasparenza e di certezza del diritto, di pregiudizio all'interesse pubblico, di abuso di potere, ecc.; problemi che, in ogni caso, toccano i caposaldi democratici dell'UE e sono idonei ad interferire con i principi di legalità e dello stato di diritto su cui l'Unione si fonda<sup>16</sup>.

Il presente contributo si prefigge di verificare se, e in quale misura, l'esigenza di ricorrere alla regolazione privata nella disciplina delle nuove tecnologie determini o meno un affievolimento del rispetto delle regole, di quelle in particolare che sovrintendono a garantire la legittimità dei processi

Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione); regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea; regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta; 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; direttiva (UE) 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione; regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno; direttiva 2013/37/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

<sup>16</sup> V. P. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 425 ss.; A. OGUS, *Rethinking Self-regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, p. 95 ss.; K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU's Competence Order*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, p. 377 ss.

decisionali. Lo scritto prenderà innanzitutto le mosse, in una prospettiva generale, dall'analisi dell'attuale quadro giuridico/costituzionale al fine di verificare, nell'ambito di un ordinamento fondato sul principio di attribuzione, la legittimità di eventuali deleghe di poteri regolamentari nei confronti di attori privati (par. 2). Sempre in un'ottica di carattere generale, dopo quello giuridico, si esaminerà l'ambito concettuale nel quale collocare la regolazione privata. Questa indagine sarà volta essenzialmente a definire le nozioni di autoregolazione e coregolazione e il loro rispettivo ambito d'applicazione alla luce, in particolare, dell'Accordo Interistituzionale del 2003 (par. 3). Dopo questo complessivo inquadramento generale e prevalentemente di carattere teorico, in una prospettiva parzialmente diversa, saranno esaminate variabili di differente natura che, nel loro reciproco interagire, condizionano i meccanismi regolatori privati nella prassi. Questa analisi consentirà di mettere in luce le varie modalità con cui, in via di fatto, si manifestano l'autoregolazione e la coregolazione nell'ambito del settore, pur eterogeneo, relativo all'innovazione tecnologica (par. 4) e di valutarne la conformità con l'assetto costituzionale dell'Unione (par. 5).

2. In termini strettamente giuridici, il ricorso ad uno spazio regolatorio "complementare" o "alternativo" a quello assegnato alla competenza normativa del legislatore dell'UE può essere inteso, a rigor di logica, soltanto come una "delega" di poteri. Poiché è ragionevole pensare che, in un ordinamento fondato sul principio di attribuzione, il legislatore possa delegare l'esercizio della sua competenza normativa solo nella misura in cui sia autorizzato dai Trattati<sup>17</sup>, è necessario verificare se questi ammettano, esplicitamente o implicitamente, siffatta possibilità.

Nell'attuale sistema dei Trattati, la delega dei poteri è regolata da due procedure che, pur da tempo conosciute nell'ambito dell'ordinamento UE, sono state soltanto di recente formalmente distinte: la procedura di delega (art. 290 TFUE), che potrebbe essere definita di carattere "sub-legislativo" e

<sup>17</sup> V. J. ZILLER, *op. cit.*, in part. p. 157; A. VON BOGDANDY, J. BAST, *The Federal Order of Competences*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, p. 278. V., inoltre, il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *Autoregolamentazione e coregolamentazione nel quadro legislativo dell'UE*, INT/754 Self-regulation and co-regulation, Bruxelles, 22 aprile 2015.

la procedura d'esecuzione degli atti (art. 291 TFUE) che introduce invece uno strumento di carattere "non legislativo"<sup>18</sup>. Nella procedura di delega, l'atto legislativo trasferisce alla Commissione un potere regolamentare volto ad integrare o modificare elementi non essenziali dell'atto di base. Dal canto suo, l'art. 291 TFUE disciplina l'esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti stabilendo che, laddove vi sia necessità di condizioni uniformi di esecuzione di tali atti, questi conferiscono competenze d'esecuzione alla Commissione. Nella pratica, non sempre può risultare chiara la distinzione tra la necessità di integrare elementi non essenziali di un atto legislativo, ricorrendo all'art. 290 TFUE, e quella di dargli esecuzione uniforme attraverso disposizioni di portata generale che, adottate ai sensi dell'art. 291 TFUE, ne definiscono in maniera più dettagliata il contenuto<sup>19</sup>.

In ogni caso, è invece chiaro che entrambi i meccanismi assoggettano la delega dei rispettivi poteri a condizioni di carattere sostanziale e procedurale assai rigorose e ad un altrettanto stringente sistema di controllo *ex ante* ed *ex post*. Sulla base della procedura stabilita dall'art. 290 TFUE, gli atti legislativi non solo "delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata della delega", ma conferiscono altresì al Parlamento e al Consiglio sia il potere di revocare la delega che di impedire, attraverso "obiezioni" che l'atto delegato entri in vigore<sup>20</sup>. In applicazione dell'art. 291 TFUE, l'esercizio della competenza d'esecuzione è invece soggetto al controllo degli Stati membri in applicazione del regolamento comitologia<sup>21</sup>. Quest'ultimo stabilisce infatti, attraverso le due differenti procedure consultiva e d'esame, le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio dei poteri d'esecuzione attribuiti alla Commissione.

Alla luce di quanto descritto, i Trattati hanno dunque stabilito, in termini piuttosto dettagliati, la complessiva cornice del sistema di delega delle

<sup>18</sup> V. T. CHRISTIANSEN, M. DOBBELS, *Non-Legislative Rule Making After the Lisbon Treaty: Implementing the New System of Comitology and Delegated Acts*, in *European Law Journal*, 2013, p. 42 ss.

<sup>19</sup> V. R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 221.

<sup>20</sup> V. art. 290, parr. 2 e 3, TFUE.

<sup>21</sup> V. regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione.

competenze, disciplinando in termini parimenti dettagliati le modalità del conferimento della delega e del suo esercizio. In questa articolata cornice, la delega di competenze nei confronti di attori privati – ad eccezione, forse, del cd. “dialogo fra le parti sociali a livello di Unione” ai sensi degli artt. 154 e 155 TFUE<sup>22</sup> – non trova invece alcuna disciplina. A fronte di questo silenzio e della centralità che ha acquisito nella prassi la regolazione privata è ragionevole chiedersi se, ed eventualmente in che misura, il sistema costituzionale dell’Unione acconsenta l’utilizzo di strumenti e modalità regolatori non previsti.

**2.1.** La giurisprudenza sembra fornire una risposta positiva a questo quesito: attraverso un approccio non formalistico, ma ispirato all’apertura e alla flessibilità, la Corte di giustizia – scardinando un sistema apparentemente chiuso – non sembra escludere forme di delega diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste dai Trattati<sup>23</sup>. Questo approccio, che si colloca nel solco tracciato da sentenze storiche come *Meroni* e *Romano*<sup>24</sup>, è stato inaugurato, come è noto, con la sentenza sul caso *ESMA*<sup>25</sup>, ed è culminato, per quanto ci interessa, con la sentenza *Elliott*<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> V., al riguardo, F. PENNING, *The Special Position of Agreements by Social Partners in EU Law*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, p. 37 ss.

<sup>23</sup> V. C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, Oxford, 2014, p. 201; L. ANKERSMIT, *The Legal Limits to ‘Agencification’ in the EU? Case C-270/12 UK v Parliament and Council (27 January 2014)*, disponibile all’indirizzo [europeanlawblog.eu/2014/01/27/the-legal-limits-to-agencification-in-the-eu-case-c-27012-uk-v-parliament-and-council/](http://europeanlawblog.eu/2014/01/27/the-legal-limits-to-agencification-in-the-eu-case-c-27012-uk-v-parliament-and-council/).

<sup>24</sup> V. sentenze della Corte del 13 giugno 1958, causa 9/56, *Meroni* e del 14 maggio 1981, causa 98/80, *Romano*. Nella causa *Meroni*, la Corte ha statuito che l’Alta Autorità era autorizzata a delegare i suoi poteri ad uno o più organismi esterni. Tuttavia, tale delega era soggetta alle limitazioni imposte dal Trattato CECA. La Corte ha ritenuto che l’Alta Autorità non potesse conferire ad un organismo delegato poteri diversi da quelli attribuiti all’Alta Autorità dal Trattato CECA (p. 37). Per esempio, le decisioni degli organismi di Bruxelles (enti privati di diritto belga) non erano soggette al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia ai sensi dell’articolo 33 CECA, mentre tale condizione si applicava agli atti giuridici dell’Alta Autorità (p. 40). Inoltre, la Corte ha sottolineato che la delega di poteri era legittima solo qualora fosse risultata necessaria per la realizzazione dei compiti dell’Alta Autorità. Qualsiasi delega di poteri poteva riferirsi soltanto a poteri esecutivi chiaramente definiti, l’esercizio dei quali doveva rimanere soggetto interamente alla vigilanza dell’Alta Autorità (p. 44).

<sup>25</sup> Sentenza della Corte del 22 gennaio 2014, causa C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio (ESMA)*.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte del 27 ottobre 2016, causa C-613/14, *Elliott*.

Nella sentenza sul caso *ESMA*, la Corte ha riconosciuto che il sistema instaurato dagli articoli 290 e 291 TFUE, che attribuisce poteri delegati e di esecuzione esclusivamente alla Commissione, non esclude che si possa “prevedere ulteriori sistemi di delega di poteri siffatti ad organi o ad organismi dell’Unione”<sup>27</sup>. Tuttavia, se in questa pronuncia le implicazioni che derivano dall’esistenza di un sistema di deleghe che, dunque, non è chiuso né tassativo sono limitate (esaurendosi nella possibilità di prevedere poteri di delega anche in capo ad organi ed organismi dell’UE<sup>28</sup>), nella successiva sentenza sul caso *Elliott*, la Corte ha tratto conclusioni maggiormente significative.

In questa sentenza, la Corte è stata per la prima volta chiamata a stabilire la natura giuridica di norme tecniche armonizzate adottate da soggetti privati su mandato della Commissione conferito nell’ambito di direttive che si ispirano al c.d. “nuovo approccio”<sup>29</sup>. Si tratta cioè di direttive che non realizzano una armonizzazione tecnica esaustiva, ma che rinviano a soggetti privati – singoli organismi europei di normalizzazione – la successiva adozione delle norme contenenti le specificazioni tecniche dettagliate. Questo “nuovo approccio”, che si caratterizza dunque per una tecnica di armonizzazione per gradi, rappresenta probabilmente una delle prime manifestazioni di coregolazione nell’ambito dell’Unione europea<sup>30</sup>. Nella sentenza sul caso *Elliott*, nell’indicare che la norma armonizzata, sebbene sia “indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, (...) costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria ... [che produce] effetti giuridici”<sup>31</sup>, la Corte non solo riconosce che tale norma fa parte del *corpus* giuridico dell’UE<sup>32</sup>, ma legittima, pur implicitamente, anche la possibilità di delegare poteri regolamenta-

<sup>27</sup> *ESMA*, cit., punto 78.

<sup>28</sup> *ESMA*, cit., punto 79 ss.

<sup>29</sup> V. M. HIEMSTRA, L. SENDEN, *Private Regulation in the Internal Market: Assessing European Technical Standardisation Through a Citizen's Eye*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, p. 57.

<sup>30</sup> V., tra gli altri, E. BEST, *Alternative Methods and EU Policy-Making: What Does “Co-Regulation” Really Mean?*, in *EIPAScope*, 2008, p. 11 ss.

<sup>31</sup> *Elliott*, cit., punto 43.

<sup>32</sup> *Elliott*, cit., punto 40. Sul solco tracciato dalla sentenza *Elliott*, si colloca anche la pronuncia sul caso *SAAKSA* in cui la Corte conferma “che una norma armonizzata, elaborata da un organismo di diritto privato, può essere considerata come rientrante nel diritto dell’Unione dal momento che è stata concepita su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione” (sentenza della Corte del 22 febbraio 2018, causa C-185/17, *Varna*, punto 39).

ri a soggetti sia diversi dalla Commissione, che da organi e organismi dell'Unione.

**2.2.** A fronte di questa audace apertura, e forse proprio in conseguenza di questa, la Corte si è premurata di indicare le condizioni cui subordinare le deleghe di poteri che si collocano fuori dalle previsioni dei Trattati. La principale cornice di riferimento per inquadrare la questione dell'ammissibilità della delega di poteri nei confronti della sfera privata è fornita proprio dalla sentenza sul caso *Elliott*: "sebbene l'elaborazione di tale norma armonizzata sia indubbiamente attribuita a un organismo di diritto privato, la stessa costituisce nondimeno una misura di attuazione necessaria e strettamente regolamentata dei requisiti essenziali definiti da tale direttiva, realizzata su iniziativa e sotto la direzione nonché il controllo della Commissione, e i suoi effetti giuridici sono soggetti alla previa pubblicazione da parte di quest'ultima dei suoi riferimenti nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, serie C"<sup>33</sup>.

La sentenza stabilisce dunque le condizioni che, cumulativamente considerate, devono essere soddisfatte per rendere legittima una delega di poteri a soggetti privati.

Innanzitutto, l'esercizio di poteri normativi da parte di soggetti privati deve fondarsi su un mandato<sup>34</sup> da parte dell'autorità delegante, nel quale siano definiti i requisiti specifici che consentano non solo di circoscrivere l'ambito d'applicazione ed il contesto nel quale si colloca l'attività delegata, ma che permettano anche all'autorità delegante di esercitare un controllo durante lo svolgimento del mandato<sup>35</sup>. La delega sembra dunque ammissibile soltanto laddove l'esercizio del potere regolatorio da parte del privato sia "strettamente regolamentato". In questa indicazione si scorge la nota dottrina *Meroni* secondo cui una delega è legittima soltanto se riguarda "poteri di esecuzione nettamente circoscritti e il cui esercizio, per tale ragione, è soggetto a un controllo rigoroso in base a criteri oggettivi stabiliti dall'autorità de-

<sup>33</sup> *Elliott*, cit., punto 43.

<sup>34</sup> "Una delega di poteri non si può presumere ed anche ove abbia la facoltà di farla, l'autorità delegante deve emanare una decisione da cui la delega espressamente risulti" (*Meroni*, cit., p. 39).

<sup>35</sup> La Corte ha, ad es., indicato che il "monitoraggio dettagliato da parte della Commissione, associato a un obbligo di relazionare regolarmente la Commissione stessa nonché al controllo di conformità da parte di tale istituzione dei progetti finali di norme armonizzate" soddisfano questa condizione (*Elliott*, cit., punto 45).

legante”<sup>36</sup>. Soltanto in questa ipotesi, infatti, “la delega non può notevolmente modificare le conseguenze derivanti dall’esercizio dei poteri che essa attribuisce”<sup>37</sup>. Implicita in questa conclusione la premessa, fatta propria dalla sentenza *Meroni*, secondo cui l’autorità delegante deve sottoporre l’esercizio dei poteri delegati a quelle stesse condizioni cui sarebbe soggetta essa stessa ove li esercitasse direttamente<sup>38</sup>. Se il conferimento di poteri deve dunque essere strettamente regolamentato, sarebbe difficilmente compatibile con questo modello una delega che, attraverso l’attribuzione di un potere discrezionale, comportasse una ampia libertà di valutazione. In questo caso, la delega, col sostituire gli apprezzamenti dell’autorità delegata a quelli dell’autorità delegante, determinerebbe “un vero spostamento di responsabilità”, compromettendo l’equilibrio dei poteri<sup>39</sup>.

Una seconda condizione cui fa riferimento la sentenza *Elliott* riguarda il carattere attuativo che deve contraddistinguere la misura privata. Sulla base di questa indicazione, la delega di poteri a soggetti privati dovrebbe essere funzionalmente circoscritta al conferimento di poteri d’esecuzione, in conformità a quanto stabilito dall’art. 291 TFUE. Tuttavia, poiché non è sempre agevole distinguere, da un punto di vista sostanziale, come si è già accennato, una funzione integrativa da una funzione meramente esecutiva, è ragionevole pensare che il riferimento della Corte ad “una misura d’attuazione” non escluda forme di conferimento di poteri di differente natura. In questa prospettiva, il termine “attuazione” ricomprenderebbe genericamente la complessiva categoria di poteri regolatori delegabili che possono, a loro volta, manifestarsi come poteri delegati o d’attuazione<sup>40</sup>. D’altra parte, l’elemento

<sup>36</sup> *Meroni*, cit., p. 41.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> “[L]a facoltà degli organismi di Bruxelles di adottare provvedimenti senza l’osservanza delle prescrizioni alle quali essi sarebbero stati soggetti ove l’Alta Autorità li avesse direttamente emanati, dà in fatto a detti organismi poteri più ampi di quelli che il Trattato conferisce all’Alta Autorità” (*Meroni*, cit., p. 38).

<sup>39</sup> “Una delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che il Trattato ha istituito per esplicitarli o controllarne l’esercizio nell’ambito delle loro rispettive attribuzioni, violerebbe tali garanzie” (*Meroni*, cit., p. 41). V., sul punto, H. HOFMANN ET AL., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, 2011, p. 242.

<sup>40</sup> V. K. KLINGER, *The Constitutional Authority of Private Regulation in the Light of the EU’s Competence Order*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, p. 391.

che appare realmente significativo risiede nel fatto che il conferimento di poteri, a prescindere dalla forma con cui si manifesta, sia circoscritto.

Senz'altro più rilevante appare l'altro requisito che deve caratterizzare la misura privata: questa deve poter essere qualificata come una misura d'attuazione "necessaria" di un atto dell'Unione. Conviene osservare che la "necessarietà" dell'intervento regolatorio privato per la piena realizzazione dell'atto UE instaura un nesso di carattere funzionale particolarmente qualificato tra l'atto che conferisce i poteri regolatori e l'atto regolatorio privato tale che, senza il secondo, il primo non sarebbe idoneo ad esplicare i suoi effetti giuridici<sup>41</sup>. La sussistenza di questo nesso determina, a sua volta, alcune conseguenze che, tra le altre, appaiono particolarmente significative. Innanzitutto, l'atto regolamentato privato, in virtù del collegamento funzionale che si crea con l'atto UE, ricade "nel diritto dell'Unione", come indica esplicitamente la Corte, e viene, in conseguenza di ciò, ascritto nel suo corpo normativo. Tale assorbimento determina l'ulteriore conseguenza che la norma privata, poiché "rientra nel diritto dell'Unione" è, a tale titolo, assoggettabile al sindacato giurisdizionale. Come rilevato esplicitamente, "la Corte è competente a interpretare atti che, pur essendo stati indubbiamente adottati da organi che non possono essere qualificati come «istituzioni, organi o organismi dell'Unione», presenta[va]no tuttavia la natura di misure di attuazione o di applicazione di un atto di diritto dell'Unione"<sup>42</sup>. Infine, e forse questa è l'implicazione maggiormente rilevante, se un atto di regolazione privata è necessario allo scopo di garantire l'efficacia di disposizioni di diritto dell'UE aventi carattere vincolante, ciò significa che tale atto è idoneo a produrre effetti giuridici<sup>43</sup>. Tali effetti giuridici, ancorché non vincolanti, non possono tuttavia essere messi "in discussione"<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>42</sup> *Elliott*, cit., punto 34. "[I]l fatto che un atto di diritto dell'Unione sia privo di effetti obbligatori non può impedire alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione di tale atto, ai sensi dell'articolo 267 TFUE" (punto 35).

<sup>43</sup> Nella fattispecie oggetto della sentenza *Elliott*, l'effetto giuridico si esplica nella circostanza che "il rispetto della norma armonizzata da parte di un prodotto fa sorgere la presunzione che tale prodotto risponda ai requisiti della direttiva 89/106, il che ne facilita la commercializzazione senza ostacoli nel mercato interno" (conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, del 28 gennaio 2016, causa C-613/14, *Elliott*, punto 62). V., inoltre, C. COLOMBO, M. ELIANTONIO, *Harmonized technical standards as part of EU law: Jurisdiction with a number of unresolved legitimacy concerns? Case C-613/14 James Elliot Construc-*

In conclusione, pur nel silenzio dei Trattati, una dimensione regolatoria “alternativa” o “complementare” a quella accentrata e pubblica può essere ammessa e considerata compatibile con l’ordinamento costituzionale dell’Unione soltanto nell’ambito del sistema di delega dei poteri. In questo sistema, che la Corte ha forzatamente aperto e reso flessibile, la regolazione privata trova la sua ragion d’essere in quanto componente necessaria a completare il quadro normativo predisposto dal legislatore. Nello specifico, alla sfera pubblica appartiene la funzione di definire gli “aspetti essenziali” dell’atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla sfera privata spetta di intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un’attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio. L’autonomia privata trova dunque spazio soltanto nella specifica forma di attività esecutiva o integrativa, necessaria per attuare o completare la disciplina dettata dal legislatore e limitata a quanto prescritto dal diritto derivato. Soltanto in questa accezione la regolazione privata può produrre effettivi giuridici, pur non vincolanti, ed imporsi come uno strumento di normazione alternativo.

3. Delineato il quadro giuridico-costituzionale in cui collocare la regolazione privata, conviene inquadrare quello concettuale. Occorre, in altre parole, chiedersi, da un punto di vista fenomenologico, cosa si intenda per regolazione privata nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione, interrogarsi sulle forme nelle quali si manifesta, individuare le categorie “concettuali” nelle quali si esprime. Nelle prossime pagine si tenterà dunque di sistematizzare questo fenomeno sul piano definitorio, verificandone la conformità con il quadro giuridico appena esaminato.

Al tal fine, conviene prendere le mosse dal già menzionato Accordo interistituzionale (AI) del 2003 nel quale sono state elaborate le definizioni ri-

*tion Limited v. Irish Asphalt Limited*, EU:C:2016:821, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, p. 339.

<sup>44</sup> *Elliott*, cit., punto 42. La Corte indica espressamente che “[s]e è vero che la conformità di un prodotto da costruzione ai requisiti essenziali sanciti dalla direttiva 89/106 può essere dimostrata, all’occorrenza, mediante mezzi diversi dalla prova della conformità a norme armonizzate, ciò non può mettere in discussione l’esistenza degli effetti giuridici connessi a una norma armonizzata”.

spettivamente di autoregolazione e coregolazione. Tale accordo, pur sostituito da quello più recente del 2016<sup>45</sup>, rappresenta infatti il riferimento principale, anche se non l'unico<sup>46</sup>, per circoscrivere la portata normativa di nozioni intrinsecamente ambigue che necessitano, in quanto tali, di essere preliminarmente definite.

L'AI "Legiferare meglio", per il quale è ragionevole escludere il carattere vincolante<sup>47</sup>, stabilisce una serie di iniziative e di linee guida che le tre Istituzioni politiche si impegnano ad osservare al fine di promuovere "la semplicità, la chiarezza e la coerenza nella redazione dei testi legislativi nonché la massima trasparenza nell'iter legislativo", nel rispetto delle procedure previste dai Trattati, dei principi di sussidiarietà, di proporzionalità e di certezza

<sup>45</sup> Si tratta dell'Accordo Interistituzionale "Legiferare meglio" del 13 aprile 2016 tra Parlamento, Consiglio e Commissione.

<sup>46</sup> Molteplici sono i documenti via via elaborati dalla Commissione nell'ambito dei programmi "Better Regulation" e "Smart Regulation", del Programma *REFIT* e delle sue *Impact Assessment guidelines* che prendono a riferimento le nozioni di co-regolazione e autoregolazione formulate nell'Accordo Interistituzionale del 2003. Tra questi, ci limitiamo a menzionare la comunicazione COM(2011) 681 final, del 25 ottobre 2011.

<sup>47</sup> Ancorché il TFUE preveda, all'art. 295, che gli accordi interistituzionali possano "assumere carattere vincolante" è ragionevole escludere che l'AI del 2003 fosse dotato di un tale carattere. Essenzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'AI del 2003 è stato adottato prima che il Trattato di Lisbona sancisse questa possibilità; in secondo luogo, perché la sua formulazione sembra escludere la produzione di effetti giuridici vincolanti. Come giustamente sostiene L. SENDEN (*Soft Law, Self Regulation and Co-regulation in European Law: Where do they Meet*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, p. 1 ss.) "[A]s regards the Interinstitutional Agreement on better law-making, its having at least binding force inter partes can be defended on the basis of two arguments. Firstly, it contains a number of rather compelling terms ('agree', 'will'), which can be said to express the intention of the institutions to enter into a binding commitment. A confirmation of this intention can also be seen in its points 37 and 38 on the implementation and monitoring of the Agreement, providing, inter alia: 'The three Institutions will take the necessary steps to ensure that their staff have the means and resources required for the proper implementation of the provisions of this Agreement' (point 38). Secondly, where 'agreed acts' are specifically intended to reinforce interinstitutional cooperation such as the Interinstitutional Agreement at issue here, it can be argued that there is a specific duty of cooperation which in conjunction with the duty of sincere cooperation laid down in Article 10 EC may actually lead to the conclusion that such an agreed act must be considered binding upon the concluding parties". Dovrebbe invece ammettersi la capacità dell'AI del 2003, così come di ogni altro AI, di svolgere una funzione integrativa *praeter legem*, al fine completare la disciplina del Trattato colmando quelle lacune che pregiudicano, ad es., il corretto funzionamento delle procedure decisionali. V. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 197.

del diritto<sup>48</sup>. Tra questi strumenti si fa esplicita menzione ai cd. “meccanismi di regolamentazione alternativi”, espressione con cui sono qualificati l'autoregolazione e la coregolazione.

Questi meccanismi alternativi, innanzitutto, trovano un riconoscimento formale in conseguenza dell'approccio politico, fatto proprio anche dai Trattati, secondo cui l'Unione “legifera solo nella misura necessaria, conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità” e nella misura in cui il diritto UE “non prescriva specificamente il ricorso a un determinato strumento legislativo”<sup>49</sup>. Si tratta dunque di strumenti complementari il cui ricorso deve, in ogni caso, soddisfare alcune condizioni preliminari qui di seguito indicate. L'utilizzo della regolazione privata, innanzitutto, deve essere valutato, oltre che opportuno (in conseguenza del suo carattere flessibile), idoneo a rappresentare un valore aggiunto per l'interesse generale e conforme al diritto dell'UE. Sotto quest'ultimo profilo, il ricorso alla regolazione privata non deve incidere, in particolare, sui principi della concorrenza né interferire con l'unicità del mercato. Il ricorso alla regolazione privata impone, inoltre, il rispetto del criterio della trasparenza e quello della rappresentatività delle parti interessate<sup>50</sup>.

Se la sfera applicativa dei meccanismi di auto e coregolazione, nel rispetto dei parametri indicati, appare dunque potenzialmente illimitata, l'accordo indica tre criteri volti ad attenuarne la capacità espansiva. Ai sensi del par. 7, infatti, “tali meccanismi non si applicano se sono in gioco i diritti fondamentali o scelte politiche importanti, oppure nelle situazioni in cui le regole devono essere applicate uniformemente in tutti gli Stati membri”<sup>51</sup>. L'AI sancisce dunque una riserva di competenza a favore dell'autorità pubblica, ad esclusione di una partecipazione di attori privati, non in settori materiali specifici ma in relazione ad ambiti che, per motivi di opportunità politica o per esigenze di carattere tecnico, necessitano di una disciplina accentrata in capo

<sup>48</sup> Parr. 1 e 2, AI del 2003, cit.

<sup>49</sup> Par. 16, *ibidem*.

<sup>50</sup> Par. 17, *ibidem*.

<sup>51</sup> Per la tesi secondo cui questa clausola, in quanto non ripresa dall'AI del 2016, non sia più applicabile, v. J.M. EMAUS, *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, p. 448 ss. Una tesi opposta è abbracciata da M. DE COCK BUNING, L. SENDEN, *Introduction: EU Private Regulation and Enforcement – Mapping its Contextual, Conceptual, Constitutional and Citizens' Dimensions*, in *ibidem*, p. 29.

legislatore. In presenza di tali circostanze, i meccanismi di regolazione privata arretrano, mantenendosi inalterato lo spazio d'azione proprio dei meccanismi regolatori tradizionali. Tra le cause di esclusione meritano una certa attenzione quelle che fanno riferimento rispettivamente ai "diritti fondamentali" e a "scelte politiche importanti". È infatti ragionevole che la disciplina di settori sensibili, che implicano interferenze con la tutela dei diritti fondamentali o che richiedono scelte di carattere politico, sia devoluta all'esclusiva competenza del legislatore, il quale è per definizione investito della necessaria legittimazione democratica per operare scelte politiche e per bilanciare eventuali diritti in conflitto. Altra e più complicata questione è stabilire quando i diritti fondamentali o certe scelte politiche entrano "in gioco" nella disciplina di una determinata fattispecie e se occorra raggiungere un'eventuale soglia di carattere qualitativo/quantitativo al fine di innescare la clausola di esclusione.

**3.1.** L'autoregolazione è descritta come quel meccanismo che consente agli operatori economici, alle parti sociali, alle organizzazioni non governative o alle associazioni di settore di disciplinare la propria condotta, attraverso l'adozione di orientamenti comuni a livello europeo (in particolare attraverso codici di condotta o accordi settoriali) che hanno una efficacia limitata alle parti. Come indicato dall'Accordo interistituzionale, tali iniziative sono "autonome" e non presuppongono alcuna presa di posizione da parte delle Istituzioni, "specialmente quando intervengono in settori non rientranti nell'ambito dei trattati o in cui l'Unione non ha ancora legiferato"<sup>52</sup>.

In questo contesto, la Commissione si limita ad esaminare la conformità delle prassi di autoregolazione con le disposizioni dei Trattati<sup>53</sup>, informando il Parlamento europeo e il Consiglio su quelle considerate compatibili e adeguate sotto il profilo della rappresentatività dei soggetti interessati, dell'ambito d'applicazione settoriale e geografico e del valore aggiunto degli impegni assunti. Laddove la prassi autoregolatoria si colloca in un settore di

<sup>52</sup> Par. 22, AI del 2003, cit.

<sup>53</sup> Anche prassi autoregatorie che non investono settori di competenza dell'UE o, se di competenza, non ancora disciplinati, possono interferire con la corretta interpretazione o applicazione del diritto dell'Unione. È dunque ragionevole pensare che il dovere della Commissione di esaminarne il contenuto alla luce del diritto UE si estenda anche a quelle prassi che hanno ad oggetto competenze che residuano in capo agli Stati membri.

competenza dell'UE, la Commissione esamina "la possibilità di presentare una proposta di atto legislativo, in particolare su richiesta dell'autorità legislativa competente oppure in caso di inosservanza di tali prassi"<sup>54</sup>.

Sulla base della definizione accolta nell'Accordo interistituzionale, l'autoregolazione costituisce uno strumento di disciplina volontario, privo di effetti giuridici, distinto e separato dai meccanismi di regolazione pubblica. L'autoregolazione è infatti elaborata, sviluppata, monitorata e garantita esclusivamente dalle parti private, senza alcun tipo di interferenza da parte delle Istituzioni europee, ad eccezione del limitato ruolo che svolge la Commissione nel verificare la conformità della prassi al diritto UE. Nell'accezione accolta dall'AI, l'autoregolazione si afferma, dunque, come strumento parallelo alla regolazione pubblica, senza tuttavia che le due sfere entrino in reciproco contatto. Anche laddove la Commissione dovesse presentare una proposta di atto legislativo nel settore disciplinato dall'iniziativa volontaria, tra la sfera privata e quella pubblica non si instaurerebbe alcun collegamento; in uno scenario del genere, infatti, la regolazione pubblica si andrebbe a sostituire a quella privata.

In sintesi, le iniziative volontarie di regolazione procedono parallelamente alla normazione centralizzata: l'autoregolazione, pur essendo uno strumento idoneo a concorrere nella disciplina di determinate fattispecie, non implica, infatti, (anzi esclude) collegamenti di carattere normativo o istituzionale tra la sfera privata e quella pubblica. In questa accezione di meccanismo spontaneo e privo di collegamenti con la sfera pubblica, l'autoregolazione non solleva questioni di compatibilità con il quadro costituzionale dell'Unione.

I collegamenti con la sfera pubblica rappresentano invece l'essenza della coregolazione.

**3.2.** Questo strumento è definito dall'AI come quel meccanismo mediante il quale un atto legislativo<sup>55</sup> dell'Unione conferisce la realizzazione degli obiettivi definiti dal legislatore ai soggetti interessati riconosciuti in un de-

<sup>54</sup> Par. 23, AI del 2003, cit.

<sup>55</sup> Il termine "atto legislativo" è qui utilizzato in maniera atecnica per indicare l'atto normativo. Al momento della redazione dell'AI del 2003 i Trattati non prevedevano ancora la categoria dell'atto legislativo.

terminato settore<sup>56</sup>. La coregolazione instaura dunque un collegamento tra la normazione di carattere accentrato e pubblico ed un tipo di normazione di carattere decentrato e privato. Alla prima sfera normativa appartiene la funzione di definire gli “aspetti essenziali” dell’atto, quelli cioè che presumibilmente richiedono scelte politiche rientranti nella responsabilità propria del legislatore; alla seconda spetta intervenire, attraverso integrazioni del contenuto o un’attività attuativa, su aspetti che implicano una disciplina di dettaglio. Siffatta disciplina deve risultare “adeguata ai problemi e ai settori interessati” e deve giustificarsi per “l’esperienza” dei soggetti portatori di interessi<sup>57</sup>. A tal fine, l’atto legislativo non solo determina i criteri volti ad orientare l’attività dei soggetti privati per garantirne l’adeguatezza rispetto agli obiettivi prefissati, ma anche “l’ampiezza possibile della coregolamentazione nel settore interessato”<sup>58</sup>.

Passando alle modalità attuative, l’AI indica che, nel contesto definito dall’atto di base, “i soggetti interessati dall’atto legislativo possono concludere accordi autonomi”<sup>59</sup>, che devono fondarsi sul dialogo ed una consultazione reciproca tra le parti sociali<sup>60</sup>. I progetti di accordo, previa verifica da parte della Commissione della loro conformità all’atto di base e al diritto UE nel suo complesso, sono da questa trasmessi al legislatore UE<sup>61</sup>. Laddove l’atto di base lo preveda, il Consiglio e il Parlamento europeo, entro un termine di due mesi a decorrere dalla data di comunicazione del progetto, potranno suggerire modifiche se ritengono che il progetto di accordo non risponda agli obiettivi indicati, oppure opporsi all’entrata in vigore di quest’ultimo. In quest’ultima ipotesi, entrambe le istituzioni potranno chiedere alla Commissione di presentare una proposta di atto legislativo<sup>62</sup>.

Per quanto riguarda le modalità di monitoraggio dell’accordo, queste

<sup>56</sup> Questi, in particolare, sono gli operatori economici, le parti sociali, le organizzazioni non governative o le associazioni, (v. par. 18, AI del 2003, cit.).

<sup>57</sup> Nella relazione che accompagna le proposte, la Commissione illustra all’autorità legislativa competente le ragioni per cui essa propone di ricorrere a tale meccanismo (par. 19, AI del 2003, cit.).

<sup>58</sup> Par. 21, AI del 2003, cit.

<sup>59</sup> Par. 20, *ibidem*.

<sup>60</sup> Il par. 19 stabilisce che “[G]li accordi tra le parti sociali devono rispettare le disposizioni previste agli articoli 138 e 139 del trattato CE” (ora artt. 154 e 155 TFUE).

<sup>61</sup> V. par. 20, AI del 2003, cit.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

sono stabilite nell'atto di base, il quale definisce "misure appropriate per la verifica dell'applicazione, con riguardo all'ipotesi dell'inosservanza dell'accordo ad opera di una o più parti o dell'insuccesso dell'accordo stesso"<sup>63</sup>. Tali misure possono consistere, ad esempio, nel prevedere "un'informazione regolare dell'autorità legislativa da parte della Commissione in merito alla verifica dell'applicazione" oppure "una clausola di revisione secondo cui la Commissione riferisce alla scadenza di un determinato termine proponendo, se del caso, la modificazione dell'atto legislativo o qualsiasi altra misura legislativa idonea"<sup>64</sup>.

Alla luce della complessiva disciplina formulata nell'AI, il meccanismo della coregolazione si fonda dunque sull'utilizzo congiunto di strumenti di normazione pubblica in combinazione con strumenti di regolazione privata. In particolare, tale meccanismo – nel riservare al legislatore gli elementi essenziali di una normativa, assegnando al contempo alle parti private il compito di integrarne, svilupparne o ampliarne il contenuto – innesta due metodi differenti, rendendoli complementari, al fine di regolare una complessiva situazione. La coregolazione, quindi, a differenza della autoregolazione, non procede separatamente e parallelamente rispetto ad una disciplina pubblica e centralizzata, ma in maniera complementare a questa, attraverso una condivisione dell'attività regolatoria ripartita sulla base di un criterio funzionale.

Non può sfuggire che il modello della coregolazione prospettato nell'AI presenta profonde analogie con il sistema di deleghe dei poteri che, come sottolineato sopra, può essere considerato l'unico schema per collocare la regolazione privata nel più ampio sistema costituzionale dell'Unione. In questa prospettiva, la regolazione privata, nell'accezione di coregolazione accolta dall'AI, può essere considerata uno strumento alternativo ad una regolazione accentrata e pubblica, compatibile con il quadro costituzionale dell'UE.

4. Se la distinzione tra autoregolazione e coregolazione è netta sulla carta, la prassi non solo evidenzia che la demarcazione tra le due modalità tende a sfumare (i due modelli in molti casi si sovrappongono), ma mostra anche

<sup>63</sup> Par. 21, *ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

una gamma quanto mai variegata di applicazioni che, a loro volta, si distanziano dai due schemi di riferimento<sup>65</sup>.

In particolare, se il modello dell'autoregolazione implica la totale assenza di coinvolgimento da parte delle autorità pubbliche<sup>66</sup>, in via di prassi si assiste ad una loro pur modulata partecipazione<sup>67</sup>; se la coregolazione comporta una netta ripartizione di competenze tra il potere pubblico e gli attori privati – spettando al primo la definizione di obiettivi e criteri e ai secondi la normativa di dettaglio – in via di prassi la sfera pubblica tende, a seconda dei casi, ad imporre una normativa dettagliata<sup>68</sup> o, al contrario, a lasciare ampi margini discrezionali<sup>69</sup>.

Insomma, tra i due poli rappresentati dai modelli di autoregolazione, da una parte, e di coregolazione, dall'altra, (così come descritti dall'AI), è individuabile tutta una scala di sfumature che dipendono da alcune variabili emerse nella prassi applicativa. Tra le principali, possono esserne menzionate essenzialmente quattro.

La prima riguarda il *momento* nel quale si colloca il coinvolgimento dell'autorità pubblica nell'ambito del processo regolatorio. Esso può situarsi nella fase di elaborazione delle politiche, laddove si definisce la portata e l'intensità dell'intervento privato; in una fase successiva relativa al monitoraggio dell'attuazione dell'attività privata; oppure può spalmarsi sull'intero processo regolatorio, coprendo ciascuna fase dell'*iter*<sup>70</sup>.

Una seconda variabile è legata alla *natura* del coinvolgimento del potere pubblico il quale, a seconda dei casi, può assegnare in via formale compiti di regolazione a soggetti privati (attraverso deleghe che, a loro volta, possono essere provviste o meno di carattere vincolante), oppure può limitarsi a promuoverne o sostenerne le attività. Il fondamento dell'intervento regolatorio da parte di attori privati può dunque spaziare da una delega espressa (ed

<sup>65</sup> V. L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *op. cit.*, p. 31.

<sup>66</sup> Si tratterebbe di una "pure self-regulation".

<sup>67</sup> V., *infra*, il par. 4.1.

<sup>68</sup> Ad es., v. regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

<sup>69</sup> Ad es. v. la direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE.

<sup>70</sup> L. SENDEN, E. KICA, M. HIEMSTRA, K. KLINGER, *op. cit.*, p. 35 ss.

eventualmente vincolante) a modalità informali e prive di carattere obbligatorio<sup>71</sup>.

Una terza variabile è rappresentata dall'*intensità* dell'intervento pubblico nel complessivo *iter* regolatorio. L'autorità pubblica può infatti stabilire un quadro giuridico dettagliato in cui si inserisce l'attività regolatoria privata, oppure può limitarsi ad intervenire attraverso modalità meno pregnanti (orientamenti e linee guida formulati in modo del tutto generico)<sup>72</sup>.

Infine, la variabile maggiormente significativa è costituita dalla *portata* giuridica dell'attività regolatoria privata. L'intervento regolatorio privato in via, rispettivamente, integrativa, sostitutiva o di sostegno dell'attività normativa pubblica può, a seconda dei casi, essere sprovvisto di qualsiasi effetto, produrre effetti giuridici ancorché non vincolanti, oppure essere equiparato per gli effetti prodotti ad un atto giuridico vincolante dell'UE. Questo è un aspetto non privo di rilevanza in quanto è plausibile ritenere che soltanto in determinati e specifici contesti l'attività privata possa assumere carattere vincolante.

Il concreto atteggiarsi e manifestarsi di queste variabili e la loro reciproca combinazione rendono i meccanismi di coregolazione e autoregolazione assai più diversificati rispetto al modello prospettato nell'AI.

**4.1.** Limitatamente alla disciplina sulle nuove tecnologie, lo strumento dell'autoregolazione non appare mai nella sua forma assoluta; esso, piuttosto, tende ad essere "accreditato" dal sistema regolatorio dell'Unione come "sostegno" o "complemento" di meccanismi normativi accentrati, attraverso un differente grado ed intensità della partecipazione dell'autorità pubblica nel processo di riconoscimento o di incentivazione. In questa prospettiva, l'autoregolazione, pur così denominata, raramente è tale – cioè estranea a forme pur blande di interferenza da parte dell'autorità pubblica – ma il più delle volte è inglobata in un quadro normativo pubblico più articolato, tendendo spesso ad assumere le fattezze della coregolazione.

Tra le manifestazioni di intersezione più lievi tra la dimensione pubblica e quella privata, si collocano quelle forme di coinvolgimento del potere pubblico che si limitano ad un mero "riconoscimento" (o "presa d'atto")

<sup>71</sup> *Ibidem.*

<sup>72</sup> *Ibidem.*

dell'attività privata. Manifestazioni del genere, pur presupponendo l'autoregolazione o essendo volte ad incentivarla, non sembrano tuttavia idonee ad intaccare la sua natura autonoma. La prassi offre numerosi esempi.

Una prima ipotesi può essere tratta dalla decisione 854/2005 che istituisce un programma UE destinato a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie online<sup>73</sup>. Tra le azioni contemplate vi è la predisposizione di piattaforme di discussione volte a incoraggiare l'autoregolazione tra le parti interessate al fine di discutere le modalità attraverso cui l'industria possa contribuire a contrastare i contenuti illegali. Siffatte piattaforme, tuttavia, pur preordinate a “[f]avorire la formazione del consenso e l'autoregolamentazione” in merito a determinate questioni<sup>74</sup>, si limita a fornire un contenitore alle attività private di regolazione senza incidere sul loro svolgimento. Si tratta dunque di un intervento da parte dell'autorità pubblica meramente prodromico all'incentivazione di attività di autoregolazione, le quali restano nella piena disponibilità dei privati.

Un'altra ipotesi di intervento normativo pubblico che, volto a sostenere iniziative di autoregolazione, non determina alcuna interferenza sul loro svolgimento si ravvisa, ad es., laddove la Commissione, nell'ambito della disciplina di determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, si limita a stabilire, ancorché in via ipotetica, che “potrebbe chiedere ... la redazione di un codice di condotta da parte delle associazioni di categoria e le altre organizzazioni rappresentative” al fine di “sostenere l'attuazione uniforme della presente direttiva”<sup>75</sup>. Anche in questo caso, se la richiesta di elaborazione di un codice di condotta allo scopo di sostenere l'attuazione di una direttiva attrae l'attività regolatoria privata nell'ambito di un quadro normativo più ampio, l'assenza di ulteriori indicazioni ne lascia impregiudicata l'autonomia.

<sup>73</sup> Decisione n. 854/2005/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, che istituisce un programma comunitario pluriennale inteso a promuovere un uso più sicuro di Internet e delle nuove tecnologie online.

<sup>74</sup> Tra queste, sono menzionate “la certificazione di qualità dei siti web, la classificazione dei contenuti intermediali, la classificazione e i sistemi di filtraggio, estendendoli a nuovi tipi di contenuti quali i giochi online e a nuovi tipi di accesso quali la telefonia mobile” (Allegato I, punto 3, par. 5(2)).

<sup>75</sup> Considerando n. 50, 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.

A fronte di queste ipotesi nelle quali l'autoregolazione, pur attratta – con le diverse modalità esaminate – nella sfera pubblica dell'Unione, non subisce interferenze, si registrano casi nei quali, al contrario, l'autonomia regolatoria viene indirizzata e plasmata. In queste pur diverse ipotesi, l'attività regolatoria dei privati, pur continuando sovente ad essere qualificata autoregolazione, si trasforma in una forma, pur blanda, di coregolazione.

**4.2.** La prassi della coregolazione nell'ambito della disciplina delle nuove tecnologie si allinea, nel suo complesso, al modello prospettato nell'AI del 2003: l'atto dell'Unione circoscrive la portata della delega, determinando obiettivi e oggetto dell'attività regolatoria privata; quest'ultima interviene con una normativa di dettaglio. Ciò non toglie che, in applicazione delle variabili di cui si è già detto, la coregolazione possa essere distinta sulla base di due schemi di riferimento.

In un primo, l'intervento regolatorio privato, inglobato nel complessivo *iter* normativo UE in funzione integrativa/attuativa, è chiaramente equiparato, quanto alla sostanza, ad un atto d'esecuzione ai sensi dell'art. 291 TFUE<sup>76</sup>, ma non ne è equiparato, sul piano formale, quanto agli effetti. Se un atto d'esecuzione della Commissione è, come visto sopra, vincolante, la disciplina privata, pur ponendosi come strumento alternativo d'attuazione, non è dotata di tale carattere. Questo schema si riscontra non solo laddove i criteri indicati nell'atto di base si limitano ad orientare l'attività regolatoria, lasciando ai privati un ampio margine discrezionale di intervento<sup>77</sup>, ma anche laddove tendono a veicolare in maniera molto rigida l'elaborazione della di-

<sup>76</sup> V., *supra*, il par. 2.

<sup>77</sup> Un es. è offerto dalla direttiva (UE) 2018/1808, cit. Il suo articolo 4 *bis* stabilisce criteri assai generici in vista dell'elaborazione di codici di condotta: "Tali codici: a) sono concepiti in modo da essere ampiamente accettati dai principali soggetti interessati negli Stati membri; b) stabiliscono chiaramente e senza ambiguità i loro obiettivi, c) forniscono un monitoraggio e una valutazione regolari, trasparenti e indipendenti degli obiettivi fissati; e d) prevedono un'applicazione effettiva, comprensiva altresì di sanzioni effettive e proporzionate". V., inoltre, per un altro esempio, il 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. V., al riguardo, i contributi di O. GRAY, *Trust through Responsibility: Advertising and Self-Regulation in Europe* e di M. DE COCK BUNING, *Private Regulation and Enforcement in the EU: Finding the Right Balance from a Citizen's Perspective – The Protection of Minors against Online Harms*, entrambi in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, rispettivamente a p. 243 ss. e p. 295 ss.

sciplina privata. Un esempio può essere tratto dal regolamento 2018/1807 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea<sup>78</sup>. A fronte di criteri stringenti<sup>79</sup>, dettati sia nella fase di elaborazione che in quella di monitoraggio, i codici di condotta, pur integrati in senso lato nella complessiva regolamentazione UE, non sono idonei a produrre effetti vincolanti; la loro applicazione è completamente rimessa alle dinamiche della prassi<sup>80</sup>.

In un secondo schema, che è senz'altro quello più interessante, la disciplina privata, oltre a svolgere una funzione esecutiva sul piano sostanziale, ha anche una "validità generale all'interno dell'Unione"<sup>81</sup>. Essa cioè produce effetti vincolanti di portata generale al pari di un atto derivato UE. Tale effetto, tuttavia, non promana automaticamente dalla misura privata, ma è conseguenza del suo processo di incorporazione in un atto d'esecuzione adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 291 TFUE.

Significativo, al riguardo, è il regolamento 2016/679 relativo al tratta-

<sup>78</sup> Cit.

<sup>79</sup> Il regolamento indica che "si incoraggia l'elaborazione di codici di condotta che, per essere efficaci e rendere trasparente il cambio tra fornitori di servizi e la portabilità dei dati "dovrebbero essere esaustivi e riguardare almeno gli aspetti fondamentali che sono importanti durante il processo di portabilità dei dati, quali le procedure per e il luogo in cui è effettuato il backup dei dati, i formati e i supporti dei dati disponibili, la configurazione informatica e la larghezza minima di banda della rete richieste, il tempo necessario per avviare la procedura di trasferimento dei dati e il periodo in cui i dati saranno disponibili per il trasferimento, nonché le garanzie di accesso ai dati in caso di fallimento del fornitore di servizi. I codici di condotta dovrebbero altresì chiarire che le pratiche di 'vendor lock-in' non sono pratiche commerciali accettabili, prevedere tecnologie che incrementino la fiducia ed essere periodicamente aggiornati per restare al passo con gli sviluppi tecnologici. La Commissione dovrebbe garantire che tutte le parti interessate, incluse le associazioni di piccole e medie imprese (PMI) e le start-up, gli utenti e i fornitori di servizi cloud siano consultate durante tutte le fasi del processo. La Commissione dovrebbe valutare l'elaborazione e l'efficacia dell'attuazione di tali codici di condotta" (Considerando n. 31; v., inoltre, gli artt. 6 e 8).

<sup>80</sup> Ciò non significa che non siano idonei a produrre effetti giuridici. Un effetto che, ad es., producono i codici di condotta preordinati ad attuare un atto dell'Unione è il cd. "effetto d'esclusione". Nei limiti in cui un atto UE riceva attuazione attraverso un codice di condotta, l'effetto di esclusione si manifesta nella circostanza che la Commissione potrebbe astenersi dall'adottare misure d'esecuzione ai sensi dell'art. 291 TFUE.

<sup>81</sup> Per questa espressione v. l'art. 40, par. 9, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (regolamento generale sulla protezione dei dati).

mento dei dati personali<sup>82</sup>. Senza addentrarci troppo nei particolari di una disciplina piuttosto complessa, il regolamento, tra gli altri strumenti, prevede l'elaborazione di codici di condotta preordinati a contribuire alla corretta applicazione dello stesso, in funzione delle specificità dei vari settori di trattamento dei dati personali<sup>83</sup>. A tal fine, il regolamento circoscrive la sfera applicativa dell'intervento privato, stabilendo non solo i criteri e le condizioni che devono essere osservati nell'elaborazione dei codici<sup>84</sup>, ma anche il complessivo *iter* procedurale che attesti la loro conformità al regolamento<sup>85</sup>. A conclusione dell'*iter* di certificazione e alla luce dei pareri positivi formulati dai vari attori coinvolti nella procedura, la Commissione può decidere, mediante atti d'esecuzione, che il codice di condotta abbia validità generale<sup>86</sup>.

Come si vede, si tratta di due modelli di coregolazione assai differenti. A fronte di una comune funzione integrativa/esecutiva svolta dalla regolazione privata nel contesto della normativa UE, il primo modello esclude che l'attività privata possa essere equiparata, quanto agli effetti, ad un atto d'esecuzione dell'Unione; il secondo, al contrario, implica che l'intervento regolatorio privato produca effetti giuridici vincolanti. In questa ipotesi, tuttavia, tali effetti scaturiscono in via mediata, attraverso l'assorbimento della regolazione privata in un atto formale d'esecuzione.

5. L'innesto della regolazione privata nello spazio giuridico europeo dà origine a svariate forme di cooperazione tra la dimensione pubblica e quella privata nella disciplina di settori, materie, fattispecie assegnate alla compe-

<sup>82</sup> Cit. Cfr. gli scritti di P. BLOK, *The Role of Private Actors in Data Protection Law and Data Practice* e di J. M. EMAUS, *European Union Co- and Self-Regulation and the Protection of Fundamental Rights*, entrambi in M. DE COCK BUNING, L. SENDEN (eds.), *op. cit.*, rispettivamente a p. 95 ss. e p. 443 ss.

<sup>83</sup> V. art. 40, par. 1, regolamento 2016/679, cit.

<sup>84</sup> V. art. 40, par. 2, *ibidem*.

<sup>85</sup> V. art. 40, parr. 5, 6, 7, 8, *ibidem*. In estrema sintesi, questi i passaggi rilevanti. Innanzitutto, le associazioni e gli organismi rappresentanti le categorie di titolari o responsabili del trattamento che intendono elaborare (o modificare) un codice di condotta devono presentare il progetto di codice all'autorità di controllo che esprime un parere di conformità del progetto al regolamento. Un parere ben più significativo è richiesto al comitato europeo per la protezione dei dati, il quale deve esprimersi sull'idoneità del codice a fornire adeguate garanzie sulla tutela dei diritti degli interessati.

<sup>86</sup> V. art. 40, par. 9, *ibidem*.

tenza del legislatore UE. Queste forme di cooperazione, che non sono inedite nel panorama europeo, di recente si stanno affermando soprattutto in quegli ambiti materiali che, in conseguenza del rapido sviluppo dell'economia dei dati e delle tecnologie emergenti, richiedono l'*expertise* degli stessi attori economici e sociali la cui condotta deve essere regolata.

A fronte, dunque, del ricorso alla regolazione privata come *sostegno*, *complemento* o *alternativa* a quella pubblica, ci si è chiesti se, e in quale misura, forme ibride di regolazione possano considerarsi compatibili con l'assetto costituzionale dell'Unione. La portata non trascurabile del fenomeno ed il carattere trasversale che ha assunto impongono una riflessione approfondita sulla legittimità del ricorso a forme di delega di potere in capo a soggetti privati come meccanismo sostitutivo alla normazione centralizzata. L'ordinamento dell'Unione si basa sul principio di attribuzione ed è regolato da procedure decisionali che – pur improntate a logiche diverse rispetto a quelle che ispirano le procedure legislative in ambito nazionale – si fondano, pur sempre, su un processo di legittimazione democratica<sup>87</sup>. Di conseguenza, anche nel sistema giuridico UE, la delega di poteri a soggetti che non sono incaricati di adottare le decisioni in nome della volontà popolare sembrerebbe quantomeno determinare un'attenuazione del rispetto del principio democratico-rappresentativo.

L'indagine che si è affrontata in questo scritto ha tentato di verificare questa ipotesi, attraverso l'inquadramento del fenomeno della regolazione privata nel più generale contesto giuridico costituzionale dell'Unione, senza tralasciare l'analisi delle concrete dinamiche che si instaurano tra potere pubblico e autonomia privata. Peraltro, proprio la difficoltà di mappare in maniera analitica il reciproco interagire della sfera pubblica con quella privata nella disciplina di settori, anche molto eterogenei gli uni dagli altri, ha

<sup>87</sup> Il principio democratico-rappresentativo si articola, nel sistema europeo, su due distinti livelli: il primo è assicurato dal Parlamento europeo, che rappresenta direttamente i cittadini dell'Unione; il secondo è offerto dal Consiglio e dal Consiglio europeo, nell'ambito dei quali gli Stati membri sono rappresentati “dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini” (art. 10, par. 2, TUE). Non avrebbe senso, come acutamente osservato da E. CANNIZZARO (*Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 248), pensare che il concetto di democrazia sia legato unicamente all'esperienza giuridica statale.

suggerito di circoscrivere la ricerca all'ambito, a sua volta assai articolato, della disciplina delle nuove tecnologie.

Ciò premesso, il quadro che ne scaturisce appare sorprendentemente rassicurante.

Innanzitutto, il sistema di deleghe di potere, stabilito nei Trattati in termini in apparenza rigidi, non sembra invece escludere forme di delega diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste. La Corte di giustizia, attraverso un approccio non formalistico, sembra considerare legittime anche deleghe di potere conferite a soggetti privati, pur nel rispetto di determinate condizioni<sup>88</sup>. Tra queste, significativa è la condizione che impone una delega oggettivamente circoscritta e non attributiva di poteri discrezionali, bensì volta alla mera attuazione o integrazione dell'atto di base.

In secondo luogo, laddove la regolazione privata è utilizzata e "accreditata" dal sistema, essa non tende a sostituirsi a meccanismi accentrati di produzione giuridica, ma appare essenzialmente relegata ad una funzione d'ausilio. Ciò avviene non solo in relazione allo strumento dell'autoregolazione che, nei casi in cui è richiamato e riconosciuto dall'UE, riveste una mera funzione di sostegno o complemento di meccanismi normativi accentrati, ma anche riguardo al ben più articolato fenomeno della coregolazione. Se, infatti, è senz'altro vero che, sulla base del doppio binario decisionale insito nel meccanismo della coregolazione, la disciplina privata, nel recepire e attuare le direttive formulate dall'atto UE, svolge una attività essenzialmente esecutiva/integrativa, è altrettanto vero che questa attività non è mai equiparata ad un atto d'esecuzione adottato dalla Commissione. Gli strumenti di regolazione privata, come ad es. i codici di condotta, anche se preordinati a completare la disciplina stabilita nell'atto UE, non sono infatti dotati di effetti giuridici vincolanti, ma operano nell'ordinamento generale su base volontaria. Essi, dunque, pur equiparati ad un atto d'esecuzione da un punto di vista funzionale, non ne sono mai equiparati quanto agli effetti.

La regolazione privata, dunque, non scardina il sistema delle fonti producendo norme che vincolano la collettività. Infatti, laddove la regola privata viene dotata di forza obbligatoria, ciò si verifica attraverso la sua incorporazione in una fonte di diritto – cioè l'atto d'esecuzione adottato dalla Commissione ai sensi dell'art. 291 TFUE. Si può discutere a lungo se la "legalità

<sup>88</sup> V., *supra*, parr. 2.1. e 2.2.

procedurale”, data dall’assorbimento della regola privata in una fonte di diritto, possa compensare il difetto iniziale di “legalità sostanziale”<sup>89</sup>. In ogni caso – e questo è ciò che conta – l’esercizio di poteri regolatori da parte di privati può tradursi in una normativa dagli effetti vincolanti soltanto per il tramite di un atto d’esecuzione. E questa constatazione è forse sufficiente per concludere che la regolazione privata, pur potendo assumere valenza integrativa o suppletiva della disciplina europea, non sembra idonea a violare le regole che presiedono a garantire la legittimità dei processi decisionali e a rivoluzionare la tradizionale categoria di “fonte”.

In definitiva, la regolazione privata, quantomeno in relazione alla prassi esaminata, non sembra mettere in discussione il ruolo delle istituzioni politico-rappresentative nella loro funzione di garanti degli interessi pubblici. Se il ricorso all’intervento regolatorio privato determina, in principio, la progressiva erosione della intermediazione degli organi politici, ovvero la compressione e, in ogni caso, la trasformazione del ruolo delle istituzioni pubbliche che tradizionalmente sono preposte alla normazione, questo effetto non appare, nel contesto europeo, così dirompente.

<sup>89</sup> V. R. BIN, *op. cit.*, p. 98.

## DIGITALIZZAZIONE E UNIONE EUROPEA A 27: GLI EFFETTI SULLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA CIVILE

Chiara E. Tuo \*

SOMMARIO: 1. Unione europea e trasformazione digitale: un breve quadro d'insieme. – 2. Unione europea e digitalizzazione della cooperazione giudiziaria civile: una scelta obbligata (?). – 3. Stato dell'arte della digitalizzazione nella cooperazione giudiziaria civile dell'UE: dal progetto del portale *e-Justice* ... – 4. ... alla svolta digitale imposta dalla crisi pandemica da Covid-19. – 5. Gli sviluppi più recenti: le proposte della Commissione di regolamento sul sistema e-CODEX e sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria civile. – 6. Considerazioni conclusive: la digitalizzazione della cooperazione giudiziaria civile tra benefici, svantaggi e tutela del diritto fondamentale all'equo processo.

1. “*Un’Europa pronta per l’era digitale*”: questo il titolo di una delle sei tematiche portanti del programma di lavoro “*Un’Unione più ambiziosa*”, adottato dalla Commissione con la comunicazione del 29 gennaio 2020<sup>1</sup>.

La “*trasformazione digitale dell’Europa*” insieme ai “*diritti e valori europei tra cui lo Stato di diritto*” si pongono altresì al centro dei lavori della Conferenza sul futuro dell’Europa (“COFE”), sulla scorta dell’agenda strategica del Consiglio europeo del 2019<sup>2</sup>, degli orientamenti 2019-2024 della Com-

\* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università di Genova.

<sup>1</sup> Il riferimento è alla comunicazione della Commissione COM (2020) 37, a proposito della quale v. B. NASCIBENE, *Dalla “paura” all’ambizione”. L’iniziativa per una Conferenza sul futuro dell’Unione europea*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2020, p. 160 ss. Sia il Consiglio europeo che il Parlamento europeo hanno d’altronde riconosciuto l’importanza del ruolo della trasformazione digitale nel rilancio e nella modernizzazione dell’economia UE: v., rispettivamente, il documento “*A Roadmap for Recovery. Towards a more resilient, sustainable and fair Europe*” ([www.consilium.europa.eu/media/43384/roadmap-for-recovery-final-21-04-2020.pdf](http://www.consilium.europa.eu/media/43384/roadmap-for-recovery-final-21-04-2020.pdf)) e la risoluzione del Parlamento europeo, del 17 aprile 2020, sulla “*EU coordinated action to combat the COVID-19 pandemic and its consequences*” ([www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0054_EN.html)).

<sup>2</sup> Si tratta della comunicazione COM(2020) 27, sulla base della quale il Consiglio aveva assunto un approccio “*policy first*” secondo cui la COFE avrebbe dovuto trattare solo questioni connesse alle politiche dell’UE, escludendo il dibattito su questioni istituzionali: v. F.

missione (oltre che della sua comunicazione, “*Dare forma alla conferenza sul futuro dell’Europa*”, del 22 gennaio 2020<sup>3</sup>) e in considerazione delle sfide poste dalla pandemia da Covid-19.

In tal senso, del resto, si sono chiaramente espressi i presidenti di Commissione, Consiglio e Parlamento europeo nella loro dichiarazione congiunta del marzo 2021 nonché lo stesso regolamento di procedura della COFE<sup>4</sup>.

Così, “*trasformazione digitale*” e “*valori e diritti, stato di diritto*” figurano tra i macro-temi inclusi nella lista della Piattaforma digitale multilingue che costituisce la base della conferenza, e della trasformazione digitale si occupa il panel (dei quattro costituiti) di cittadini dedicato a “*un’economia più forte, giustizia sociale, occupazione/istruzione, gioventù, cultura, sport/trasformazione digitale*”<sup>5</sup>.

Si tratta peraltro, a ben vedere, di temi da tempo centrali nell’agenda europea, come dimostra l’inclusione della digitalizzazione tra le dieci priorità politiche della Commissione Juncker, enunciate all’inizio del suo mandato e reiterate nello “*State of play in early 2018*”.

Non stupisce, quindi, che la transizione digitale, anche in riferimento ai “*sistemi giudiziari*” come mezzo per “*migliorare l’accesso alla giustizia e il funzionamento del contesto imprenditoriale*”, costituisca uno dei passaggi-chiave della prima comunicazione della Commissione, del 27 maggio 2020, relativa allo strumento temporaneo per la ripresa “*NextGenerationEU*”, “*Il momento dell’Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*”<sup>6</sup>, richiamati poi dal Consiglio, con le sue conclusioni “*Shaping Europe’s digital future*” del 9 giugno 2020, al fine di invitare la Commissione ad assumere iniziative per “*agevolare gli scambi digitali transfrontalieri tra gli Stati membri in materia sia penale che civile*”<sup>7</sup>.

In questo quadro, il presente contributo si propone di analizzare le ragioni che fondano l’estensione della trasformazione digitale UE alla giustizia

MARTINES, *La Conferenza sul futuro dell’Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell’Unione?*, in *aisdue.eu*, 2021, p. 22.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla comunicazione della Commissione COM(2020) 27.

<sup>4</sup> V. l’art. 2 del Regolamento interno della Conferenza sul futuro dell’Europa.

<sup>5</sup> V. ancora F. MARTINES, *La Conferenza sul futuro dell’Europa* cit., pp. 14 e 16.

<sup>6</sup> Si tratta della ben nota comunicazione COM(2020) 456.

<sup>7</sup> Le conclusioni del Consiglio sono consultabili all’indirizzo [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8711-2020-INIT/en/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8711-2020-INIT/en/pdf).

e, specialmente, ai procedimenti giudiziari transfrontalieri tra Stati membri (par. 2), ricostruendo le tappe essenziali di tale processo dal suo avvio (sperimentale, realizzato anche con i progetti-pilota di alcuni Stati membri) alla svolta digitale imposta dalla crisi pandemica da Covid-19 e sino alle recenti proposte della Commissione per rendere l'opzione digitale "*di default*" nel campo della cooperazione giudiziaria civile (e penale) dell'Unione (parr. 3-5). Il processo, cui vanno riconosciuti indiscutibili meriti nel senso dell'accelerazione, della semplificazione e della riduzione dei costi dei procedimenti giudiziari *cross-border*, deve tuttavia ancora fare i conti con ostacoli e barriere di diversa natura e portata, oltre che, soprattutto, superare le obiezioni che riguardano la sua effettiva compatibilità con le varie prerogative fondamentali inerenti all'esercizio del diritto all'equo processo (par. 6).

2. Come ben noto, la cooperazione giudiziaria transfrontaliera si rende necessaria in ragione della delimitazione della giurisdizione nazionale ai confini del territorio degli Stati, a garanzia dell'effettivo accesso alla giustizia in presenza di controversie connotate da elementi di internazionalità.

Ed è pure noto che, negli ultimi dieci anni, notevoli sono stati gli sforzi dell'Unione di coordinare e armonizzare i procedimenti giudiziari transfrontalieri al fine di realizzare una cooperazione giudiziaria rafforzata in materia civile (e penale).

Al riguardo, è appena il caso di ricordare i numerosi atti con cui il legislatore UE ha, da un lato, realizzato il coordinamento delle regole in materia di (i) competenza giurisdizionale internazionale, (ii) riconoscimento ed esecuzione degli atti e dei provvedimenti giudiziari, (iii) notificazione transfrontaliera degli atti giudiziari e (iv) assunzione delle prove; dall'altro lato, istituito procedure giudiziarie uniformi per, ad esempio, il rilascio dell'ingiunzione europea di pagamento, o della "ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari" ovvero per la soluzione di controversie "di modesta entità"<sup>8</sup>. La "*at-*

<sup>8</sup> Il riferimento è, rispettivamente e in particolare, ai regolamenti n. 44/2001, del 22 dicembre 2000, sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (c.d. Bruxelles I); n. 1215/2012, del 12 dicembre 2012, che l'ha sostituito (e per questo si denomina anche Bruxelles I-bis); n. 1393/2007, del 13 novembre 2007, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale; n. 1206/2001, del 28 maggio 2001, relativo alla coope-

*tuazione effettiva di tali misure*” costituisce – secondo quanto ancora di recente ribadito dalla Commissione – una “*priorità dell’Unione*”<sup>9</sup>.

E, come già autorevolmente evidenziato, nel campo della cooperazione giudiziaria transfrontaliera, ormai assunta a settore privilegiato di azione del legislatore UE nell’area del diritto internazionale privato, gli sviluppi in materia di giustizia elettronica sono determinanti per il buon funzionamento delle regole UE applicabili alle – sempre più numerose<sup>10</sup> – controversie civili e commerciali a carattere transfrontaliero, tutte tali regole essendo preordinate a migliorare l’efficienza dei sistemi giudiziari degli Stati membri oltre che a semplificare le procedure, ridurre i costi e migliorare l’accesso alla giustizia<sup>11</sup>.

La necessità di regole in materia di cooperazione giudiziaria transfrontaliera volte a consentire l’impiego di strumenti di comunicazione elettronica si fonda in particolare sul contributo che essi darebbero al conseguimento dell’obiettivo della certezza del diritto che, come ben noto, nelle controversie con implicazioni di internazionalità riveste un rilievo primario. La possibilità di comunicazioni semplici, veloci e dirette è infatti essenziale al fine di acce-

razione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell’assunzione delle prove in materia civile o commerciale; n. 1896/2006, del 12 dicembre 2006, istitutivo della procedura europea di ingiunzione di pagamento; n. 655/2014, del 15 maggio 2014, istitutivo di una procedura europea di sequestro conservativo sui conti bancari al fine di facilitare il recupero transfrontaliero dei crediti in materia civile e commerciale; n. 861/2007, dell’11 luglio 2007, istitutivo di una procedura europea per le controversie di modesta entità. Solo per completezza si ricorda che la base giuridica delle predette misure di diritto processuale civile internazionale, sulle procedure civili uniformi europee e in materia di cooperazione giudiziaria civile è costituita dall’attuale art. 81, par. 2, TFUE.

<sup>9</sup> In questi termini v., ad esempio, la relazione alla proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726 (COM (2020) 712, del 2 dicembre 2020), sulla quale torneremo *infra*, par. 5.

<sup>10</sup> Come si legge nello “Study on the digitalization of cross-border judicial cooperation in the EU” del 21 dicembre 2020 (reperibile all’indirizzo [experts-institute.eu/wp-content/uploads/2019/03/tender-specs-just-20-130-study-regulation-on-digitalisation.pdf](https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2019/03/tender-specs-just-20-130-study-regulation-on-digitalisation.pdf)), “[p]revious studies show that in 2018, in the European Union there were approximately 3.4 million civil and commercial court proceedings with cross-border implications”.

<sup>11</sup> V. M. M. ALBORNOZ, S. PAREDES, *No turning back: information and communication technologies in international cooperation between authorities*, in *Journal of Private International Law*, vol. 17, 2021, pp. 225-226.

lerare i tempi della cooperazione giudiziaria e di favorire, quindi, il perfezionarsi di determinati atti processuali nei modi più rapidi ed economicamente meno dispendiosi possibile<sup>12</sup>.

Così, ad esempio, se nell'ambito del procedimento per controversie di modesta entità (e cioè, come noto, di valore non superiore a EUR 5.000) le parti e il giudice potessero, come regola generale, utilizzare strumenti di comunicazione elettronica anziché cartacei, si accorcerebbero sensibilmente i tempi già dall'inizio della procedura (che prende avvio con il deposito del relativo modulo), passando per la fase intermedia di scambio e comunicazione tra le parti e il giudice (nell'ipotesi in cui l'attore sia richiesto di informazioni aggiuntive rispetto alla domanda formulata, o il convenuto di qualche ulteriore dettaglio in merito alla controversia) fino alla pronuncia della decisione finale. La digitalizzazione di tutti i predetti canali di comunicazione, oltre ad accelerare la durata dell'intero procedimento, lo renderebbe di per sé più attrattivo agli occhi di tutti i soggetti coinvolti, dai cancellieri, ai difensori e alle parti stesse<sup>13</sup>.

Come è stato scritto, pertanto, il progressivo diffondersi dei sistemi di comunicazione elettronica e la loro capacità di facilitare l'accesso alla giustizia nelle controversie a carattere transnazionale ne rende necessaria la crescente integrazione nei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria, dovendosi prendere atto che *"there is no turning back from this convergence"*<sup>14</sup>.

È un dato, tuttavia, che, all'epoca in cui gli strumenti normativi dell'UE in materia di cooperazione giudiziaria sono stati adottati, l'attuale proliferare delle tecnologie informatiche e di comunicazione ("TIC") non poteva, anche solo lontanamente, immaginarsi, il che spiega l'assenza, nei predetti strumenti normativi, di alcun sistematico riferimento ai mezzi di comunicazione elettronica.

Gli strumenti normativi in parola che disciplinano le modalità di comunicazione e di scambio tra le competenti autorità degli Stati membri o tra queste e le parti del procedimento, infatti, si limitano a dettare disposizioni molto generali e tra loro non coerenti, in alcuni casi superate perché non

<sup>12</sup> In questo senso v. ancora M.M. ALBORNOZ, S. PAREDES, *op. loc. cit.*

<sup>13</sup> Così il già cit. "Study on the digitalization of cross-border judicial cooperation in the EU" del 21 dicembre 2020.

<sup>14</sup> Si tratta delle parole di M.M. ALBORNOZ, S. PAREDES, *op. loc. cit.*

tengono conto delle soluzioni di interoperabilità nel frattempo messe a punto e perché, in ogni caso, non impongono l'uso obbligatorio del canale elettronico<sup>15</sup>.

La frammentarietà del quadro normativo di riferimento è, del resto, evidente, sol che si consideri, ad esempio, (i) il regolamento sulle controversie di modesta entità, che – pur oggi prevedendo, a seguito della sua revisione, l'utilizzo delle tecnologie informatiche e di comunicazione, ad esempio, per il pagamento elettronico delle spese di giustizia e le notifiche<sup>16</sup> – consente di scegliere se proporre la domanda per posta o tramite qualunque altro mezzo di comunicazione, come il fax o l'email, che sia accettato nello Stato membro dove il procedimento è instaurato<sup>17</sup>; (ii) il regolamento sull'ingiunzione di pagamento europea, alla cui stregua la relativa domanda può essere presentata in formato cartaceo o utilizzando qualsiasi altro mezzo di comunicazione, anche elettronica, purché ammesso nello Stato membro del giudice adito e riconosciuto nella prassi dell'autorità investita del ricorso<sup>18</sup>; (iii) il regolamento sull'ordinanza europea di sequestro dei conti bancari, ai sensi del quale la relativa domanda può proporsi con qualsivoglia strumento di comunicazione<sup>19</sup>.

Simile divergenza di requisiti in ordine alla comunicazione e allo scambio tra, e con, le autorità competenti nonché, più in generale, l'assenza di alcun obbligo di utilizzo dei canali elettronici nei procedimenti giudiziari a carattere transfrontaliero ha richiamato l'attenzione della Commissione che – come meglio si vedrà anche in appresso – considera urgente e non ulteriormente differibile (tra l'altro) un intervento del legislatore UE volto a sincronizzare le soluzioni di TI dei vari Stati membri e a rimuovere gli ostacoli alla digitalizzazione.

<sup>15</sup> In questi termini v. in particolare il già cit. “Study on the digitalization of cross-border judicial cooperation in the EU” del 21 dicembre 2020.

<sup>16</sup> Cfr. al riguardo E.A. ONȚANU, *Technological Progress and Alternatives to the Cross-Border Enforcement of Small Claims*, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *Informed Choices in Cross-Border Enforcement*, Cambridge, Antwerp, Chicago, 2021, p. 483 ss., spec. p. 490.

<sup>17</sup> V. l'art. 4 par. 1 del già cit. regolamento n. 861/2007.

<sup>18</sup> V. l'art. 7 par. 5 del già cit. regolamento n. 1896/2006.

<sup>19</sup> V. l'art. 8 par. 4 del già cit. regolamento n. 655/2014.

3. Il processo di digitalizzazione della giustizia si inquadra nel contesto più generale dell'*e-Government* (o “governo elettronico” o “pubblica amministrazione elettronica”), volto all'applicazione delle tecnologie informatiche e di comunicazione a tutte le procedure amministrative, e ne costituisce un aspetto specifico, sul presupposto che i lavori europei in materia di firma digitale e di carta d'identità elettronica sono particolarmente pertinenti in ambito giudiziario, dove l'autenticazione degli atti assume un carattere essenziale<sup>20</sup>.

Il lavoro della Commissione sulla *European e-Justice* è iniziato nel 2008, in stretta collaborazione con il Consiglio dell'Unione e le varie associazioni rappresentative degli operatori del diritto e, dal 2009, ha registrato l'implementazione di svariate iniziative a carattere prioritario enucleate da successive Strategie e Piani d'azione, dei quali gli ultimi in ordine di tempo sono rappresentati dalla terza *e-Justice Strategy*<sup>21</sup> e dall'*Action Plan European e-Justice*<sup>22</sup> per il 2019-2023<sup>23</sup>.

Già con la comunicazione “*Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*” del 30 maggio 2008, pertanto, la Commissione, sulla premessa che (i) dopo Amsterdam lo spazio giudiziario europeo è divenuto una “*realtà incontestabile*” e che (ii) le tecnologie informatiche e di comunicazione nell'amministrazione della giustizia sarebbero state un “*inizio di risposta*” alla triplice esigenza di migliorare l'accesso alla, e l'efficacia della, giustizia, oltre che la cooperazione tra autorità giudiziarie, proponeva di addivenire a

<sup>20</sup> In questi termini v. la comunicazione della Commissione, del 30 maggio 2008, *Verso una strategia europea in materia di giustizia elettronica*, COM(2008) 329, p. 3 nonché il “Piano d'azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea”, par. 13. Tra le più recenti iniziative UE in materia di e-Government v. la comunicazione della Commissione del 19 aprile 2016 “Piano d'azione dell'UE per l'eGovernment 2016-2020. Accelerare la trasformazione digitale della pubblica amministrazione” (COM(2016) 179), e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Programma Europa Digitale per il periodo 2021-2027 (COM(2018) 434).

<sup>21</sup> Consultabile all'indirizzo [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(01\)&rid=7](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(01)&rid=7).

<sup>22</sup> Consultabile all'indirizzo [eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(02\)&rid=6](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(02)&rid=6).

<sup>23</sup> In tal senso v. la Roadmap della Commissione relativa alla digitalizzazione della giustizia nell'UE del 30 luglio 2020, disponibile all'indirizzo [ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12547-Digitalizzazione-della-giustizia-nellUE\\_it](http://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12547-Digitalizzazione-della-giustizia-nellUE_it).

una “*strategia globale*” in materia di giustizia elettronica, da un lato, (1) sfruttando le sinergie e lo scambio di buone prassi tra i sistemi giudiziari nazionali e le iniziative varate a livello UE e, dall’altro lato, (2) impegnandosi “*in prima persona*” a contribuire al potenziamento degli strumenti di giustizia elettronica a livello europeo per “*migliorare l’efficienza pratica dell’arsenale giuridico adottato*” dal legislatore UE nel settore della cooperazione giudiziaria<sup>24</sup>.

Le “*Priorità d’azione 2008-2013*” erano quindi individuate dalla Commissione tra l’altro (i) nella creazione di un portale europeo di giustizia elettronica avente la triplice funzione di accesso alle informazioni, specialmente pratiche, relative alle procedure, di orientamento verso i siti UE esistenti e i registri interconnessi nonché, a termine, di creazione di procedure europee interamente elettroniche interconnesse, e (ii) nella progressiva costruzione di uno “*spazio virtuale*” e “*sicuro*” “*di scambi*” tra autorità giudiziarie e nel potenziamento dell’uso della videoconferenza, poco sfruttata nei procedimenti giudiziari transfrontalieri per ragioni culturali, linguistiche e tecniche, ancorché già contemplata, ad esempio, dagli artt. 10 e 17 del regolamento n. 1206/2001 in materia di prove e dall’art. 9 del regolamento sulle controversie di modesta entità<sup>25</sup>.

Per parte sua, il Consiglio, con il Piano d’azione pluriennale 2009-

<sup>24</sup> V. la già cit. comunicazione della Commissione del 30 maggio 2008.

<sup>25</sup> Il riferimento è, rispettivamente, ai già cit. regolamenti (CE) n. 1206/2001 e n. 861/2007. Si veda anche la risoluzione del Parlamento europeo, del 18 dicembre 2008, recante raccomandazioni alla Commissione sulle iniziative da assumere in materia di giustizia elettronica. Secondo tale risoluzione, (i) la Commissione avrebbe dovuto procedere a una revisione di tutta la legislazione esistente in materia di giustizia civile e proporre le modifiche necessarie al fine di rendere la normativa vigente compatibile con le esigenze della giustizia elettronica. Più specificamente, in questo ambito la Commissione era invitata a esaminare in via prioritaria la procedura europea per le controversie di modesta entità, il titolo esecutivo europeo e la risoluzione alternativa delle controversie (ADR), in modo da consentire ai cittadini e alle imprese di accedervi direttamente *on-line*. Analogamente, si raccomandava di rivedere i già citati regolamenti (i) sulla notificazione e comunicazione degli atti e (ii) relativo all’assunzione delle prove in materia civile. L’obiettivo avrebbe dovuto essere quello di fornire una gamma di strumenti semplici ed efficaci, utili e utilizzabili dai cittadini e dalle piccole imprese, e non un sistema che favorisse solo gli operatori commerciali nel trattamento di controversie seriali. La risoluzione, inoltre, raccomandava (ii) l’avvio della progettazione e di studi di fattibilità relativi a un portale europeo di giustizia elettronica dotato di funzionalità rivolte ai cittadini e agli operatori del diritto.

2013<sup>26</sup>, affermava la necessità di passare dalla “*giustizia elettronica*” alla “*giustizia elettronica europea*”, sul presupposto che l’impiego delle TIC costituisse una “*questione orizzontale*” nel quadro delle procedure giudiziarie europee a carattere transfrontaliero e che la loro funzione dovesse essere di accesso all’informazione, di smaterializzazione delle procedure e di comunicazioni tra le autorità giudiziarie, sempre nel pieno rispetto del principio di indipendenza della giustizia e della tutela dei dati personali. In tale direzione, anche il Piano proponeva essenzialmente, oltre al rafforzamento della sicurezza e dell’efficienza dello scambio di informazioni tra autorità giudiziarie, la realizzazione di un portale della giustizia elettronica con punti di accesso all’informazione europea e nazionale e a funzionalità nazionali “*mediante un’interfaccia plurilingue conviviale che le renda comprensibili ai cittadini europei*”<sup>27</sup>.

All’istituzione del portale europeo della giustizia si è quindi giunti nel 2010, con il lancio della piattaforma quale sportello unico (“*one-stop shop*” o “*primary outlet*”, come è anche stato definito) per le informazioni giudiziarie nell’UE<sup>28</sup>.

Da allora, le informazioni ivi accessibili sono state gradualmente integrate e ampliate per ricomprendere quelle sulla legislazione, anche processuale, e sulla giurisprudenza sia dell’UE sia dei vari Stati membri oltre che sulla prassi delle corti nazionali. Ha accessi separati per privati, imprese, avvocati e autorità giudiziarie, ospitando al suo interno la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale attraverso la quale – mercé i diversi punti di contatto nazionale – avvengono gli scambi di informazioni nell’ambito della cooperazione giudiziaria transfrontaliera<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> V. il Piano d’azione pluriennale 2009-2013 in materia di giustizia elettronica europea.

<sup>27</sup> V. il Piano d’azione pluriennale 2009-2013 cit., spec. parr. 25-33.

<sup>28</sup> Il portale è accessibile al seguente indirizzo: [e-justice.europa.eu](http://e-justice.europa.eu).

<sup>29</sup> La Rete giudiziaria europea, attiva dal 2002, è stata istituita con decisione n. 2001/470/CE del Consiglio del 28 maggio 2001, successivamente modificata con decisione 568/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009. Tra gli obiettivi della Rete rientrano: la gestione migliore delle cause transfrontaliere, il dialogo tra i punti di contatto nazionali, la facilitazione dell’accesso alla giustizia nelle liti transfrontaliere attraverso la condivisione di buone pratiche e l’aggiornamento del pubblico e dei professionisti sulle informazioni rilevanti nel settore della giustizia civile. La Rete fornisce schede di sintesi riguardanti sia il diritto nazionale che il diritto dell’Unione europea, nonché le informazioni sulle modalità concrete di funzionamento dei vari strumenti messi a disposizione del cittadino.

Pur avendo consentito un importante progresso nella direzione della raccolta, sistematizzazione e accessibilità delle informazioni relative alla giustizia europea e dei singoli Paesi membri, il portale ha via via evidenziato diversi difetti di funzionamento – cui si è peraltro cercato di ovviare con la nuova versione, in linea dal 15 gennaio 2021 –, per lo più dovuti (*i*) alla difficoltà di navigazione, le varie informazioni messe a disposizione al suo interno non essendo risultate di agevole reperibilità; (*ii*) al ritardo nell’aggiornamento di certe informazioni e alla inadeguatezza, o financo assenza, della traduzione in tutte le lingue ufficiali di alcune di esse, il che, soprattutto quando si tratti di dati relativi alle prassi seguite nelle varie corti nazionali, può a sua volta pregiudicare l’adeguato funzionamento delle procedure europee uniformi, come ad esempio si verifica quando non è reso noto se l’autorità di un certo Stato membro ammetta, o meno, l’avvio della procedura mediante compilazione online e deposito telematico del modulo standard disponibile sullo stesso portale<sup>30</sup>.

Sempre nella direzione della digitalizzazione della cooperazione giudiziaria transfrontaliera, e accanto alle iniziative intraprese e condotte direttamente dall’Unione, merita altresì dare conto del sistema “e-CODEX” (*e-Justice Communication through On-line Data Exchange*), lanciato nell’ambito del predetto piano d’azione pluriennale 2009-2013 e messo a punto su base volontaria, anche con il sostegno finanziario dell’UE, tra il 2010 e il 2016, da ventuno Stati membri (inclusa l’Italia) in consorzio tra loro, con la partecipazione di altri paesi e organizzazioni terzi<sup>31</sup>.

Attualmente, il sistema e-CODEX facilita la comunicazione elettronica tra i cittadini e gli organi giurisdizionali nonché tra le amministrazioni degli Stati membri in alcuni procedimenti civili (e penali) transfrontalieri, consen-

<sup>30</sup> In argomento v. J. HOEVENAARS, X. KRAMER, *Improving Access to Information in European Civil Justice*, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *Informed Choices*, cit., p. 503 ss., spec. pp. 510-512.

<sup>31</sup> Questi gli altri Stati membri consorziati: Austria, Belgio, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettoni, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Spagna e Ungheria. Di seguito, inoltre, (i) gli Stati terzi partecipanti: Norvegia, Regno Unito Turchia e Isola di Jersey, e (ii) le associazioni professionali coinvolte: Consiglio degli ordini forensi dell’Unione europea e Consiglio dei notariati dell’Unione europea.

tendo lo scambio di documenti e informazioni tra i sistemi nazionali mediante moduli standard digitali<sup>32</sup>.

In termini strettamente tecnologici, il sistema si configura come una rete decentrata di punti di accesso stabiliti in ciascuno degli Stati partecipanti ad esso. Pertanto, e-CODEX non si sostituisce ai sistemi di “*back-end*” operanti nel settore della giustizia dei singoli Stati membri, ma li mette piuttosto in collegamento tra loro e con l’UE via internet, attraverso una serie comune di protocolli. In questo modo, ciascun partecipante ha il proprio punto di accesso che gli consente di comunicare con gli altri<sup>33</sup>.

Gli strumenti normativi della cooperazione giudiziaria civile rispetto ai quali e-CODEX opera sono, ad oggi, i già menzionati regolamenti n. 1896/2006 sull’ingiunzione di pagamento europea e n. 861/2007 sulle controversie di modesta entità<sup>34</sup>. L’elenco, però, è destinato ad ampliarsi con l’aggiunta, anzitutto, dei regolamenti in materia di prove e di notificazioni all’estero che, come vedremo, sono stati di recente interessati da un significativo intervento di riforma ad opera del legislatore UE<sup>35</sup>.

Vi sono, inoltre e come noto, altri strumenti normativi – quali ad esempio lo stesso regolamento generale sulla giurisdizione e sulla circolazione delle sentenze in materia civile e commerciale, c.d. Bruxelles I-*bis*, e alcuni altri

<sup>32</sup> In questi termini v. la già citata (*supra*, nota 9) relazione alla Proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX), p. 1, sulla quale torneremo *infra*, par.5.

<sup>33</sup> V. ancora la relazione alla proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX), p. 1 nonché il “EU Legislation in Progress Briefing” del Parlamento europeo del giugno 2021, relativo alla medesima proposta di regolamento e reperibile all’indirizzo [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690667/EPRS\\_BRI\(2021\)690667\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690667/EPRS_BRI(2021)690667_EN.pdf), p. 4.

<sup>34</sup> Esso è altresì connesso al sistema *i-Support*, di comunicazione e di gestione delle cause per il recupero dei crediti alimentari, adottato in seno alla Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato: v. il par. 1.1 dell’*Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a computerised system for communication in cross-border civil and criminal proceedings (e-CODEX system), and amending Regulation (EU) 2018/1726*, SWD(2020) 541 final del 2 dicembre 2020. V. pure il già richiamato “EU Legislation in Progress Briefing” del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento e-Codex, p. 4.

<sup>35</sup> V. *infra*, par. successivo.

regolamenti “settoriali”, come quelli sul titolo esecutivo europeo e sul sequestro conservativo di conti bancari – che a propria volta si prestano particolarmente all’impiego del sistema in esame per prevedere già nella loro attuale versione un flusso e uno scambio di comunicazioni mediante moduli standard tra le competenti autorità degli Stati membri o tra queste e le parti del procedimento. Tanto più che alcuni dei moduli predetti sono disponibili anche in formato digitale sul portale della giustizia elettronica e che, comunque, la loro stessa esistenza ne rende più semplice la conversione nel formato elettronico (“XML”) su cui si fonda lo scambio con mezzi elettronici interoperabili<sup>36</sup>.

Peraltro, l’utilizzabilità di e-CODEX dipende dalla legge nazionale applicabile. Tra gli Stati membri, infatti, ve ne sono dodici che non ammettono la comunicazione dell’ingiunzione di pagamento europea per via elettronica e quindici nei quali il procedimento per controversie di modesta entità non può introdursi telematicamente.

È dunque evidente che, nonostante i progetti e le iniziative – anche su base volontaria – sviluppati sino ad oggi, il risultato della piena digitalizzazione della cooperazione giudiziaria civile transfrontaliera non è ancora stato raggiunto.

E, come emerge da quanto sin qui osservato, tra le principali barriere che si frappongono al suo raggiungimento deve senz’altro annoverarsi proprio la libertà di scelta che è lasciata agli Stati membri in ordine all’utilizzo, o meno, da parte delle rispettive autorità competenti, degli strumenti digitali per la comunicazione e lo scambio transfrontalieri di dati e informazioni. Come infatti dimostra l’esperienza di e-CODEX, solo alcuni membri dell’Unione hanno attualmente optato per la partecipazione ad esso e per il suo utilizzo, che comunque dipende – in assenza di norme uniformi a livello UE – dalla legislazione nazionale volta a volta applicabile e dalla possibilità ivi ammessa di usare mezzi di comunicazione elettronica<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> V., in questi termini, il già citato “Study on the digitalization of cross-border judicial cooperation in the EU” del 21 dicembre 2020.

<sup>37</sup> In tal senso v. l’*Impact Assessment* relativo alla proposta di regolamento e-CODEX, pp. 9-10, consultabile all’indirizzo [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/law/cross-border\\_cases/documents/e-codex-impact-assessment\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/law/cross-border_cases/documents/e-codex-impact-assessment_en.pdf).

4. L'esigenza di imprimere un deciso impulso al processo UE di digitalizzazione della giustizia e della cooperazione giudiziaria transfrontaliera è infine emersa in tutta la sua urgenza con il sopravvento della crisi pandemica da COVID-19<sup>38</sup>.

Emblematiche, al riguardo, sono state le difficoltà di funzionamento dei meccanismi di cooperazione sottesi, ad esempio, ai già menzionati regolamenti (CE) n. 1393/2007, sulle notifiche transfrontaliere, e n. 1206/2001, sull'assunzione di prove all'estero.

Come ben noto, infatti, ai sensi del primo regolamento la notifica degli atti in materia civile e commerciale avviene ad opera degli organi designati da ciascuno Stato membro per la relativa trasmissione e ricezione, organi l'attività dei quali nel periodo pandemico è stata tuttavia grandemente limitata dagli Stati medesimi che, con misure pubblicate sulla rete giudiziaria europea<sup>39</sup>, hanno, nella maggior parte dei casi, disposto il rinvio delle notifiche non urgenti e, ove possibile – al fine di sventare il rischio che certi termini perentori stabiliti (ad esempio dall'art. 6 e dall'art. 7 del regolamento) spirassero, determinando insanabili decadenze per autorità nazionali, giudici e parti in causa –, accordato priorità all'utilizzo dei canali elettronici.

Lo stesso si è verificato per il sopra citato regolamento sulle prove. In Germania, ad esempio, la decisione se ammettere o meno un'istanza probatoria ai sensi di detto regolamento è stata rimessa alla discrezionalità del giudice e risolta caso per caso, mentre in Francia si è disposto che l'esecuzione delle istanze in questione avvenisse in modalità elettronica e successivamente alla conclusione del periodo di emergenza<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> In argomento v., *ex plurimis*, A. BIARD, J. HOEVENAARS, X. KRAMER, E. THEMELI, *Introduction: The Future of Access to Justice – Beyond Science Fiction*, in X. KRAMER, A. BIARD, J. HOEVENAARS, E. THEMELI (eds.), *New Pathways to Civil Justice*, Berlin-Heidelberg, 2021, pp. 15-16, che scrivono: “*The Covid-19 crisis that emerged in 2020 has also served as a catalyst in the move towards digitalisation of court procedures, with courts forced to offer their services almost exclusively online under the influence of widespread lockdowns. Courts in many countries have adapted to the crisis and embraced technology. Online hearings and digital documents suddenly became the norm and, perhaps, will become the new normal. Above all, this situation shows that digital technology is a need rather than a luxury*”.

<sup>39</sup> Il riferimento è al documento “Covid-19 Impact on Civil Proceedings – National Measures”, consultabile nel portale europeo della giustizia elettronica (<https://e-justice.europa.eu>).

<sup>40</sup> Così è riportato nel documento “Covid-19 Impact on Civil Proceedings – National

Più in generale, al fine di limitare l'impatto delle restrizioni alla circolazione delle persone provocate dalla pandemia sui sistemi di giustizia nazionali e sulla cooperazione giudiziaria transfrontaliera, le video-conferenze – seppur già parte integrante del summenzionato *European e-Justice action plan 2009-2013*<sup>41</sup> e incluse tra gli strumenti di comunicazione dagli artt. 10, par. 4 e 17, par. 4 del regolamento sulle prove – e, comunque, le piattaforme virtuali sono divenute di uso comune negli Stati membri<sup>42</sup>, ancorché per il tramite di sistemi informatici tra loro parcellizzati e non omogenei anche sotto il profilo di un'adeguata tutela della sicurezza, della protezione dei dati e della salvaguardia dei diritti fondamentali<sup>43</sup>.

È, dunque, in questo quadro che si inseriscono, da un lato, (A) la recente rifusione (*recast*) della sopra citata disciplina sull'assunzione delle prove e sulle notifiche transfrontaliere, realizzata, rispettivamente, dai regolamenti (UE) 2020/1783 e 2020/1784<sup>44</sup>, i quali individuano nella trasmissione elettronica il canale “*di default*” per le comunicazioni e lo scambio dei documenti, (i) disponendo che tutte tali attività debbano avere luogo per il tramite di un sistema decentrato di TI che comprenda quelli nazionali, tra loro interconnessi e tecnicamente interoperabili, e si basi, ad esempio, su e-CODEX; (ii) limitando l'utilizzo dei tradizionali strumenti di comunicazione a casi eccezionali quali il guasto del sistema di TI o la sua oggettiva inutilizzabilità e (iii) potenziando l'impiego della videoconferenza (o di altre forme di comunicazione a distanza) e della notifica transfrontaliera diretta per via elettronica nel rispetto delle garanzie procedurali delle parti<sup>45</sup>.

Measures” cit.

<sup>41</sup> Nel quale era incluso il “*Videoconferencing*” project.

<sup>42</sup> V. ancora A. BIARD, J. HOEVENAARS, X. KRAMER, E. THEMELI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>43</sup> In argomento v., *ex plurimis*, E.A. ONȚANU, *European Commission Proposal for a Regulation on Digitalisation of Judicial Cooperation*, consultabile all'indirizzo [eapil.org/2022/01/19/european-commission-proposal-for-a-regulation-on-digitalisation-of-judicial-cooperation/](http://eapil.org/2022/01/19/european-commission-proposal-for-a-regulation-on-digitalisation-of-judicial-cooperation/).

<sup>44</sup> Regolamento (UE) 2020/1783, del 25 novembre 2020, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale (assunzione delle prove) (rifusione); regolamento (UE) 2020/1784, del 25 novembre 2020, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale («notificazione o comunicazione degli atti») (rifusione), *ivi*, p. 40 ss.

<sup>45</sup> Su tali aspetti dei regolamenti in parola, che diverranno applicabili dal 1° luglio 2022,

Dall'altro lato, e sulla scia dei predetti regolamenti, (B) la nuova iniziativa legislativa intrapresa dalla Commissione al fine di dare concretamente seguito al processo di digitalizzazione della cooperazione giudiziaria civile, della quale si darà conto subito in appresso.

5. Con comunicazione del 2 dicembre 2020 dal titolo “*Digitalizzazione della giustizia nell’Unione europea. Un pacchetto di opportunità*”<sup>46</sup>, infatti, la Commissione, (a) preso atto delle inefficienze degli scambi transfrontalieri generate dalla – sopra vista – mancanza di alcuna prescrizione, nella normativa attuale UE, circa le modalità di tali scambi, che quindi restano variegiate tra gli Stati membri e comunque prevalentemente di tipo cartaceo<sup>47</sup>, (b) ha dichiarato di voler perseguire il duplice obiettivo di (i) supporto, a livello na-

v. A. LEANDRO, *L’assunzione delle prove all’estero in materia civile nell’era dell’innovazione digitale*, Torino, 2021, spec. pp. 1-26.

<sup>46</sup> Il riferimento è alla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2020) 710, preannunciata dal “*2021 Work Programme*” della Commissione (COM(2020) 690, del 19 ottobre 2020, “*Un’Unione vitale in un mondo fragile*”), nei cui *key-documents* è espressamente indicata l’adozione di un pacchetto sulla cooperazione giudiziaria digitale comprensivo della digitalizzazione della cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

<sup>47</sup> V. la comunicazione in esame, spec. pp. 3-4. Offre un’efficace panoramica del livello di digitalizzazione dei sistemi giudiziari negli Stati membri il quadro di valutazione UE della giustizia di cui al già cit. “*2021 EU Justice Scoreboard*”, COM(2021) 389, spec. pp. 31-40. Tale documento, preso atto che “*most Member States already use digital solutions in different contexts and to varying degree*”, segnala che “*there is significant room for improvement*”, ad esempio, rispetto (i) all’accesso *online* che ciascuno Stato membro offre rispetto a informazioni sul proprio sistema giudiziario; (ii) all’esistenza, negli ordinamenti nazionali, di regole processuali “*digital-ready*” che ammettano l’uso di strumenti di comunicazione a distanza e di mezzi probatori esclusivamente digitali; (iii) all’utilizzo di dispositivi elettronici da parte dei giudici e dello staff delle corti per l’espletamento delle attività di loro rispettiva competenza e per la comunicazione sicura tra loro e con altre autorità nazionali o categorie di operatori del diritto; (iv) all’accesso *online* dei cittadini alle informazioni riguardanti il proprio fascicolo e alle relative decisioni (solo nove Stati membri avendo consentito tale accesso, nel 2020, rispetto a tutte le sentenze civili, commerciali e amministrative rese dalle proprie corti di seconda istanza); (v) all’impiego di soluzioni digitali che consentono l’adozione di decisioni giudiziarie leggibili elettronicamente in funzione dell’estrapolazione dei dati sui quali si fondano le applicazioni di IA (“*algorithm-friendly justice system*”).

zionale, degli Stati membri nella digitalizzazione dei rispettivi sistemi di giustizia e (ii) miglioramento, a livello UE, della cooperazione giudiziaria transfrontaliera, promuovendo l'utilizzo della tecnologia di comunicazione e di scambio digitali oltre che l'interconnessione tra i registri e le banche dati ("database") nazionali, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali<sup>48</sup>.

Tra gli strumenti ("tools") individuati al fine di realizzare tali risultati, la Commissione ha incluso (a) l'adozione di un'iniziativa legislativa UE che renda "di default" l'opzione dei canali digitali e attribuisca piena efficacia alla comunicazione elettronica nelle procedure transfrontaliere<sup>49</sup>; (b) la creazione in via prioritaria, da parte degli Stati membri, dei registri e dei database elettronici come condizione preliminare per la loro interconnessione, lo sviluppo e la diffusione dello strumento della videoconferenza in stretta cooperazione e mediante scambio di *best practices* tra i vari sistemi nazionali così da assicurare fiducia reciproca, interoperabilità e sicurezza, e l'uso delle applicazioni di intelligenza artificiale (IA) in modo da sfruttarne le potenzialità in chiave di miglioramento dell'accesso alla giustizia<sup>50</sup>; (c) l'elezione di e-CODEX a norma di riferimento ("*gold standard*") per stabilire una rete di comunicazione interoperabile, sicura e decentrata tra i sistemi informatici nazionali nei procedimenti transfrontalieri civili (e penali)<sup>51</sup>.

L'attivazione di tale ultimo "tool" si è tradotta nella proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili (e penali) transfrontalieri con cui, nella stessa data del 2 dicembre 2020, la Commissione ha inteso dotare di una base giuridica appropriata il sistema e-CODEX, identificandolo alla stregua di "default tool" della cooperazione giudiziaria digitale tra gli Stati UE<sup>52</sup>.

Con tale testo, attualmente all'esame del Parlamento europeo secondo la procedura legislativa ordinaria, la Commissione, in sintesi, (i) mira a rendere il sistema e-CODEX la soluzione digitale primaria dell'Unione per una tra-

<sup>48</sup> V. la comunicazione in esame, spec. p. 2.

<sup>49</sup> V. la comunicazione in esame, spec. pp. 9-11.

<sup>50</sup> V. la comunicazione in esame, spec. pp. 11-13, 14 e 16, nonché 17.

<sup>51</sup> V. la comunicazione in esame, spec. p. 18.

<sup>52</sup> La denominazione completa è la seguente: proposta di regolamento relativo a un sistema informatizzato di comunicazione per i procedimenti civili e penali transfrontalieri (sistema e-CODEX) e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726 (COM (2020) 712, del 2 dicembre 2020).

smissione sicura e affidabile di dati elettronici nei procedimenti civili (e penali) transfrontalieri negli Stati membri, in conformità agli atti giuridici sulla cooperazione giudiziaria, (ii) garantendo l'indipendenza delle autorità giudiziarie nazionali attraverso un modello di *governance* che le rappresenti adeguatamente con assegnazione di un bilancio separato all'entità di gestione del sistema, e (iii) individuando tale entità nell'Agenzia dell'UE per la gestione operativa dei sistemi di TI su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA), con conseguente modifica del regolamento (UE) 2018/726, che l'ha istituita, al fine di ricomprendere e-CODEX tra le sue competenze<sup>53</sup>.

All'implementazione del “*tool*” riportato *sub (a)* dei contenuti della comunicazione del 2020 la Commissione ha quindi provveduto esattamente un anno dopo, mediante la proposta di regolamento sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale (e penale) a livello transfrontaliero<sup>54</sup>.

Con essa, in sostanza, (i) si mira a rendere obbligatoria (salve alcune specifiche eccezioni) la comunicazione digitale tra i giudici e le altre autorità

<sup>53</sup> V. la già cit. relazione alla proposta di regolamento e-CODEX, p. 2. V. altresì l'art. 1 della proposta e il relativo allegato I, che contiene l'elenco degli strumenti giuridici in materia di cooperazione giudiziaria rispetto ai quali il futuro regolamento dovrebbe operare. L'Agenzia eu-LISA (istituita dal citato regolamento (UE) 2018/1726, del 14 novembre 2018, che modifica il regolamento (CE) n. 1987/2006 e la decisione 2007/533/GAI e che abroga il regolamento (UE) n. 1077/2011), peraltro, non riprenderebbe il sistema e-CODEX prima del luglio 2023, atteso che, come si legge sempre nella relazione alla proposta, il passaggio di consegne non può avvenire prima a causa dei “*compiti impegnativi*” che eu-LISA sta svolgendo attualmente. Con il documento preparatorio all'orientamento generale, doc. 9005/21, del 28 maggio 2021 (consiliumeuropa.eu), il Consiglio dell'UE ha segnalato l'opportunità di alcune modifiche al testo della proposta, riguardanti, in particolare, le garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie, mediante attribuzione al “*Programme Management Board*” del compito di vigilare affinché tutte le misure – tecniche o organizzative – di eu-LISA relative al sistema e-CODEX siano assunte nel rispetto di tale indipendenza.

<sup>54</sup> La denominazione completa è la seguente: proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria (COM (2021) 759, del 1° dicembre 2021), anch'essa preannunciata – come si è visto (nota 46 *supra*) a proposito della comunicazione del 2020 – dal Programma di lavoro della Commissione per il 2021 dal titolo “Un'Unione vitale in un mondo fragile”.

competenti degli Stati membri oltre che l'accettazione, da parte delle predette autorità, di tale modalità di comunicazione della quale i singoli, persone fisiche o persone giuridiche, nell'esercizio della libertà di scelta loro riconosciuta, decidano di avvalersi nell'ambito di procedimenti giudiziari a carattere transfrontaliero, (ii) e si fornisce la base giuridica per lo svolgimento delle udienze in videoconferenza o con altre tecnologie di comunicazione a distanza<sup>55</sup>.

In questa prospettiva, il futuro regolamento dovrebbe apportare una serie di modifiche, tra l'altro, ai regolamenti sulle procedure europee transfrontaliere in materia di ingiunzione di pagamento, controversie di modesta entità e sequestro dei conti bancari al fine di (i) consentire la presentazione delle relative domande in via telematica; (ii) garantire il riconoscimento della firma elettronica; (iii) permettere il pagamento delle spese di giustizia con mezzi digitali e (iv) assicurare la comunicazione in via telematica tra le autorità competenti nonché tra queste e le parti in causa<sup>56</sup>.

Stando alla proposta, anche il portale della giustizia europea sarà soggetto a modifiche per consentire che i sopra indicati scambi e interazioni digitali possano avere luogo sulla base dell'interoperabilità dei punti di accesso nazionali e dell'UE garantita dal sistema e-CODEX<sup>57</sup>.

**6.** Così ricostruito lo stadio attuale di evoluzione del processo di digitalizzazione della cooperazione giudiziaria UE in materia civile, pare opportu-

<sup>55</sup> V. spec. la relazione alla proposta di regolamento, p. 10 e gli artt. 1, 3 e 5-7 della proposta medesima, che esclude dalla sfera di operatività del futuro regolamento la materia delle notifiche e dell'assunzione delle prove all'estero in quanto, come visto, governate da regolamenti *ad hoc* (v. *supra*, par. 4). L'art. 10, inoltre, con disposizione analoga a quella contenuta negli artt. 8 e 6 dei predetti regolamenti, rispettivamente, sulle prove e sulle notifiche, stabilisce il divieto di negare efficacia giuridica ai, o di considerare inammissibili i "documenti trasmessi con comunicazione elettronica" "per il solo fatto della loro forma elettronica".

<sup>56</sup> Stando alla Proposta, interventi di riforma dovrebbero riguardare pure il regolamento insolvenza (regolamento (UE) 2015/848, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza) rispetto (i) alla cooperazione e alla comunicazione tra corti relativa alle procedure secondarie, per permetterne lo svolgimento tramite il sistema e-CODEX di comunicazione elettronica decentrata e (ii) alla possibilità per i creditori stranieri di presentare istanze nelle procedure di insolvenza in formato elettronico.

<sup>57</sup> V. l'art. 4 della proposta.

no, in conclusione, provare a svolgere qualche considerazione sui vantaggi, ma anche sui potenziali rischi, di tale processo – “*obbligatorio*”, secondo la Commissione<sup>58</sup> – e sulle relative cautele che dovrebbero osservarsi all’atto della sua implementazione.

Non vi è, infatti, dubbio alcuno che la digitalizzazione dei procedimenti giudiziari *cross-border* – da realizzarsi, secondo il sopra visto programma della Commissione, anche attraverso lo scambio delle buone prassi al riguardo sviluppate dagli Stati membri – favorisca un’accelerazione e, in generale, una maggiore efficienza nell’amministrazione della giustizia<sup>59</sup>.

E, analogamente, non possono che valutarsi positivamente i benefici effetti (*i*) di potenziamento della resilienza dei sistemi giudiziari attraverso la messa a punto di nuovi strumenti digitali, specialmente riguardanti la sicurezza dei sistemi di TI, (*ii*) di garanzia dell’integrità e della sicurezza (sia in termini di “*safety*”, che di “*security*”) delle informazioni trasferite (pur con l’avvertenza che, soprattutto in considerazione della natura volatile dei dati digitali, occorre incrementarne considerevolmente la velocità di comunicazione) e (*iii*) di semplificazione, per i privati e le imprese, dell’accesso alle informazioni riguardanti il funzionamento dei procedimenti nazionali all’interno di ciascuno Stato membro oltre che la situazione processuale dei giudizi che li riguardano<sup>60</sup>.

La progressiva introduzione della tecnologia digitale nei sistemi di giustizia nazionale li ha innegabilmente resi, in altri termini, più efficienti, semplificando, per l’utenza, l’accesso alle informazioni e, in ultima analisi, lo stesso accesso alla giustizia.

Un ruolo decisivo in tale direzione è senz’altro svolto dalle applicazioni di IA, che consentono di estrarre informazioni da moli ingenti di parole in intervalli di tempo significativamente più brevi di quelli impiegati quando le stesse attività sono espletate con l’impiego di risorse umane. La possibilità,

<sup>58</sup> V. la comunicazione del 2020, esaminata nel par. precedente, spec. a p. 6.

<sup>59</sup> In tal senso v. le risposte del Council of Bars and Law Societies of Europe ([www.cbbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/IT\\_LAW/ITL\\_Position\\_papers/EN\\_ITL\\_20210429\\_Public-consultation-on-digitalisation-of-cross-border-judicial-cooperation.pdf](http://www.cbbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/IT_LAW/ITL_Position_papers/EN_ITL_20210429_Public-consultation-on-digitalisation-of-cross-border-judicial-cooperation.pdf)) alla consultazione pubblica sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria *cross-border*.

<sup>60</sup> V. ancora le citate risposte del Council of Bars and Law Societies of Europe alla consultazione pubblica sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria *cross-border*.

tramite queste applicazioni, di risolvere questioni giuridiche sulla base delle informazioni così estrapolate costituisce un'ulteriore evoluzione dell'impiego della IA nell'erogazione delle attività giudiziarie, la cui ultima frontiera consiste nella potenziale sostituzione di tale risorsa a quelle umane. Con il progredire delle soluzioni di IA di analisi dei testi e dei dati, potranno essere messi a punto dispositivi capaci non solo di replicare gli argomenti già sviluppati ma anche di elaborarne di nuovi<sup>61</sup>.

Riprendendo l'efficace sintesi di un'autrice, la tecnologia può quindi contribuire al rafforzamento dell'accesso alla giustizia (*i*) supportando scambi interattivi per il tramite di mezzi di comunicazione a distanza e della disseminazione di informazioni rilevanti nonché (*ii*) delineando procedure guidate e istruzioni utili alle parti per condurre procedure giudiziarie e non giudiziarie oltre che per l'introduzione e la trattazione delle cause<sup>62</sup>.

Ci sono, del resto e come già evidenziato, alcuni strumenti normativi, e alcuni segmenti della cooperazione giudiziaria transfrontaliera dell'Unione nei quali l'impiego dei canali di comunicazione elettronica dovrebbe essere incentivato in via prioritaria.

Il riferimento è in particolare, da un lato, alle cause che, come quelle in materia di rapporti familiari, più tipicamente richiedono interventi rapidi e tempestivi da parte delle autorità competenti; dall'altro lato, all'accesso a decisioni e a informazioni relative allo *status* dei procedimenti (ad esempio, rispetto ai procedimenti di esecuzione forzata, per consentire l'agevole individuazione, da parte di singoli e delle imprese, delle autorità che nei singoli Stati membri sono al riguardo competenti); al rilascio dei certificati previsti nei regolamenti (ad esempio, per ottenere direttamente dallo Stato membro straniero quello necessario all'efficacia esecutiva transfrontaliera di una decisione ai sensi del regolamento Bruxelles I-*bis*); alla trasmissione di tutte le informazioni rilevanti nei casi di sottrazione di minori o di decisioni relative alla loro collocazione; alla presentazione della domanda di accesso al patrocinio a spese dello Stato<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> X. KRAMER, E. VAN GELDER, E. THEMELI, *e-Justice in the Netherlands: the Rocky Road to Digitised Justice*, consultabile all'indirizzo [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3167543](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3167543).

<sup>62</sup> E.A. ONTANU, *Technological Progress* cit., spec. p. 487.

<sup>63</sup> In tal senso v. nuovamente le risposte del Council of Bars and Law Societies of Europe alla consultazione pubblica sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria *cross-border*.

Fermo tutto quanto sopra, occorre non di meno prendere atto che la digitalizzazione della giustizia e, per quanto qui rileva, della cooperazione giudiziaria civile, si scontra ancora con una certa resistenza, e deve superare le esitazioni, di quanti dubitano dei suoi reali effetti benèfici.

Non è solo questione dello “scetticismo culturale” che, secondo alcuni, spiegherebbe la resistenza alla digitalizzazione dei paesi nei quali la tradizione del processo orale è fortemente radicata ovvero il timore della non adeguata affidabilità della tecnologia. Né si tratta semplicemente dell’esitazione rispetto a un cambiamento verso l’ignoto che comunque comporti l’abbandono di radicate abitudini o tradizioni legate al funzionamento delle istituzioni e alle categorie proprie di ciascun sistema giuridico nazionale<sup>64</sup>.

Piuttosto, come emerso in occasione delle consultazioni effettuate dalla Commissione oltre che dalle riflessioni formulate dai più attenti commentatori, le ragioni sottostanti alle predette resistenza ed esitazioni si fondano sia sull’esistenza di alcuni ostacoli oggettivi (non a caso definiti “*key barriers*”) alla completa digitalizzazione sia sugli svantaggi che essa può comportare sia – ancora e soprattutto – sui rischi di lesione dei diritti fondamentali ad essa correlati.

Una piena digitalizzazione della giustizia e, quindi, della cooperazione giudiziaria non può infatti realizzarsi senza superare, ad esempio, (i) il difetto di interoperabilità tra i diversi sistemi e dispositivi digitali adottati dagli Stati membri, (ii) il c.d. “*digital gap*” che affligge alcuni ordinamenti o alcune categorie di utenti dei sistemi giudiziari nazionali a causa della carente dotazione tecnologica di cui dispongono, (iii) la copertura di rete ancora inadeguata e inaffidabile nonché (iv) l’analfabetismo digitale che si riscontra in buona parte della popolazione UE. Parimenti ostativi al processo di digitalizzazione risultano (v) gli attuali limiti alla capacità delle autorità competenti di verificare la firma elettronica apposta conformemente alla legislazione di altri Stati membri. Anche se il regolamento eIDAS<sup>65</sup> stabilisce che le firme apposte conformemente alla sua disciplina dovrebbero avere la stessa efficacia di quelle autografe, vi sono ancora molti Stati nei quali tale efficacia non è riconosciuta.

<sup>64</sup> X. KRAMER, E. VAN GELDER, E. THEMELI, *e-Justice in the Netherlands*, cit.

<sup>65</sup> Il riferimento è al regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE.

D'altra parte, e come anticipato, la digitalizzazione non può considerarsi il bene assoluto né la soluzione di tutti i problemi della giustizia o della cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

Tra i principali risvolti negativi opportunamente messi in evidenza rispetto a tale processo, devono infatti senz'altro menzionarsi i rischi legati alla inutilizzabilità dei sistemi informatici per guasti, virus o "bugs", che a sua volta pregiudica la garanzia di accesso alla giustizia rendendo necessario il mantenimento dello strumento tradizionale della comunicazione e dello scambio cartacei anche solo per l'ipotesi che i dati digitali, per qualsiasi ragione, siano distrutti o comunque non recuperabili.

Infine, ma non per ordine di importanza, particolari cautele vanno approntate affinché la digitalizzazione abbia luogo nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, e in particolare, per quanto qui rileva, all'equo processo e alla difesa, così come consacrati dagli artt. 6 della CEDU e 47 della Carta UE dei diritti fondamentali, e via via definiti nelle loro svariate declinazioni dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>66</sup>.

La "de-umanizzazione" della giustizia deve pertanto accompagnarsi, anzitutto, al rispetto del principio di "parità delle armi elettroniche": in tal senso, sull'assunto che la digitalizzazione della giustizia mira a migliorarne l'amministrazione nella prospettiva primaria dell'utente, e non al solo scopo del suo efficientamento e del risparmio dei costi, si impone la definizione di standard di accesso alle infrastrutture digitali che garantiscano condizioni di uguaglianza tra le parti. Quelle vulnerabili o aventi limitato accesso alla rete ovvero comunque non dotate di capacità di utilizzo della tecnologia subiscono infatti, in assenza dell'alternativa rappresentata dai canali di scambio e comunicazione tradizionali, una seria lesione del diritto di accesso alla giustizia<sup>67</sup>.

La digitalizzazione, inoltre, non può pregiudicare il diritto di accesso effettivo a un "giudice-uomo", con conseguente divieto di delega della funzione decisoria alla tecnologia, nel rispetto dei principi secondo cui il prodotto della tecnologia va distinto da quello dell'operatore giuridico e deve poter essere oggetto di discussione, e a un giudice indipendente, garanzia

<sup>66</sup> Sul tema v. A. LEANDRO, *L'assunzione delle prove all'estero*, cit., spec. pp. 15-21.

<sup>67</sup> In tal senso v. nuovamente le risposte del Council of Bars and Law Societies of Europe alla consultazione pubblica sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria *cross-border*.

quest'ultima che, come visto, assume particolare rilievo rispetto alla gestione operativa del sistema e-CODEX e al suo conferimento all'agenzia eu-LISA<sup>68</sup>.

Si è altresì visto che le iniziative legislative intraprese a livello UE promuovono convintamente e ampiamente il ricorso alla videoconferenza, seppur – come noto – in assenza di una specifica competenza in capo al legislatore dell'Unione rispetto al diritto processuale civile applicabile nei giudizi nazionali.

L'uso di tale strumento, d'altra parte, pone di per sé alcune non trascurabili questioni di compatibilità con il diritto alla difesa anche in relazione alle udienze testimoniali.

Nei casi a carattere transfrontaliero, infatti, specialmente quando le parti sono straniere e possono risentire di influenze culturali di altri ordinamenti, il giudice o il difensore della controparte potrebbero non essere in grado di cogliere le pur rilevanti sfumature degli atteggiamenti o delle risposte rese da una delle parti stesse o da un teste. Senza contare che in un'udienza a distanza il giudice è tendenzialmente incline a porre meno domande e a non interrompere, e che la presenza solo virtuale della parte o del teste gli impedisce di acquisire tutti i segnali non verbali ritraibili dal linguaggio del corpo, dal tono di voce e dalle espressioni facciali, il che, soprattutto nelle cause in diritto di famiglia, può portare a un vero e proprio difetto di comunicazione<sup>69</sup>.

Vero è che, come già ricordato, la videoconferenza non rappresenta uno strumento realmente innovativo nel panorama della cooperazione giudiziaria UE, il ricorso ad essa risultando già contemplato, ad esempio, nel regolamento n. 1206/2001 attualmente vigente in materia di prove. Altrettanto indubbio è, tuttavia, (i) che prima della crisi pandemica essa veniva utilizzata solo in specifiche procedure, rigorosamente a carattere transfrontaliero, o per alcune particolari attività processuali, specialmente in giudizi penali, ad esempio a protezione di vittime di reati particolarmente vulnerabili e (ii) che la Commissione fa ormai riferimento ad essa come a uno strumento essenziale del piano UE sulla giustizia digitale.

L'approccio della Commissione è, infatti, nel senso di favorire nella massima misura possibile lo svolgimento delle udienze in forma di videoconfe-

<sup>68</sup> V. *supra*, par. 5.

<sup>69</sup> P. GORI, A. PAHLADSINGH, *Fundamental rights under Covid-19: an European perspective on videoconferencing in court*, in *ERA Forum*, 2021, p. 561 ss., spec. p. 575.

renza, il che solleva l'interrogativo se un uso indiscriminato di tale strumento rischi di impattare negativamente sulla qualità dell'esercizio della giurisdizione, specialmente nei processi di prima istanza, quando si tratta di acquisire al giudizio la parte essenziale dell'apparato probatorio dedotto dalle parti e il diritto alla difesa è tradizionalmente esercitato in un'udienza pubblica<sup>70</sup>.

Di qui, le specifiche cautele che, come opportunamente segnalato in dottrina, dovrebbero ogni volta circondare la scelta della videoconferenza e che sostanzialmente riguardano (i) la verifica, soprattutto nel caso di partecipazione all'udienza di esperti o testi che non siano operatori del diritto e che si colleghino tramite dispositivi tra loro diversi, della loro comprensione delle tecniche della videoconferenza e dell'uso da parte loro di un supporto informatico che assicuri una connessione stabile; (ii) la massima possibile standardizzazione del *software* impiegato per lo meno rispetto alla categoria e alla configurazione, in modo da facilitare l'interoperabilità; (iii) la possibilità che tutti i partecipanti all'udienza, e specialmente il giudice, siano reciprocamente visibili, e di visualizzare sia chi pone la domanda o compie dichiarazioni sia le reazioni degli altri partecipanti, senza disfunzioni dell'audio durante l'intera durata della videoconferenza; (iv) i requisiti di *privacy* da rispettare contro interferenze dall'esterno o registrazioni non autorizzate dell'udienza<sup>71</sup>. È appena il caso di sottolineare infatti, a quest'ultimo proposito, che un altro rischio associato all'udienza da remoto (e, più in generale, alla digitalizzazione della giustizia) riguarda la lesione del diritto alla tutela dei dati personali e del segreto professionale.

Inoltre, e come parimenti si è osservato, l'adozione di sistemi di TI pone non trascurabili questioni di indipendenza delle istituzioni che ne sono interessate. Così, ci si è chiesti in che misura la digitalizzazione incida sull'indipendenza dei giudici e le applicazioni di IA sulla sovranità statale. Ancora: visto il collegamento tra il tema della *security* dei sistemi di TI e i poteri spettanti ai governi nazionali, occorre interrogarsi sui livelli di sicurezza degli strumenti digitali anche rispetto al rischio che siano soggetti a guasti non dolosi e sul trattamento dei dati degli utenti<sup>72</sup>.

L'avanzare della digitalizzazione della giustizia con i costi più elevati del-

<sup>70</sup> P. GORI, A. PAHLADSINGH, *op. loc. cit.*

<sup>71</sup> P. GORI, A. PAHLADSINGH, *op. loc. cit.*

<sup>72</sup> X. KRAMER, E. VAN GELDER, E. THEMELI, *e-Justice in the Netherlands*, cit.

le tecnologie più evolute può creare *gaps*, o comunque standard diversi, di giustizia. Le parti, ma anche i tribunali, che a causa delle risorse limitate non riescono a tenere il passo degli sviluppi della tecnologia risentono certamente di un accesso limitato alla giustizia se costrette a utilizzare tecnologie superate, con offerta e fruizione di servizi diversi commisurati alle risorse limitate di cui dispongono. L'effetto più grave che ne deriva è la creazione di un doppio standard di giustizia nell'ambito della stessa giurisdizione statale o tra le varie giurisdizioni nazionali, con un inevitabile impatto sulla fiducia reciproca tra istituzioni e tra Stati<sup>73</sup>.

Se è vero, dunque, (i) che – come confermato anche nel “*Justice Programme 2021-2027*” – l'Unione mira a promuovere “*the further development of a Union area of justice based on the rule of law, the independence and impartiality of the judiciary, mutual recognition and mutual trust, access to justice and cross-border cooperation*”, e (ii) che, nella prospettiva del cooperazione giudiziaria transfrontaliera, il rispetto, negli Stati membri, della *rule of law* è cruciale per assicurare la mutua fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia e fondare il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia civile, non può che condividersi l'interrogativo posto in dottrina sul rischio che, per tutte le ragioni sin qui esposte, la digitalizzazione della giustizia dia luogo a forme inedite di lesione del diritto all'equo processo nell'ambito procedimenti civili a carattere transfrontaliero, così rallentando, invece di rafforzare, la cooperazione giudiziaria intra-UE, in contrasto con gli stessi, appena richiamati, propositi dell'Unione<sup>74</sup>.

In sintesi, e come efficacemente affermato da alcuni, “*today civil justice finds itself at multiple crossroads*”: i sistemi di giustizia civile, infatti, sono chiamati a “*reinventarsi continuamente*” sotto la pressione dell'innovazione tecnologica, degli sconvolgimenti politici e dei vincoli economici. E non vi è dubbio che l'evoluzione digitale, specialmente attraverso le applicazioni di IA, è destinata a incidere profondamente sulla cooperazione giudiziaria civile, soprattutto con riferimento alle modalità di esercizio del diritto di accesso alla giustizia<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> X. KRAMER, E. VAN GELDER, E. THEMELI, *e-Justice in the Netherlands*, cit.

<sup>74</sup> M. HO-DAC, *EU Justice Programme 2021-2027 and Private International Law*, in <https://eapil.org/2021/05/06/eu-justice-programme-2021-2027-and-private-international-law/>.

<sup>75</sup> A. BIARD, J. HOEVENAARS, X. KRAMER, E. THEMELI, *Introduction: The Future of Ac-*

In questo quadro, pertanto – e riprendendo le parole dei relatori del Parlamento europeo nel Report del 15 ottobre 2021 sulla proposta di regolamento e-CODEX – l’interoperabilità è la strada giusta verso il rafforzamento della cooperazione giudiziaria nell’UE, ma vi sono ancora importanti margini di miglioramento nel senso di ricercare “*a delicate and vital balance between interoperability and judicial independence, efficiency and data protection, speed and fundamental rights, technology and the rule of law*”.

LA COSTRUZIONE DI UNA LEADERSHIP MONDIALE  
DELL'UNIONE EUROPEA ATTRAVERSO IL RAFFORZAMENTO  
DELLA SUA POLITICA DI SICUREZZA E DI DIFESA COMUNE

**Michele Vellano\***

SOMMARIO: 1. Tre episodi e due paradossi: la necessità di una svolta per la PSDC. – 2. Il ruolo chiave della Francia per il futuro della PSDC. – 3. La via della Cooperazione strutturata permanente. – 4. Verso una forza europea di intervento rapido? – 5. Conclusioni.

1. Il presente contributo verte su un tema che recentemente ha ricevuto particolare attenzione nel dibattito pubblico, in verità forse più che in quello strettamente accademico. Di certo, pare difficile oggi interrogarsi sul futuro dell'Europa senza farlo con riferimento alla sua politica di sicurezza e, soprattutto, di difesa comune.

L'argomento è, come si sa, troppo vasto per essere affrontato integralmente all'interno di uno scritto che si limita a riprendere le riflessioni svolte in occasione della relazione presentata al III Convegno annuale AISDUE, svoltosi a Bologna il 4 e il 5 novembre 2021, nell'ambito di una tavola rotonda dedicata alla *Conferenza sul futuro dell'Europa*. Concentrerò, perciò, la presente analisi su taluni aspetti ritenuti di particolare novità e rilevanza allo scopo di potere formulare, nelle conclusioni, alcune previsioni su quanto il futuro potrebbe riservare all'Unione europea e, in questa prospettiva, quali azioni potrebbero risolvere o, almeno, attenuare, le attuali difficoltà e, come è stato osservato in ambienti della Commissione europea con una punta di sarcasmo, se sia possibile interrompere il sonno di quella che viene chiamata “la bella addormentata” tra le politiche dell'Unione europea<sup>1</sup>.

\* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> Le riflessioni che seguono beneficiano del proficuo confronto, realizzato attraverso l'organizzazione e lo svolgimento di tre Master di secondo livello, con il Centro Alti Studi della Difesa dello Stato Maggiore delle Forze armate italiane, nonché del contributo di giovani Colleghi dell'Università degli Studi di Torino tra i quali, in particolare, il dott. Alberto Miglio, la dott.ssa Gabriella Perotto e il dott. Lorenzo Grossio, che desidero ringraziare per il loro

Muoverò, dunque, dall'attualità e da come questa abbia generato una crescente e rilevante attenzione da parte delle massime istituzioni nazionali ed europee rispetto al tema in esame.

Tre distinti episodi, realizzatesi nell'arco di poche settimane sul finire dell'estate 2021, hanno fatto suonare l'allarme e messo i capi di Stato e di Governo degli Stati membri e i vertici delle istituzioni dell'Unione europea di fronte all'evidenza che l'attuale scenario di difesa europea appare palesemente inadeguato e necessariamente da migliorare nel breve periodo. A questo proposito, basti qui ricordare le parole della Presidente della Commissione Ursula von der Leyen che, nel suo recente discorso sullo stato dell'Unione del settembre 2021, ha sottolineato la necessità di "passare a una fase successiva" con la creazione di una "Unione europea della difesa" e ha annunciato la convocazione di un vertice sulla difesa europea durante il semestre di presidenza francese del Consiglio nel 2022. Sulla stessa linea possono essere riportate le dichiarazioni rese dall'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza Josep Borrell, che ha evocato la creazione di una "Forza di intervento rapido" europea, e in Italia, dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella e dal Presidente del Consiglio dei Ministri Mario Draghi che si sono espressi in modo univoco sulla necessità e sull'urgenza di mettere mano alla riforma di questa politica, il secondo ancora in occasione dell'incontro bilaterale con il Presidente degli Stati Uniti Joe Biden durante il G20 a Roma.

Veniamo, dunque, ai tre episodi.

Il 31 agosto, le truppe statunitensi hanno lasciato l'Afghanistan dopo una permanenza durata vent'anni e caratterizzata da costi economici elevatissimi, oltre 2.200 miliardi di dollari, e la perdita di 2.300 soldati e il ferimento di oltre 20.000<sup>2</sup>. Gli eserciti di alcuni Stati europei, entrati in Afghanistan su sollecitazione degli Stati Uniti, non per tutelare interessi propri ma per dimostrare la loro fedeltà alla NATO, sono, a loro volta, usciti come conseguenza della decisione unilaterale del loro più importante alleato, senza esser stati previamente consultati e, soprattutto, ognuno per conto proprio. Un ordine sparso che, nella tragedia degli ultimi giorni vissuta a ridosso e

aiuto e i loro stimoli. Naturalmente, ogni considerazione qui riportata è ascrivibile al solo sottoscritto.

<sup>2</sup> Dati tratti dal report "Cost of War", 2021 a cura della Brown University reperibile online tramite [www.brown.edu/news/2021-09-01/costsofwar](http://www.brown.edu/news/2021-09-01/costsofwar).

all'interno dell'aeroporto di Kabul, è apparso ancora più assurdo e mortificante.

Sempre ad agosto 2021, ma la notizia è divenuta di pubblico dominio solo a metà ottobre, un razzo ipersonico cinese ha portato nello spazio un ordigno che ha compiuto un giro intorno alla terra prima di scendere contro l'obiettivo fissato per il test, cogliendo alla sprovvista i servizi di intelligence occidentali. Si ignorava, infatti, che la Cina disponesse delle capacità logistiche e delle conoscenze per realizzare un tale esperimento, fino a quel momento alla portata solo degli USA e della Confederazione russa. Gli ordigni ipersonici, che volano tra le cinque e le sei volte più veloci del suono, fino a 6.200 chilometri all'ora, sono considerati la "prossima generazione" di armi strategiche. Sono appositamente progettati per sottrarre agli avversari il tempo di reazione e rendere inutili le difese antimissile, raggiungendo il bersaglio nemico più rapidamente, cambiando anche rotta, così da battere sul tempo i sistemi radar che allertano i missili antimissile. L'evento non può che essere letto come ulteriore conferma del difetto di competitività tecnologica della difesa europea a sua volta conseguenza dell'assenza di sovranità tecnologica in capo all'Unione europea. Lacuna gravissima non più solo nei confronti degli Stati Uniti e della Confederazione russa, ma anche della Repubblica popolare cinese e particolarmente avvertita nel settore della difesa militare.

Infine, il 18 settembre 2021, il Presidente francese Emanuel Macron ha deciso di ritirare, per consultazioni, gli ambasciatori francesi a Washington e a Canberra, evento quasi senza precedenti, come reazione al contemporaneo annuncio, tre giorni prima, della nuova alleanza di mutua difesa tra Australia, Regno Unito e Stati Uniti (c.d. patto Aukus) e il subentro di questi ultimi in una commessa da oltre cinquanta miliardi di dollari per la fornitura all'Australia di dodici sottomarini d'attacco Barracuda, già, in precedenza, fatta propria dalla Francia con lo scopo di tenere sotto controllo le forze navali cinesi sempre più intraprendenti nel Pacifico. La scelta interventista degli Stati Uniti – pare anche questa volta maturata senza consultazioni con i tradizionali alleati europei (salvo che con il Regno Unito) – è stata univocamente interpretata come densa di significati geopolitici, decisamente sfavorevoli non solo alla Francia ma all'intera Unione europea, quanto meno in ordine alle priorità perseguite dall'Amministrazione Biden in continuità con la politica del suo predecessore Donald Trump.

Questi tre episodi, apparentemente indipendenti l'uno dagli altri, hanno riportato l'attenzione sui limiti e i ritardi che ancora oggi caratterizzano la gestione della Politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione europea (PSDC) nel più ampio ambito della Politica estera e di sicurezza comune (PESC)<sup>3</sup>. Quest'ultima è stata portata, come noto, a pieno titolo all'interno dell'alveo delle competenze dell'Unione europea grazie al Trattato di Lisbona, che ha abbattuto il sistema dei pilastri, pur rimanendo contraddistinta da sue specifiche peculiarità giuridiche e procedurali (di cui agli artt. da 25 a 41 TUE). Per quanto riguarda in particolare la PSDC, "parte integrante" della PESC e quindi dell'azione esterna dell'Unione (artt. 24, par. 1 e 42, par. 1, TUE), il ruolo fondamentale è attribuito al Consiglio, nella formazione Affari esteri, che adotta le sue decisioni all'unanimità su proposta dell'Alto Rappresentante o di uno Stato membro tenuto conto degli indirizzi strategici espressi dal Consiglio europeo, mentre il coinvolgimento della Commissione è marginale, quello del Parlamento europeo pressoché inesistente<sup>4</sup>, mentre non è stato attribuito alcun potere di controllo alla Corte di giustizia<sup>5</sup>.

La PSDC è tutt'ora prigioniera di un doppio paradosso che ne impedisce un reale sviluppo e una definitiva affermazione.

La prima contraddizione in cui si dibattono, non da ora, i Governi degli Stati membri consiste nel mantenere in vita ed efficienti 27 forze armate nazionali, espressione di una sovranità individuale, e, contemporaneamente, nel

<sup>3</sup> Per un aggiornato inquadramento della PSDC, specialmente per i profili istituzionali, si rinvia alle pagine di R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2020, p. 878 ss. nonché al volume di S. BLOCKMANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *Research handbook on the EU's Common Foreign and Security Policy*, Cheltenham, 2018. Si vedano anche, in precedenza, P. KOUTRAKOS, *The EU Common Security and Defence Policy*, Oxford, 2013 e il contributo di S. GRADILONE, *Profili istituzionali della PSDC*, in A. LANG, P. MARIANI (a cura di), *La politica estera dell'Unione europea – Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014, p. 3 ss. Per i profili anche politici, si vedano P. PREZIOSA, D. VELO, *La difesa dell'Europa: la nuova difesa europea per le grandi sfide europee*, Bari, 2019, D. MORO, *Verso la difesa europea: l'Europa e il nuovo ordine mondiale*, Bologna, 2018 e C. RISI, A. RIZZO, *L'Europa della sicurezza e della difesa*, Napoli, 2016.

<sup>4</sup> F. FERRARO, *Alcune riflessioni sul ruolo marginale del Parlamento europeo nella PESC*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 551 ss.

<sup>5</sup> Si veda però quanto osservato da G. BUTLER, *The coming of age on the Court's jurisdiction in the Common Foreign and Security Policy*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, p. 13 ss.

tentare di dare vita a una difesa comune che, in ultima analisi, andrebbe a sostituire dette forze armate nazionali (con esclusione di quelle della Danimarca, la quale, come è noto, ha espresso la sua volontà, sulla base di quanto convenuto con il Protocollo (22) ai Trattati, “di non partecipare all’elaborazione e all’attuazione di decisioni e azioni dell’Unione che abbiano implicazioni di difesa”<sup>6</sup>). Non è evidentemente questa la sede per intrattenersi sulle straordinarie economie di scala e sui vantaggi operativi che detta sostituzione comporterebbe, soprattutto al confronto delle forze armate statunitensi, russe o cinesi. Qui basti sottolineare che sommando le spese annuali di tutti gli Stati membri dell’Unione europea si raggiunge la ragguardevole cifra di 260 miliardi di USD<sup>7</sup>, seconda solo agli Stati Uniti d’America, con 778 miliardi di USD, e ormai in procinto di essere superata da quella cinese (dati del 2020)<sup>8</sup>. Si è calcolato che una difesa europea permetterebbe non solo di rendere più efficienti le forze armate, ma anche di risparmiare circa 26 miliardi di euro l’anno rispetto all’ammontare delle spese attuali<sup>9</sup>.

La seconda contraddizione è la diretta conseguenza dell’apparentemente inscindibile legame tra gli Stati membri dell’Unione europea e gli Stati Uniti. Più solida è l’alleanza, maggiore è la dipendenza e minore la prospettiva di reale autonomia di dare vita a un’effettiva difesa europea. Questa tensione si avverte, in particolare, con riferimento alla dipendenza tecnologica dei Paesi membri e l’Unione europea, nel settore militare, rispetto agli Stati Uniti. Così, in tempi di relativa pace globale, non si sente la necessità di investire ingenti risorse economiche per fare progredire la tecnologia militare europea per renderla maggiormente autonoma, mentre in tempo di tensioni globali, si percepisce, a maggior ragione, la necessità per l’Europa di cercare, attraverso la NATO, la protezione degli Stati Uniti, abdicando preventivamente a ogni

<sup>6</sup> La Danimarca è, peraltro, membro della NATO. In proposito, si rinvia a G. BUTLER, *The European Defence Union and Denmark’s defence opt-out*, in *European Foreign Affairs Review*, 2020, p. 117 ss.

<sup>7</sup> L’Italia investe quasi 25 miliardi di euro l’anno in spese militari, quindi quasi un decimo del totale.

<sup>8</sup> La Confederazione russa investe circa 62 miliardi di USD l’anno. I dati sono forniti dall’Istituto internazionale di ricerca sulla pace di Stoccolma (Sipri, [www.sipri.org](http://www.sipri.org)).

<sup>9</sup> Sulle difficoltà per gli Stati membri di abbandonare le proprie prerogative nei settori qui considerati, si leggano le considerazioni di C. NOVI, *Il ruolo ancora decisivo degli Stati membri nella politica estera e di sicurezza comune dell’Unione europea*, in *La Comunità internazionale*, 2019, p. 253 ss.

proposito di protagonismo e, quindi, di autonomia strategica in ambito globale e operativa sul campo.

Oggi e nel prossimo futuro, due importanti novità sembrano però essere in grado di sbloccare questo insieme di contraddizioni che hanno fin qui notevolmente frenato l'integrazione della difesa europea.

La prima è il recesso del Regno Unito dall'Unione europea. Tale circostanza potrebbe costituire un incentivo a progredire nella costruzione della difesa europea sia perché uno dei suoi più fieri oppositori è venuto meno, sia perché il Regno Unito, come si è visto con il caso del recente patto di mutua difesa con l'Australia e gli Stati Uniti, resta un alleato imprescindibile ma anche un formidabile *competitor* sulla scena internazionale<sup>10</sup>.

La seconda è l'impetuosa crescita di rilevanza della Repubblica popolare cinese nel quadro globale e nel settore indo-pacifico in particolare, che sempre più implica l'attenzione degli Stati Uniti e la conseguente necessità per l'Unione europea di rendersi almeno parzialmente autonoma sul piano della difesa continentale.

2. Le novità appena segnalate chiamano in causa, in particolare, la Francia e le sue future scelte strategiche nei settori della politica di sicurezza e difesa. Non c'è dubbio, infatti, che le contraddizioni, a cui si faceva cenno in precedenza, debbano essere risolte in primo luogo proprio dai nostri cugini d'oltralpe. La Francia è il solo dei 27 Stati membri dell'Unione europea a disporre di un seggio permanente nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e a potere, di conseguenza, esercitare il diritto di veto. La Francia, d'altra parte, è l'unico dei 27 Stati membri dell'Unione europea a disporre dell'arma atomica. La Francia, infine, al pari della maggior parte degli altri Stati membri (Austria, Finlandia, Svezia e Irlanda non lo sono in quanto Stati neutrali), è parte della NATO. Inoltre, la Francia, a fare data dal 2009, partecipa di nuovo al comando integrato militare del Patto Atlantico.

Diventa, perciò, naturale chiedersi se giuridicamente, prima ancora che politicamente, la Francia potrebbe, se mai decidesse di farlo, mettere a di-

<sup>10</sup> Per alcune interessanti considerazioni sulle conseguenze del recesso del Regno Unito rispetto alla PSDC, si rinvia a O. SVENDSEN, *Brexit and the future of EU Defence: a practice approach to differentiated defence integration*, in *Journal of European Integration*, 2019, p. 993 ss.

sposizione dell'Unione europea il suo seggio permanente al Consiglio di Sicurezza all'ONU nonché il suo arsenale atomico.

Molto brevemente sui due punti.

Per quanto riguarda il seggio al Consiglio di Sicurezza. Come è noto il dibattito sull'argomento si è sviluppato, in particolare nello scorso decennio, principalmente in concomitanza con il processo di riforma complessiva delle Nazioni Unite, nel cui ambito la composizione del Consiglio di Sicurezza rappresenta un aspetto centrale di discussione<sup>11</sup>. Molto più di recente, precisamente nel corso del 2021, sono comparse alcune indiscrezioni che fanno riferimento a un dibattito, strettamente interno al Governo francese, in ordine all'eventuale cessione del seggio francese all'Unione europea. A questa pura ipotesi, di ordine politico, ostano, comunque, impedimenti, di carattere giuridico assai rilevanti. A norma dell'art. 23 della Carta, infatti, solo i membri a pieno titolo delle Nazioni Unite possono aspirare a fare parte del Consiglio di Sicurezza. Qualità che notoriamente manca all'Unione europea. Nella formulazione vigente, l'art. 4 ammette, infatti, quali membri dell'Organizzazione solamente gli Stati. La dottrina, per esempio Natalino Ronzitti, si è interrogata circa la possibilità di assimilare l'Unione europea ad uno Stato ai fini di quest'ultima disposizione, ma l'orientamento quasi unanime è radicalmente contrario<sup>12</sup>. Inoltre, l'art. 23 cita nominativamente e individualmente i cinque membri permanenti del Consiglio di Sicurezza e andrebbe, perciò, emendato secondo la procedura di cui agli artt. 108-109 della Carta in caso di subentro dell'Unione europea alla Francia. Un'eventuale istituzione di un seggio per l'Unione europea, accanto e in aggiunta a quello francese, sconta gli stessi impedimenti di natura giuridica già richiamati a cui si aggiunge un'evidente opposizione politica non solo da parte di molti Stati ma anche di altre organizzazioni internazionali regionali (quale l'Unione africana) che potrebbero rivendicare lo stesso trattamento.

Non resta, allora, che insistere sulla via già tracciata fin qui e puntare a rafforzare una rappresentanza indiretta dell'Unione europea all'interno del Consiglio di Sicurezza, ossia attraverso i suoi Stati che vi siedono permanentemente (la Francia) ovvero, ogni due anni, quelli che vengono eletti dall'Assemblea generale. Nel corso del 2022 siederà nel Consiglio di Sicurezza

<sup>11</sup> P. BARGIACCHI, *La riforma del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, Milano, 2005.

<sup>12</sup> N. RONZITTI, *Il seggio europeo alle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 79 ss.

za, accanto alla Francia, un solo altro Stato membro dell'Unione europea, ossia l'Irlanda, visto che l'Estonia, membro durante il 2021, sarà sostituito dall'Albania. Come noto, già ora, in base all'ultimo capoverso del comma 2, dell'art. 34 del TUE, "allorché l'Unione ha definito una posizione su un tema all'ordine del giorno del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, gli Stati membri che vi partecipano chiedono che l'Alto rappresentante sia invitato a presentare la posizione dell'Unione". Più in generale, e a norma del medesimo articolo, "gli Stati membri che sono membri del Consiglio di Sicurezza difenderanno, nell'esercizio delle loro funzioni, le posizioni e l'interesse dell'Unione" e "si concerteranno e terranno pienamente informati gli altri Stati membri e l'Alto rappresentante". L'analisi della prassi ci consegna un quadro fatto di luci e ombre. Da un lato, è ormai consolidata la prassi di riunioni settimanali di coordinamento tra i Capi missione degli Stati membri dell'Unione europea presso le Nazioni Unite, d'altro le audizioni dell'Alto Rappresentante da parte del Consiglio di Sicurezza sono rare e, comunque, limitate alle sole sedute pubbliche del Consiglio, in cui le delegazioni esprimono formalmente le rispettive posizioni, mentre l'Alto rappresentante rimane, invece, escluso, dalle negoziazioni informali che sono, nella realtà, quelle davvero decisive. Le proposte di taluni Stati, in particolare quella del Portogallo, per il biennio 2011-12, di includere nella propria delegazione quale membro permanente anche l'Alto rappresentante, non ha avuto seguito. Ciò che a nostro giudizio, costituisce impedimento al realizzarsi di una vera ed efficace rappresentanza indiretta dell'Unione europea all'interno del Consiglio di Sicurezza è, comunque, lo *status* privilegiato della Francia che gode, come già accadeva in precedenza analogamente per il Regno Unito, di una condizione di *primus inter pares* che vanifica in partenza il senso stesso del coordinamento. Ciò non solo nella percezione della Francia, che tende naturalmente ad anteporre i suoi specifici interessi nazionali<sup>13</sup>, ma anche degli altri 26 Stati membri dell'Unione europea, che ambendo legittimamente a una condizione paritaria specialmente in tema di politica estera e di sicurezza comune, non riconoscono il primato francese in seno al Consiglio di Sicurezza. Infine, per quanto riguarda in modo specifico l'Assemblea delle Nazioni Unite, è bene ricordare che dal 2011, a seguito dell'adozione da parte della stessa Assemblea Generale delle Nazioni Unite della Risoluzione n. 65/276, è

<sup>13</sup> Si pensi, ad esempio, al caso della gestione della crisi in Libia nel 2011.

il Presidente del Consiglio europeo che ha diritto di esprimere la posizione dell'Unione europea in seno all'Assemblea presso la quale l'Unione europea ha lo *status* di mero osservatore (in precedenza, spettava al Presidente di turno del Consiglio).

Per quanto riguarda la condivisione dell'arsenale atomico, molte considerazioni svolte con riferimento al tema del Consiglio di Sicurezza appaiono replicabili, tenuto conto che la Francia è l'unico dei 27 Stati membri, dopo il recesso del Regno Unito, a detenere l'arma atomica. La forza di dissuasione nucleare francese, chiamata anche forza d'urto (in francese: *force de frappe*), ha attualmente a disposizione tra le 250 e le 300 testate di media potenza. Queste possono essere imbarcate su alcuni sottomarini e su aerei presenti sia nelle basi militari che sul ponte della portaerei Charles de Gaulle. L'arsenale francese non è, evidentemente, paragonabile a quello statunitense, russo o, ormai, anche cinese. Nondimeno, costituisce, un arsenale senza il quale qualsiasi capacità dissuasiva e di autonomia militare è puramente teorica e, comunque, di secondo livello. Anche in questo caso, ai motivi di ordine politico che da soli fanno da impedimento a un'eventuale scelta di condivisione da parte francese dell'arma nucleare, sussistono ostacoli di ordine giuridico al momento insuperabili. In particolare, quello più rilevante è costituito dall'impegno che vincola la Francia a non diffondere il possesso dell'arma nucleare. La Repubblica francese è, infatti, parte contraente del Trattato di non proliferazione nucleare (TNP). Il Trattato, composto di undici articoli, proibisce agli Stati firmatari "non-nucleari" di procurarsi tali armamenti e agli Stati "nucleari" di trasferire a Stati terzi armi nucleari o altri congegni nucleari esplosivi. Il Trattato fu sottoscritto da Stati Uniti, Regno Unito e Unione Sovietica il 1° luglio 1968 ed entrò in vigore il 5 marzo 1970. Francia e Cina (che possiedono armi nucleari) vi aderirono nel 1992. In base all'art. 1, in particolare, "Ciascuno degli Stati militarmente nucleari, che sia Parte del Trattato, si impegna a non trasferire a chicchessia armi nucleari o altri congegni nucleari esplosivi, ovvero il controllo su tali armi e congegni esplosivi, direttamente o indirettamente; si impegna inoltre a non assistere, né incoraggiare, né spingere in alcun modo uno Stato militarmente non nucleare a produrre o altrimenti procurarsi armi nucleari o altri congegni nucleari esplosivi, ovvero il controllo su tali armi o congegni esplosivi".

3. Poiché, alla stregua di quanto si è appena visto, risulta, almeno nell'immediato, molto difficile che si realizzi quanto in precedenza ipotizzato in termini di netta discontinuità rispetto al passato della PSDC, non resta che fare affidamento su quanto consente la sua forma giuridica più avanzata, ossia la Cooperazione strutturata permanente (c.d. PESCO), avviata nel 2017 sulla base dell'art. 42(6) TUE<sup>14</sup>. Tramite essa sono stati, ad oggi, attivati 46 progetti in vari settori della difesa con la partecipazione di 25 Stati, ossia l'intera compagine degli Stati membri ad eccezione della Danimarca e di Malta, sebbene gruppi più piccoli e volta per volta variabili prendano parte ai singoli progetti con il coinvolgimento, talora, di Stati terzi non membri dell'Unione europea, tipicamente la Turchia e gli Stati Uniti. Gli Stati membri più attivi sono la Francia (coordina 11 progetti e partecipa ad altri 30), l'Italia (ne coordina 8 e partecipa ad altri 26) e la Germania (ne guida 7 e partecipa a 17).

I 46 progetti, fin qui approvati nell'ambito della PESCO, coprono la terra, il mare, l'aria, lo spazio e il cyberspazio e vanno dalla difesa con i droni alla sorveglianza marittima e all'addestramento dell'intelligence. A mero titolo di esempio citiamo il progetto denominato MALE per la costruzione di un drone militare dotato di tecnologia ISTAR (basata sull'Intelligenza artificiale) con l'obiettivo di emanciparsi dalle forniture di Paesi extra-europei a cui fin qui si è fatto ricorso e il progetto che riguarda il coordinamento tra satelliti per gestire il traffico spaziale. Tre anni e mezzo dopo che la PESCO è stata lanciata con grande enfasi dai leader dell'Unione europea, molti dei progetti sono, però, ancora nella loro fase iniziale e un numero significativo è in ritardo, secondo il rapporto annuale. Il documento, che riunisce i rapporti sui progressi di tutti i 46 progetti della PESCO, ricorda che nonostante

<sup>14</sup> La PESCO è stata formalmente avviata con una decisione del Consiglio dell'11 dicembre 2017 (dec. PESC 2017/2315). La dec. PESC 2019/1909 del 12 novembre 2019, che modifica e aggiorna la precedente dec. PESCO 2018/340, contiene l'elenco dei progetti approvati. Per un inquadramento si rinvia al recente contributo di S. BLOCKMANS, *PESCO's Microcosm of Differentiated Integration*, in W.TH. DOUMA, C. ECKES, P. VAN ELSUWEGE, E. KASSOTI, A. OTT, R. A. WESSEL (eds.), *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, Springer, 2021, p. 163 ss. In precedenza, si vedano anche C. NOVI, *L'attuazione della cooperazione strutturata permanente (PESCO) nella prospettiva di una difesa più autonoma ed effettiva*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 365 ss. e D. MARRANI, *La cooperazione strutturata permanente (PESCO): quadro giuridico-istituzionale per l'integrazione "flessibile" in materia di difesa europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 719 ss.

l'obiettivo del raggiungimento dell'autonomia strategica, le cooperazioni nel settore militare hanno ancora molti ostacoli da superare. Il documento di 115 pagine, preparato dal segretariato della PESCO e inviato ai paesi membri a giugno 2021, afferma che sono stati segnalati ritardi per 15 progetti, rispetto alle loro scadenze originali. In sei casi, la pandemia dovuta al coronavirus COVID-19 è citata come motivo del ritardo. In altri casi, non viene menzionata alcuna ragione specifica. In ogni caso, un totale di 21 progetti è ancora nella fase di mera "ideazione", in altre parole, l'idea di partenza è ancora in fase di sviluppo. Altri 17 sono nella fase di "incubazione", dove la portata del progetto è solo definita. Infine, otto sono nella penultima fase, l'esecuzione. Nessuno è nella fase finale di "chiusura". Il più prossimo al traguardo è quello che contempla la costituzione di un comando medico europeo guidato dalla Germania, messo in moto nel 2019 e che dovrebbe essere completamente realizzato nel corso del 2022. Si dovrà, dunque, attendere ancora qualche anno per confrontarsi con risultati concreti e operativi di una certa rilevanza, senza lasciarsi prendere, nel frattempo, dal pessimismo. Alcuni commentatori sottolineano che la PESCO è pur sempre nelle sue fasi iniziali e sostengono che la direzione di marcia è più importante della velocità. "Ciò che conta è che il treno abbia lasciato la stazione", ha sottolineato ottimisticamente un diplomatico di lungo corso della Commissione europea. L'amministrazione Biden sembra soddisfatta di questo modello limitato. All'inizio di quest'anno, gli Stati Uniti hanno persino aderito a uno dei progetti PESCO, un programma di mobilità militare a guida olandese che mira a rendere più facile lo spostamento rapido di truppe e attrezzature in tutta Europa e che stava a cuore, in particolare, alla NATO.

Inoltre, sempre nell'ambito della politica di sicurezza e difesa comune è attiva dal 2004, con sede a Bruxelles, l'Agenzia europea per la difesa, che si occupa di promuovere e facilitare la cooperazione tra Stati membri in materia di armamenti, ricerca e spese militari<sup>15</sup>. L'Agenzia lavora, in particolare, per rafforzare l'industria europea della difesa, incentivando sinergie tecnologiche nei settori più avanzati degli armamenti. Infine, sul piano finanziario, gli sforzi di collaborazione tra Stati membri, volti allo sviluppo di tecnologie militari, possono contare sul contributo del Fondo europeo per la difesa,

<sup>15</sup> L'Agenzia è stata istituita il 12 luglio 2004 dal Consiglio con l'azione comune 2004/551/PESC.

specialmente per dare corso ai progetti che si intendono realizzare in ambito PESCO. Il Fondo, istituito su iniziativa della Commissione europea e del suo Presidente Jean-Claude Juncker, è attivo dal giugno 2017 e ha una dotazione, per il periodo 2021-2027 pari a 8 miliardi di euro<sup>16</sup>.

4. L'attuale livello di cooperazione, che si è instaurato, *medio tempore*, fra gli Stati membri, non ha ancora portato il risultato più atteso, ossia la creazione, all'interno della cornice dell'Unione europea, di una forza di primo intervento genuinamente europea che, in caso di necessità, sia reattiva e pronta per essere schierata rapidamente. Si rammenti, a questo proposito, che ai sensi dello stesso articolo 42, settimo comma, TUE, "qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite" (c.d. clausola di assistenza reciproca)<sup>17</sup>. Sebbene i Trattati europei consentano, in teoria, la creazione di una forza militare comune (il secondo comma dell'articolo 42 TUE chiarisce, infatti, che il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, ha il potere di istituire una vera e propria "difesa comune"), si è preferito, fin qui, operare al di fuori dei Trattati per attivare una creazione di un primo embrione di esercito europeo.

Tale è l'Eurocorps (in italiano Eurocorpo), una forza multinazionale a livello di Corpo d'Armata operativa dal 1993 sulla base di un accordo internazionale franco-tedesco poi esteso ad altri Paesi in virtù di un trattato del 1999 e con quartier generale a Strasburgo e un'ulteriore sede a Mülheim (Germania) dove è ospitata la Brigata franco-tedesca<sup>18</sup>. Ad oggi, è composto da 5 Framework Nations (Francia, Germania, Spagna, Belgio e Lussemburgo) e 6 Associate Members (Italia, Grecia, Polonia, Romania, Turchia e Au-

<sup>16</sup> C. HAKANSSON, *The European Commission's new role in EU Security and Defence Cooperation: the case of the European Defence Fund*, in *European Security*, 2021, p. 1 ss.

<sup>17</sup> In proposito, per comprendere la portata della clausola, si veda il contributo di A. ALÌ, *L'attivazione della clausola UE di mutua assistenza a seguito degli attacchi terroristici del 13 novembre 2015 in Francia*, in *SidiBlog*, 21 dicembre 2015, [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org) e di E. CIMIOTTA, *Le implicazioni del primo ricorso alla c.d. 'clausola di mutua assistenza' del Trattato sull'Unione europea*, in *Europeanpapers.eu*, 2016, p. 163 ss.

<sup>18</sup> Per un inquadramento dei principali temi giuridici si rinvia a G. PEROTTO, A. MIGLIO, *La difesa europea e il ruolo dell'Eurocorpo*, in *Commenti CSF*, n. 231-19 ottobre 2021.

stria, quest'ultima a fare data dal 23 settembre 2021). Pur mantenendo la propria autonomia, l'Eurocorpo è già a disposizione dell'Unione europea. In particolare, a partire dal vertice europeo di Colonia del giugno 1999, l'Eurocorpo ha sviluppato legami sempre più intensi con le istituzioni europee, in particolare attraverso la firma di una "lettera d'intenti" con lo Stato Maggiore dell'Unione europea nel 2016 e la partecipazione a missioni di formazione dell'Unione europea (EUTM). Allo stato dell'arte, l'Eurocorpo non può tuttavia ancora ritenersi a tutti gli effetti una forza di primo intervento europea in quanto, nonostante la stretta collaborazione con le istituzioni, esso non è formalmente integrato nella politica di sicurezza e difesa comune. Inoltre, nonostante il coinvolgimento in varia forma dei Paesi europei con capacità militari più significative, la partecipazione degli Stati membri è ancora piuttosto limitata. Sotto questo profilo sarebbe a questo punto opportuno che gli Associate Members (tra cui l'Italia) assumessero maggiori responsabilità così da vedersi riconosciuto il rango di Framework Members. Intanto, forse è poco nota la circostanza che l'Eurocorps è responsabile, tra l'altro, della sicurezza del Parlamento europeo a Strasburgo e i suoi organici sono stati dislocati in Bosnia-Erzegovina nel 1998 e in Kosovo nel 2000, nonché in Afghanistan nel 2004-05 e nel 2012, in Mali nel 2015 e nella Repubblica centroafricana nel 2016 (le ultime due missioni sono tutt'ora in corso). La mescolanza delle nazionalità è visibile in ogni cellula, sezione, plotone, compagnia, ramo o divisione dell'Eurocorpo. Tutti gli uomini e le donne dell'Eurocorpo indossano lo stesso berretto. Solo i capi ramo sono "bandierati" - significato attribuito a una nazione specifica. L'Eurocorpo non va confuso con gli Eu Battlegroups, sebbene abbia assunto temporaneamente esso stesso questa funzione nel 2016-17. I Battlegroup sono sulla carta battaglioni, con 1.500 uomini effettivi, formati da contingenti militari nazionali messi eventualmente a disposizione dagli eserciti nazionali per compiere missioni determinate su richiesta del Consiglio europeo. Il Battlegroup potrà essere dispiegato fino a una distanza di 6.000 km da Bruxelles e dovrà essere in grado di raggiungere la capacità operativa iniziale in teatro entro 10 giorni dalla decisione del Consiglio europeo di avviare l'operazione. I Battlegroups sono potenzialmente operativi dal 1° gennaio 2007, ma non sono ancora stati impiegati sul campo in un teatro di operazioni e, comunque, a differenza dell'Eurocorpo, costituiscono la somma di contingenti milari che restano nazionali.

Tra le molte ombre e le notevoli incertezze, s'intravede anche qualche luce.

Restano evidenti, in particolare, gli aspetti positivi costituiti dalle operazioni militari e missioni civili all'estero sotto l'egida dell'Unione europea<sup>19</sup>. Queste sono numerose e sono indirizzate al mantenimento della pace, ivi comprese le missioni di peace-keeping e di peace-building. La loro conduzione chiama in causa molti profili giuridici, soprattutto in termini responsabilità internazionale su cui non è possibile intrattenermi in questa occasione per ragioni di sintesi. Del resto, la dottrina italiana e straniera ha indagato in modo approfondito tali aspetti e ad essa faccio qui rinvio<sup>20</sup>.

#### 5. Vengo alle conclusioni.

Non può esserci nel futuro dell'Europa una leadership mondiale e una vera sicurezza senza una reale difesa comune.

Come si è visto nel corso di questo contributo, alcuni passi in avanti nella creazione di una sicurezza e difesa europea sono, al momento, oggettivamente fuori portata (ad esempio, un seggio unico al Consiglio di Sicurezza o la dotazione dell'arma atomica) altri, invece, appaiono raggiungibili. Tra questi l'inclusione nel quadro della PESCO dell'Eurocorpo<sup>21</sup> sarebbe sicu-

<sup>19</sup> Attualmente sono in corso 6 operazioni militari e 10 missioni civili in varie dislocazioni geografiche, principalmente nell'Europa dell'Est, in Medio Oriente e in Africa. Per i dettagli si rinvia all'apposita pagina web del sito dell'Unione europea, raggiungibile tramite [https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp/430/military-and-civilian-missions-and-operations\\_en](https://eeas.europa.eu/topics/common-security-and-defence-policy-csdp/430/military-and-civilian-missions-and-operations_en).

<sup>20</sup> Si rinvia a C. MOSER, *Accountability in EU Security and Defence: the law and practice of peacebuilding*, Oxford, 2020 e a A. SPAGNOLO, *L'attribuzione delle condotte illecite nelle missioni militari dell'Unione europea*, Napoli, 2016 e all'ampio apparato bibliografico di riferimento ivi citato. Si vedano anche E. CARLI, *La politica di sicurezza e di difesa comune dell'Unione europea. Profili di responsabilità internazionale*, Torino, 2019 e G. FIENGO, *Brevi note sulle "missioni" dell'Unione europea per la gestione di crisi internazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 551 ss.

<sup>21</sup> In questo senso A. MIGLIO, G. PEROTTO, *Una via per l'integrazione dell'Eurocorpo nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Commenti CSF* n. 239-9 dicembre 2021 secondo i quali ciò sarebbe possibile e vi sarebbe il precedente del trattato di Prüm, un accordo concluso nel 2005 da sette Stati membri, per il rafforzamento della cooperazione di polizia e giudiziaria nel contrasto della criminalità transfrontaliera, il cui contenuto è stato trasposto in gran parte nel diritto dell'Unione con una decisione del Consiglio senza fare ricorso alle procedure di revisione dei Trattati.

ramente la via auspicabile ai fini della creazione di una forza effettiva di primo intervento dotata di una identità europea e non solo come somma di contingenti nazionali da dislocare nelle aree di crisi in stretto coordinamento con le Nazioni Unite e la NATO.

Più in generale l'assetto istituzionale della difesa europea appare attualmente troppo articolato e pare inverosimile che possa esprimere decisioni con la rapidità indispensabile rispetto alle situazioni di emergenza. In particolare, il Comitato Politico e di Sicurezza (COPS) che agisce d'intesa, ma in realtà sotto la supervisione, del COREPER e fornisce pareri, in materia di PSDC, al Consiglio, nella composizione Affari esteri/difesa, deve, a sua volta, tenere in considerazione la posizione espressa, a seconda degli argomenti, dal Comitato per gli aspetti civili della gestione delle crisi (CIVCOM) e dal Comitato Militare dell'Unione europea (CMUE), composto dai Capi di Stato maggiore della Difesa degli Stati membri, a sua volta supportato dallo Stato maggiore dell'Unione europea (SMUE), ente formato da personale militare degli Stati membri messo a disposizione dell'Unione, nonché dal Comitato per la Capacità militare di pianificazione e condotta (MPCC) costituita da personale sia civile sia militare e finalizzata a garantire maggiore cooperazione/coordinamento tra le strutture militari e civili della PSDC.

Non può, infine, essere trascurata la sempre latente possibile sovrapposizione di ruoli di rappresentanza esterna riconducibile alle figure del Presidente del Consiglio europeo, dell'Alto Rappresentante e del Presidente della Commissione europea quando entrano in gioco i temi qui presi in esame e, in particolare, quello della difesa. Come ampiamente noto, l'art. 15 TUE riserva al Presidente del Consiglio europeo la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune, fatte salve le attribuzioni dell'Alto Rappresentante. Questa previsione istituisce, tra le due figure istituzionali, sostanzialmente una suddivisione di tipo verticale di ruoli di rappresentanza, rispettivamente, il primo a livello di capi di Stato e di Governo e il secondo a livello ministeriale. Più complesso e problematico il coinvolgimento del Presidente della Commissione europea il quale detiene la rappresentanza esterna per tutte le materie non rientranti nella PESC. Nei fatti, però, questa distinzione si è dimostrata problematica nella sua astrattezza e certo non di aiuto per l'Unione europea nel rapportarsi credibilmente, soprattutto a livello di rappresentanza apicale, con i suoi naturali interlocutori che esercitano una leadership mondiale (Stati Uniti, Repubblica popo-

lare cinese, Confederazione russa) o continentale (India, Australia, Brasile, Nigeria e Egitto, per limitarsi ai principali), posto che, specialmente nei summit internazionali bilaterali ma, in realtà, anche multilaterali, può risultare difficile scindere in modo netto gli argomenti PESC e quelli non-PESC. Su questo specifico aspetto si tratterebbe, perciò, di intervenire e fare maggiore chiarezza nella suddivisione dei ruoli.

Come si è detto all'inizio di questo contributo, nel recente discorso sullo stato dell'Unione, la Presidente della Commissione von der Leyen, ha anticipato che, d'intesa con il Presidente francese Emmanuel Macron, verrà convocato, durante la presidenza francese del primo semestre del 2022, un vertice appositamente dedicato alla sicurezza e alla difesa europea<sup>22</sup>. Potrebbe essere quella la sede in cui potranno essere poste le premesse per realizzare un cambio di approccio al tema e discusse eventuali modifiche ai Trattati in grado di risvegliare finalmente dal suo sonno, durato fin troppo, la Bella Addormentata tra le politiche dell'Unione europea proprio nel 70° anniversario del fallito tentativo di istituire una Comunità europea della difesa<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Nel frattempo, dovrebbe essere pubblicata la versione finale della Bussola strategica (o *Strategic Compass*) che conterrà l'illustrazione delle ambizioni dell'Unione europea, in materia di difesa, nei prossimi anni.

<sup>23</sup> Come ampiamente noto, il trattato istitutivo della CED, firmato il 27 maggio 1952, non entrò mai in vigore principalmente a causa della mancata ratifica dello stesso da parte della Francia. Quest'ultima potrebbe, dunque, essere l'artefice di un'azione che porti rimedio a tale infausto esito. Sulla vicenda storica della mancata istituzione delle "Forze europee di Difesa" si rinvia al bel contributo di G. ROSSOLILLO, *Le basi della politica estera e di sicurezza comune nei progetti CPE e CED*, in G. ROSSOLILLO (a cura di), *L'integrazione europea prima dei trattati di Roma*, Soveria Mannelli, 2019, p. 39 ss.

**Sessione IV**  
**Tavola rotonda su digitalizzazione, concorrenza, discriminazione,**  
**5 novembre 2021**



IL CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI  
NEL SETTORE DIGITALE  
E IL NUOVO APPROCCIO DELLA COMMISSIONE EUROPEA:  
*FIT FOR PURPOSE?*

**Diletta Danieli\***

SOMMARIO: 1. Introduzione: inquadramento del fenomeno e casistica. – 2. I nuovi orientamenti sull'applicazione dell'art. 22 del regolamento concentrazioni: le innovazioni sotto il profilo sostanziale. – 3. *Segue*: e sotto il profilo procedurale. – 4. Prime (e provvisorie) riflessioni sul metodo e gli obiettivi dell'intervento della Commissione europea.

**1. Il fenomeno delle acquisizioni realizzate dalle grandi piattaforme del settore digitale<sup>1</sup> nei confronti di imprese innovatrici la cui dimensione eco-**

\* Ricercatore a tempo determinato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona.

<sup>1</sup> È invalso, a questo proposito, l'utilizzo dell'espressione "Big Tech" o dell'acronimo "GAFAM" (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) per riferirsi alle più importanti imprese tecnologiche (nessuna delle quali, come è noto, con sede principale nell'Unione) la cui dominanza *across markets* si realizza attraverso la creazione di ecosistemi digitali nei quali l'offerta di prodotti e servizi è caratterizzata da significativi effetti di rete e si alimenta grazie a sistemi algoritmici che utilizzano *big data* costituiti dai dati dei propri utenti. Nella vasta letteratura che ha analizzato l'impatto delle attività delle grandi piattaforme digitali sulla disciplina del diritto della concorrenza, si segnalano, ad esempio, G. FERRARI, M. MAGGIOLINO, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, fascicolo speciale, p. 463 ss.; F. JENNY, *Competition Law Enforcement and Regulation for Digital Ecosystems: Understanding the Issues, Facing the Challenges and Moving Forward*, 1st June 2021, reperibile *online*; N. PETIT, *Big Tech & the Digital Economy: the Molligopoly Scenario*, Oxford, 2020; M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, March 2019, reperibile *online*; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2016, p. 425 ss.; cfr. anche lo studio di J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, commissionato dalla DG Concorrenza della Commissione europea. Con specifico riferimento alla materia del controllo delle concentrazioni, v. *amplius* P. AFFELDT, R. KESLER, *Big Tech Acquisitions – Towards Empirical Evidence*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 471 ss.; G. PARKER, G. PETROPOULOS, M. VAN ALSTYNE, *Platform Mergers and Antitrust*, 9 July 2021, reperibile *online*; E. ARGENTESI, P. BUCCIROSSI, E. CALVANO, T. DUSO, A. MARRAZZO, S.

nomica non è ancora consolidata al momento dell'operazione, ma che presentano forte potenziale competitivo, ha conosciuto una continua espansione nel corso degli ultimi anni, con il conseguente accrescimento del livello di disuguaglianza esistente tra i *market players*. Questa situazione si è peraltro aggravata a causa dell'emergenza pandemica, che ha imposto un adattamento dell'attuale quadro giuridico ed economico nel senso di una maggiore flessibilità. Come è agevole rilevare, la presenza di tali imprese, spesso nascenti o *start-ups*, gioca un ruolo particolarmente importante per l'innovazione e la competitività nei mercati digitali, per contrastare (o quantomeno ridurre la possibilità di) un ulteriore consolidamento della posizione dominante dei cc.dd. giganti del *web* per mezzo di concentrazioni talora unicamente finalizzate all'eliminazione di una fonte di concorrenza potenziale.

Alla tendenza illustrata, tuttavia, non ha fatto seguito, da parte della Commissione europea, un altrettanto effettivo controllo in applicazione della normativa vigente, in quanto le operazioni in questione, pur di valore elevato, difficilmente raggiungono la dimensione comunitaria prevista dal regolamento (CE) n. 139/2004<sup>2</sup> (in seguito, anche "regolamento concentrazioni"), fondata sulle soglie di fatturato delle imprese interessate<sup>3</sup>. Tali acquisizioni, infatti, sono generalmente concluse nelle fasi iniziali di sviluppo delle imprese target, durante le quali il relativo fatturato è modesto (o talvolta anche inesistente) e l'attività si concentra piuttosto sulla costruzione di una base di utenti significativa e di dati commercialmente validi, al fine di beneficiare degli effetti di rete che ne derivano. A ciò si aggiunge la circostanza che, pure nei limitati casi in cui la valutazione di compatibilità di queste operazioni con

NAVA, *Merger Policy in Digital Markets: an Ex Post Assessment*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2020, p. 95 ss.; M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Big Tech Acquisitions – Competition and Innovation Effects and EU Merger Control*, *CERRE Issue Paper*, February 2020, reperibile *online*.

<sup>2</sup> Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni").

<sup>3</sup> Nello *Staff Working Document* pubblicato dalla Commissione europea il 26 marzo 2021, che riassume i risultati della valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali del controllo delle concentrazioni svolto a livello UE (SWD(2021) 66 final, su cui si tornerà anche *infra*), si dà atto di un'analisi statistica condotta da Bloomberg secondo cui, negli anni 2015-2019, concentrazioni di valore elevato sono state sottoposte al controllo della Commissione in percentuali stimate tra il 10% e il 13% del totale delle operazioni che superavano la soglia del miliardo di euro, e tra il 18% e il 29% del totale di quelle oltre i cinque miliardi di euro (par. 100).

il mercato interno è stata effettivamente esercitata, nei termini di cui si dirà meglio a breve, esse sono state in linea di massima autorizzate senza condizioni.

In via preliminare, è inoltre utile precisare come il fenomeno in esame non sia legato unicamente alle condizioni concorrenziali esistenti nei mercati digitali, essendo stato inizialmente osservato con riferimento alle imprese del settore farmaceutico, per le quali, analogamente a quelle tecnologiche, l'innovazione risulta un parametro fondamentale sotto il profilo competitivo. A partire da uno studio pubblicato nel 2018 e concernente il mercato statunitense<sup>4</sup>, infatti, è stata identificata una tipologia di acquisizioni, denominate "killer acquisitions", poste in essere da grandi operatori dell'industria farmaceutica con lo scopo di interrompere lo sviluppo del nuovo medicinale oggetto dell'operazione con l'impresa nascente, contrariamente a quanto solitamente accade, ed eliminare così una possibile fonte di concorrenza futura. La casistica, riscontrata anche in ambito europeo, si presenta a sua volta ulteriormente variegata, potendo riguardare anche prodotti (o servizi) dell'impresa *target* il cui potenziale competitivo è ancora incerto al momento della realizzazione dell'acquisizione (definita in questo caso "nascent acquisition"), con una conseguente diversa elaborazione delle rispettive teorie del danno<sup>5</sup>. Ciò che comunque interessa qui rilevare è come le fattispecie verificatesi nel settore farmaceutico forniscano ulteriore conferma del già menzionato *enforcement gap*, trattandosi anche in questo ambito di operazioni di concentrazione che solo raramente superano le soglie di fatturato previste dalla normativa europea e sono quindi sottoposte al vaglio della Commissione.

Rispetto alla problematica così inquadrata, risulta pertanto decisivo il ricorso ai meccanismi, disciplinati dal regolamento concentrazioni, di riattribuzione della competenza ad esaminare la concentrazione tra Commissione

<sup>4</sup> C. CUNNINGHAM, F. EDERER, S. MA, *Killer Acquisitions*, successivamente pubblicato in versione aggiornata in *Journal of Political Economy*, 2021, p. 649 ss. Sempre con riferimento al settore farmaceutico, v. anche D.D. SOKOL, *Merger Law for Biotech and Killer Acquisitions*, in *Florida Law Review Forum*, 2020, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Per ulteriori approfondimenti, che esulano dal limitato ambito della presente analisi, si rinvia a Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note*, 12 May 2020, DAF/COMP(2020)5, reperibile *online*, spec. pp. 6-8.

europea e Stati membri, che introducono, come è noto, dei correttivi alla rigidità del sistema basato su criteri predeterminati relativi al fatturato delle imprese coinvolte<sup>6</sup>. Molto schematicamente, due sono le ipotesi di rinvio del caso dagli Stati membri alla Commissione che possono avere luogo, rispettivamente, prima della notificazione su richiesta delle parti dell'operazione o dopo la notificazione su iniziativa di uno o più Stati membri. Nella prima fattispecie, prevista dall'art. 4, par. 5, del regolamento, è richiesto che l'operazione, rientrando nella definizione di concentrazione di cui all'art. 3 e non avente dimensione comunitaria ai sensi dell'art. 1 dello stesso, possa essere "esaminata a norma delle legislazioni nazionali sulla concorrenza di almeno tre Stati membri", apparendo quindi idonea ad assumere incidenza transfrontaliera che potrà essere meglio valutata dalla Commissione. Nella seconda casistica, secondo quanto stabilito dall'art. 22 del regolamento<sup>7</sup>, il rinvio alla Commissione può riguardare una qualsiasi concentrazione, ancora come definita dallo stesso e che non raggiunga la dimensione comunitaria, che sia tale da incidere sul commercio tra gli Stati membri e rischi di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello/degli Stato/i richiedente/i, assicurandosi così un nesso sufficiente con l'Unione e con i paesi da cui proviene il rinvio.

Proprio attraverso questi meccanismi la Commissione europea ha potuto esaminare alcune tra le acquisizioni realizzate dalle cc.dd. GAFAM, di valore molto elevato ma prive di dimensione comunitaria, attestandosi i fatturati delle imprese coinvolte al di sotto le soglie stabilite dal regolamento. Tra queste, è significativo richiamare la concentrazione *Facebook/WhatsApp*, oggetto di rinvio ai sensi dell'art. 4, par. 5, e autorizzata senza condizioni nel 2014<sup>8</sup>, non essendo stata ravvisata alcuna finalità anticoncorrenziale. In proposito, la Commissione non aveva infatti ritenuto condivisibili i rilievi, da più parti sollevati, secondo cui l'operazione avrebbe comportato un rafforzamen-

<sup>6</sup> In argomento v. *amplius* 2005/C 56/02, del 5 marzo 2005, comunicazione sul rinvio in materia di concentrazioni.

<sup>7</sup> Tale disposizione è nota anche come "clausola olandese" ("Dutch clause"), introdotta già nel regolamento (CE) n. 4064/89, poi sostituito dall'attuale n. 139/2004, in ragione dell'allora assenza in taluni Stati membri, tra cui i Paesi Bassi, di discipline nazionali in materia di controllo delle concentrazioni. Nel corso degli anni, tali normative sono state via via adottate in tutti i paesi UE, attualmente con la sola eccezione del Lussemburgo.

<sup>8</sup> Decisione della Commissione europea, del 3 ottobre 2014, caso M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, reperibile *online*.

to della posizione di Facebook nel mercato dei servizi pubblicitari *online* attraverso l'acquisizione dei dati degli utenti di WhatsApp, sottolineando a questo riguardo che, ai fini del controllo di compatibilità ai sensi del diritto della concorrenza, dovesse rimanere estranea ogni "privacy-related concern"<sup>9</sup> derivante dalla concentrazione di tali dati sotto il controllo esclusivo dell'impresa acquirente. Ancora tramite un rinvio, in questo caso *ex art. 22* del regolamento su richiesta dell'autorità antitrust austriaca alla quale avevano aderito ulteriori autorità nazionali<sup>10</sup>, è stata attribuita alla Commissione la competenza a valutare la concentrazione *Apple/Shazam*, dichiarata compatibile con il mercato interno con decisione del 2018<sup>11</sup> solo a seguito di attivazione della c.d. fase II del procedimento e di un esame approfondito dell'operazione. In tale fattispecie, è interessante notare come, a distanza di qualche anno dal precedente *Facebook/WhatsApp*, l'*enforcer* europeo abbia assunto un approccio decisamente diverso con riferimento all'analisi degli effetti anticoncorrenziali derivanti dall'accesso a informazioni commerciali sensibili, ritenuti infine non sussistenti ma tramite un esame delle limitazioni giuridiche e contrattuali rispetto all'uso di questi dati, anche alla luce del regolamento europeo sulla protezione dei dati<sup>12</sup>, cui Apple era soggetta a seguito dell'acquisizione<sup>13</sup>.

Al di là del merito delle argomentazioni, più o meno convincenti, elaborate dalla Commissione negli esempi citati<sup>14</sup>, è in ogni caso emersa la necessi-

<sup>9</sup> *Ivi*, par. 164.

<sup>10</sup> Si trattava, in particolare, delle autorità garanti della concorrenza di Spagna, Italia, Svezia, Francia, nonché della Norvegia e dell'Islanda.

<sup>11</sup> Decisione della Commissione, del 6 settembre 2018, caso M.8788 – *Apple/Shazam*, reperibile *online*.

<sup>12</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (...) (regolamento generale sulla protezione dei dati).

<sup>13</sup> Si vedano i paragrafi 221-259 della decisione *Apple/Shazam*, cit.

<sup>14</sup> Su questi aspetti, cfr., tra gli altri, V. BAGNOLI, *Questions that Have Arisen since the EU Decision on the Whatsapp Acquisition by Facebook*, in *Market and Competition Law Review*, 2019, p. 13 ss.; S. ESAYSAS, *Data Privacy in European Merger Control: Critical Analysis of Commission Decisions Regarding Privacy as a Non-Price Competition*, in *European Competition Law Review*, 2019, p. 166 ss.; S. WHITFIELD, R.J. BROWN, I. ROGERS, *The impact of data on EU merger control*, in *Competition Law Journal*, 2019, p. 151 ss.; G. OLIVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*,

tà di una valutazione dell'effettività dei sistemi di riattribuzione della competenza nel permettere uno scrutinio delle concentrazioni nei mercati innovativi, anche, ma non solo, in quello digitale. Ciò è apparso ancor più opportuno tenendo conto della prassi nel tempo consolidatasi con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 22 del regolamento concentrazioni, in forza della quale la Commissione, nell'esercizio della discrezionalità ad essa conferita, ha tendenzialmente indicato alle autorità antitrust degli Stati membri di non procedere al rinvio del caso qualora non avessero competenza originaria rispetto alle operazioni in questione, giudicando improbabile, sulla base dell'esperienza applicativa, che esse potessero avere un significativo impatto sulla concorrenza nell'Unione. Conseguentemente, fattispecie di concentrazioni che non raggiungevano le soglie di competenza variamente previste dalle legislazioni nazionali sono state, di fatto, sottratte al controllo anche a livello europeo, benché la Commissione potesse, pure in questi casi, accettare il rinvio sulla base del dato letterale dell'art. 22.

L'occasione per un "ripensamento" è stata offerta nell'ambito della complessiva riforma della normativa europea sul controllo delle concentrazioni proposta dalla Commissione alla luce della pubblicazione, lo scorso 26 marzo, dei risultati della valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali della disciplina<sup>15</sup>. Concentrandosi sui profili che qui interessano, è stato rilevato che le soglie di competenza fondate sul fatturato e integrate dagli illustrati meccanismi di riattribuzione siano risultate, in generale, efficaci al fine di garantire l'intervento della Commissione rispetto a concentrazioni aventi potenziale impatto significativo sul mercato interno dell'Unione<sup>16</sup>. Con riferimento specifico alle fattispecie di rinvio dei casi, l'attenzione si è focalizzata sulla prassi applicativa della Commissione relativa all'art. 22 del regolamento, rilevando come abbia effettivamente limitato la capacità correttiva di tale meccanismo, in particolare qualora il fatturato di una o più delle imprese coinvolte nell'operazione non rispecchiasse il suo potenziale competitivo<sup>17</sup>. A questo riguardo, tuttavia, è stato ritenuto opportuno intervenire non tanto

2021, fascicolo speciale, p. 359 ss.

<sup>15</sup> Sintetizzati nel citato documento di lavoro dei servizi della Commissione SWD(2021) 66 final. Per un primo commento sugli obiettivi e contenuti della riforma, v. J. MODRALL, *EU Commission Launches Major Merger Control Reform*, 1st April 2021, reperibile *online*.

<sup>16</sup> SWD(2021) 66 final, cit., par. 131.

<sup>17</sup> *Ivi*, par. 155.

mediante una modifica normativa, quanto piuttosto attraverso la previsione di orientamenti sul nuovo approccio della Commissione con riferimento a tale ipotesi di rinvio<sup>18</sup>, finalizzati ad integrare la comunicazione del 2005<sup>19</sup> in determinate categorie di casi, *in primis* quelli nel settore digitale, seppur non costituendone, almeno dichiaratamente, l'ambito di applicazione esclusivo<sup>20</sup>. Come segnalato nel documento, esso rappresenta comunque un significativo cambio di paradigma rispetto alla precedente prassi dell'*enforcer* europeo, che si propone ora di "incoraggiare e accettare i rinvii qualora lo Stato membro che chiede il rinvio non abbia competenza sul caso"<sup>21</sup>, sempre a condizione che sussistano i requisiti previsti dallo stesso art. 22. In questi termini, dunque, si cerca di affrontare la questione delle concentrazioni di valore elevato ma prive di dimensione comunitaria che possono sfuggire tra le maglie del sistema come attualmente previsto e applicato, senza al contempo appesantire i requisiti procedurali rispetto alle operazioni che non richiedono un esame da parte della Commissione.

Si procederà di seguito ad una breve ricostruzione dei contenuti dei nuovi orientamenti, sotto il profilo sostanziale e procedurale, per poi tentare di proporre una prima valutazione soffermandosi in particolare sulle modalità e gli obiettivi di questo intervento della Commissione europea nella materia del controllo delle concentrazioni.

2. Con riferimento agli aspetti sostanziali dei nuovi orientamenti sull'art. 22 del regolamento concentrazioni, la Commissione si preoccupa innanzitutto di fornire chiarimenti sulle categorie di casi idonei a costituire oggetto di rinvio nelle ipotesi in cui non siano soggetti a notifica sulla base della legislazione dello/degli Stato/i membro/i richiedente/i. Più precisamente, il criterio dell'incidenza sugli scambi intra-UE dovrebbe essere valutato alla luce di

<sup>18</sup> 2021/C 113/01, del 31 marzo 2021, orientamenti sull'applicazione del meccanismo di rinvio (in seguito, "orientamenti").

<sup>19</sup> 2005/C 56/02, cit.

<sup>20</sup> Orientamenti, par. 7, ove si cita "un'ampia gamma di settori economici" elencando i mercati digitali unitamente al settore industriale, manifatturiero, farmaceutico, e par. 20, in cui si ribadisce che le operazioni idonee ad essere oggetto di rinvio secondo i nuovi orientamenti non sono limitate "a settori o settori economici specifici".

<sup>21</sup> *Ivi*, par. 11.

elementi quali, tra gli altri, “*l’ubicazione dei (potenziali) clienti, (...) la raccolta di dati* in diversi Stati membri o lo sviluppo e l’attuazione di progetti di ricerca e sviluppo i cui risultati, compresi i diritti di proprietà intellettuale, in caso di successo, possono essere commercializzati in più di uno Stato membro”<sup>22</sup>, citando quindi esempi particolarmente rilevanti nelle fattispecie che coinvolgono le grandi imprese del settore digitale. Allo stesso modo, l’ulteriore requisito del rischio che la concentrazione incida in misura significativa sulla concorrenza nel territorio degli Stati che chiedono il rinvio dovrebbe fondarsi su considerazioni tra cui, ad esempio, “la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante di una delle imprese interessate; l’eliminazione di un’importante forza concorrenziale, *compresa l’eliminazione di un nuovo o futuro operatore*; (...) la capacità e l’incentivo a sfruttare una posizione di mercato forte su un mercato per rafforzare la propria posizione su di un altro”<sup>23</sup>, ancora una volta richiamando ipotesi chiaramente ispirate alla casistica delle acquisizioni realizzate dalle piattaforme digitali.

Prendendo poi in esame ulteriori fattori, diversi da quelli già contenuti nella comunicazione del 2005<sup>24</sup>, che possono essere illustrativi ai fini dell’idoneità del caso ad essere rinviato alla Commissione, gli orientamenti richiamano espressamente “operazioni in cui il fatturato di almeno una delle imprese interessate non rispecchia il suo potenziale concorrenziale effettivo o futuro”<sup>25</sup>, tra cui si annoverano fattispecie in cui una delle parti sia una *start-up* o un nuovo operatore con fatturato di entità ridotta, o un’impresa fortemente innovatrice o, ancora, che abbia accesso ad *assets* competitivi di particolare valore come ad esempio dati, o fornisca prodotti/servizi essenziali per altre produzioni.

La Commissione, inoltre, offre delle precisazioni con riferimento al proprio potere discrezionale nell’accoglimento o rigetto del rinvio ai sensi dell’art. 22 del regolamento concentrazioni, pur ribadendo che la valutazione

<sup>22</sup> *Ivi*, par. 14 (corsivo aggiunto).

<sup>23</sup> *Ivi*, par. 15 (corsivo aggiunto).

<sup>24</sup> Nella citata comunicazione sul rinvio dei casi, il riferimento è, in particolare, a fattori economici da considerare per la richiesta di rinvio, individuando tra le fattispecie idonee a tal fine quelle in cui la concentrazione dia luogo a problemi sotto il profilo della concorrenza in mercati di portata geografica più ampia di un territorio nazionale, oppure in cui siano coinvolti più mercati nazionali e risulti opportuno un esame unitario (cfr. par. 45).

<sup>25</sup> Orientamenti, par. 19.

rimane comunque legata alle specifiche circostanze del caso di specie. In primo luogo, fermi restando i termini previsti dalla disposizione in parola, si individua un limite temporale indicativo di sei mesi<sup>26</sup> dalla realizzazione della concentrazione<sup>27</sup> entro il quale lo Stato membro dovrebbe richiedere il rinvio. Se, infatti, l'avvenuta conclusione dell'operazione non impedisce ad uno Stato membro di sottoporre alla Commissione la richiesta di rinvio a norma dello stesso art. 22, precisamente dal par. 4 che limita l'applicabilità dell'obbligo di sospensione della concentrazione *ex art. 7* del regolamento ai casi in cui essa non è ancora stata realizzata<sup>28</sup>, nondimeno tale ulteriore previsione potrebbe sollevare interrogativi non trascurabili in termini di certezza del diritto quanto al margine di apprezzamento della Commissione e al ruolo di monitoraggio delle autorità antitrust nazionali nelle ipotesi di operazioni già concluse e successivamente oggetto di rinvio. In secondo luogo, viene menzionata, quale circostanza che può portare la Commissione a non accettare il rinvio, la notifica della concentrazione in uno o più Stati membri che non hanno poi presentato una richiesta *ex art. 22* o aderito ad una richiesta già presentata<sup>29</sup>. A questo proposito, va altresì ricordato che l'eventuale accoglimento del rinvio comporta l'attribuzione della competenza in capo alla Commissione limitatamente alle giurisdizioni degli Stati membri richiedenti (o aderenti)<sup>30</sup>, con la conseguente possibilità di un esame dell'operazione in parallelo, tanto da parte dell'istituzione UE quanto delle autorità nazionali non coinvolte nel rinvio, in applicazione di regimi diversi dal punto di vista delle procedure e delle tempistiche.

### 3. Spostando l'attenzione ai profili procedurali degli orientamenti,

<sup>26</sup> Rimanendo comunque possibile anche un rinvio tardivo, in ragione "dell'entità dei potenziali problemi di concorrenza e del potenziale effetto negativo sui consumatori": così il par. 21 degli orientamenti.

<sup>27</sup> Nel caso in cui la realizzazione della concentrazione non sia dominio pubblico, tale termine decorre "dal momento in cui i fatti sostanziali relativi alla concentrazione sono stati resi pubblici nell'UE" (ancora il par. 21 degli orientamenti).

<sup>28</sup> Al riguardo, gli orientamenti precisano ulteriormente che tale obbligo di sospensione cessa qualora la Commissione decida, in ultima analisi, di non procedere all'esame della concentrazione (par. 31).

<sup>29</sup> Orientamenti, par 22.

<sup>30</sup> Cfr., sul punto, 2005/C 56/02, cit., par. 50 e nota 45.

emerge a più riprese la necessità di una stretta cooperazione tra la Commissione e le autorità della concorrenza degli Stati membri, così come tra queste ultime, per individuare le operazioni idonee ad essere oggetto di rinvio *ex art. 22*, sulla base dei requisiti sostanziali prima indicati. A tal fine, informazioni su una concentrazione possono essere presentate volontariamente dalle parti, prima di procedere nella sua realizzazione, ma anche da soggetti terzi (*in primis* imprese concorrenti, ma si può pensare pure a consumatori o clienti), in questo caso ulteriormente qualificate quali “informazioni sufficienti per valutare in via preliminare se i criteri per il rinvio siano soddisfatti”<sup>31</sup>. Stante la formulazione ampia della seconda ipotesi, rimane riconosciuta alla Commissione e alle autorità degli Stati membri piena discrezionalità nelle eventuali e successive azioni da intraprendere, la quale dovrebbe essere opportunamente utilizzata per evitare un ricorso eccessivo al canale di informazione attivato da soggetti comunque estranei all’operazione in questione. Ancora con riguardo ai rapporti informativi tra le parti coinvolte, appare interessante un altro passaggio procedurale descritto nei nuovi orientamenti: si auspica infatti che le imprese partecipanti all’operazione possano valutare di ritardarne l’esecuzione nel caso vengano informate dalla Commissione dell’esame di una richiesta di rinvio, pur non essendo formalmente tenute ad adottare alcuna misura in questo senso<sup>32</sup>, ma facilitando così quanto più possibile la valutazione.

Gli orientamenti richiamano, inoltre, il concetto di concentrazione che sia stata “resa nota” allo Stato membro interessato ai fini della presentazione della richiesta di rinvio entro il termine dei quindici giorni successivi, nel caso in cui non sia prevista la notifica dell’operazione. Più precisamente, si deve trattare, analogamente a quanto già indicato nella comunicazione del 2005 sul rinvio dei casi<sup>33</sup>, di una “messa a disposizione di informazioni sufficienti per una valutazione preliminare della sussistenza dei requisiti”<sup>34</sup> previsti dall’art. 22. Sul punto, sarebbe forse risultata utile una maggiore chiarezza interpretativa da parte della Commissione su una nozione importante per il funzionamento dell’istituto nelle fattispecie in cui lo Stato membro non ab-

<sup>31</sup> Orientamenti, par. 25.

<sup>32</sup> *Ivi*, par. 27.

<sup>33</sup> 2005/C 56/02, cit., nota 43.

<sup>34</sup> Orientamenti, par. 28.

bia competenza originaria sul caso, rispetto alle quali ora il rinvio è, come già detto, espressamente “incoraggiato”.

Alla luce di questo sommario esame degli orientamenti sul rinvio *ex art.* 22, traspare il chiaro intento dell’*enforcer* europeo di fornire le linee di indirizzo del suo nuovo approccio in materia, che tuttavia sembrano lasciare aperte delicate questioni alle quali solo la successiva prassi applicativa sarà probabilmente in grado di rispondere. Alcune di queste hanno già trovato formulazione in un ricorso di annullamento proposto al Tribunale UE il 28 aprile 2021 dall’azienda farmaceutica statunitense Illumina<sup>35</sup>, con il quale è stata impugnata la decisione della Commissione di accettare un rinvio ai sensi dell’art. 22 del regolamento concentrazioni<sup>36</sup> per esaminare l’acquisizione, da parte di tale società, della concorrente GRAIL, anch’essa con sede negli USA. Tale operazione non raggiungeva le soglie della dimensione comunitaria, e nemmeno era stata notificata in alcuno Stato membro, ma è stata oggetto di una richiesta di rinvio proposta dall’autorità garante della concorrenza francese<sup>37</sup> e accolta dalla Commissione, sostenendo che l’entità risultante dalla concentrazione potesse produrre effetti preclusivi nei confronti delle imprese concorrenti di GRAIL attive nel settore dei test genomici per tumori e rilevando come il potenziale competitivo della società GRAIL non trovasse corrispondenza nel suo limitato fatturato<sup>38</sup>. Non è un caso, come in precedenza illustrato, che la controversia sia originata da una concentrazione tra imprese dell’industria farmaceutica, già richiamata tra i contesti di mercato maggiormente inclini al fenomeno delle *cc.dd. killer acquisitions*.

Tra i motivi di impugnazione dedotti da Illumina, appare interessante quello relativo alla nozione di “concentrazione resa nota” allo Stato membro interessato, di cui all’art. 22, par. 1, del regolamento, rispetto alla quale decorre il termine dei quindici giorni per la presentazione della richiesta di rin-

<sup>35</sup> Causa T-227/21, *Illumina c. Commissione*, attualmente pendente e con udienza fissata il 16 dicembre 2021.

<sup>36</sup> Decisione della Commissione, del 19 aprile 2021, caso M.10188 – *Illumina/GRAIL* (testo completo non ancora pubblicato). Si veda comunque la nota informativa della Commissione europea, *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, MEX/21/1846, reperibile *online*.

<sup>37</sup> A tale richiesta avevano poi aderito anche le autorità antitrust di Belgio, Paesi Bassi, Grecia, Islanda e Norvegia.

<sup>38</sup> Come si apprende dalla citata nota informativa *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina*.

vio, essendo stata nel caso di specie ritenuta tardiva la richiesta avanzata dall'autorità antitrust francese e, conseguentemente, invalida la decisione della Commissione di esaminare l'operazione. L'impresa ricorrente ha infatti contestato l'invio con ritardo, da parte della Commissione, della lettera di invito all'autorità nazionale ai sensi dell'art. 22, par. 5, nella misura in cui avesse permesso di rendere nota la concentrazione, e ciò in violazione dei principi della certezza del diritto e di buona amministrazione. Sul punto, sarà particolarmente utile l'interpretazione che potrà fornire il Tribunale, trattandosi di un profilo sul quale, come già rilevato, nemmeno i nuovi orientamenti forniscono ulteriori indicazioni operative. Inoltre, viene invocata l'illegittimità dello stesso "cambio di politica" della Commissione in materia di rinvio dei casi, nuovamente in relazione al principio della certezza del diritto e al legittimo affidamento della società Illumina. Più precisamente, la menzionata lettera di invito sarebbe stata inviata dalla Commissione prima della pubblicazione degli orientamenti, pertanto quando l'approccio dell'istituzione UE era ancora indirizzato nel senso di scoraggiare le richieste di rinvio da parte degli Stati membri che non avevano competenza originaria ad esaminare la concentrazione.

La procedura di esame della concentrazione tra Illumina e GRAIL è peraltro tuttora in corso: all'apertura della c.d. fase II in ragione dei possibili effettivi anticoncorrenziali dell'operazione<sup>39</sup>, ha fatto inaspettatamente seguito la sua realizzazione da parte delle imprese, in violazione dell'obbligo di sospensione previsto dall'art. 7 del regolamento concentrazioni, con conseguente adozione, da parte della Commissione, di misure provvisorie *ex art. 8*, par. 5<sup>40</sup>, dello stesso al fine di ripristinare condizioni di concorrenza effettiva durante la pendenza del procedimento.

Un'altra acquisizione, questa volta nel settore digitale, che è stata oggetto di rinvio alla Commissione dopo l'adozione dei nuovi orientamenti<sup>41</sup>, ha

<sup>39</sup> Decisione della Commissione, del 22 luglio 2021, caso M.10188 – *Illumina/GRAIL* (testo completo non ancora pubblicato). Cfr. il comunicato stampa *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, IP/21/3844, reperibile *online*.

<sup>40</sup> Decisione della Commissione, del 29 ottobre 2021, caso M.10493 – *Illumina/GRAIL* (testo completo non ancora pubblicato). Cfr. il comunicato stampa *Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL*, IP/21/5661, reperibile *online*.

<sup>41</sup> La concentrazione era stata notificata da Facebook/Meta in Austria, in quanto

visto coinvolte una delle cc.dd. GAFAM, Facebook (la cui denominazione è recentemente mutata in Meta), e Kustomer, società statunitense specializzata nei servizi di *customer relationship management* (CRM). Anche in tale caso, la Commissione ha avviato la fase II della procedura<sup>42</sup> ritenendo, tra l'altro, che Facebook/Meta possa ricavare un vantaggio anticompetitivo nel mercato della pubblicità *online* derivante dai dati raccolti attraverso i *softwares* sviluppati da Kustomer. Prima della chiusura del procedimento, Facebook/Meta ha proposto l'assunzione di impegni<sup>43</sup> di cui sarà interessante verificare i contenuti, una volta resi noti, per valutare più in generale se tale opzione possa, e in quale misura, acquisire una rinnovata centralità ai fini del controllo di compatibilità di questa casistica di concentrazioni.

4. Se quindi sono da attendersi prossimi sviluppi nella prassi e nella giurisprudenza relative all'istituto del rinvio *ex art. 22* del regolamento concentrazioni come interpretato negli orientamenti, risulta in ogni caso opportuno svolgere una riflessione complessiva, seppure necessariamente provvisoria, in merito al nuovo indirizzo che la Commissione europea si propone di seguire.

In primo luogo, quanto alle modalità con cui essa ha ritenuto di affrontare la problematica delle operazioni prive di dimensione comunitaria nei mercati innovativi<sup>44</sup>, si può notare come la scelta di adottare un atto interpretativo ad integrazione della normativa vigente si pone in linea di continuità con il proprio approccio consolidato nella politica della concorrenza, fondato su molteplici atti di *soft law* che, nel tempo, hanno contribuito a plasmare

l'operazione superava le soglie previste dalla normativa nazionale applicabile, e da tale Stato membro è stata presentata la richiesta di rinvio *ex art. 22* del regolamento concentrazioni, cui hanno successivamente aderito Belgio, Francia, Bulgaria, Italia, Irlanda, Paesi Bassi e Islanda.

<sup>42</sup> Decisione della Commissione, del 2 agosto 2021, caso M.10262, *Meta (formerly Facebook)/Kustomer* (testo completo non ancora pubblicato). Cfr. il comunicato stampa *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Kustomer by Facebook*, IP/21/4021, reperibile *online*.

<sup>43</sup> La proposta è stata presentata il 24 novembre 2021, come risulta dall'aggiornamento del caso M.10262, *Meta (formerly Facebook)/Kustomer*, cit., pubblicato sul sito della Commissione europea.

<sup>44</sup> Per una esaustiva comparazione delle possibilità di intervento che la Commissione avrebbe potuto considerare, cfr. J.-U. FRANCK, G. MONTI, A. DE STREEL, *Options to Strengthen the Control of Acquisitions by Digital Gatekeepers in EU Law*, in *TILEC Discussion Papers*, 11 October 2021, reperibile *online*.

l'applicazione concreta del diritto primario e derivato rilevante in materia. Ciò, tuttavia, non vale a sminuire la portata di tale intervento che, come si è detto, segna un radicale mutamento volto a favorire la presentazione e l'accoglimento delle richieste di rinvio da parte degli Stati membri laddove questi non abbiano competenza originaria sul caso, al fine di far fronte alle evidenziate lacune nell'attività di *enforcement*.

Stante l'entità del cambiamento, è lecito chiedersi se l'opzione scelta dalla Commissione sia da ritenersi la più efficace: appare evidente, infatti, che il maggiore limite di questa iniziativa risieda nel "notevole margine discrezionale" che gli Stati membri e l'istituzione UE conservano, rispettivamente, nell'attivazione del meccanismo di rinvio e nella decisione se accettare o meno di esaminare il caso, come viene sottolineato, sin dall'inizio, negli stessi orientamenti<sup>45</sup>. Sotto questo profilo, come già osservato, se l'intenzione della Commissione di fare ricorso (in positivo) a tale discrezionalità è palese, l'effettivo funzionamento dell'istituto richiede al contempo una corrispondente volontà di cooperazione da parte delle autorità antitrust nazionali, non solo attraverso i canali informativi previsti dal medesimo art. 22 del regolamento e specificati negli orientamenti, ma anche di propria iniziativa per monitorare la realizzazione di operazioni di concentrazione che potrebbero soddisfare i requisiti per il rinvio<sup>46</sup>. Certamente, la necessità di instaurare una

<sup>45</sup> Orientamenti, par. 3.

<sup>46</sup> Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, appare interessante considerare una norma di cui si propone l'introduzione con il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (approvato a novembre 2021 dal Consiglio dei Ministri e presentato alle Camere nel mese di dicembre, il cui testo è reperibile *online*), per rafforzare i poteri di controllo dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) rispetto alle concentrazioni che non raggiungano le soglie di fatturato previste dall'art. 16, c. 1, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Più precisamente, all'AGCM sarebbe conferita la facoltà di richiedere alle imprese interessate la notifica di tali operazioni, realizzate al massimo negli ultimi sei mesi, "qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte rilevante, tenuto anche conto degli effetti pregiudizievoli per lo sviluppo e la diffusione di imprese di piccole dimensioni caratterizzate da strategie innovative" (art. 28 del disegno di legge, che introduce un nuovo c. 1-*bis* all'art. 16 della legge 287/1990). Ciò potrebbe, pertanto, avere effetti anche ai fini del funzionamento del meccanismo di rinvio *ex* art. 22 del regolamento concentrazioni, permettendo all'AGCM di venire a conoscenza di operazioni al di sotto delle soglie nazionali, ma potenzialmente problematiche, di cui potrebbe essere poi valutata una richiesta di attribuzione della competenza giurisdizionale alla Commissione nel caso siano soddisfatti i relativi requisiti.

collaborazione tra autorità a livello nazionale e dell'Unione non può ritenersi ipotesi estranea all'applicazione del diritto europeo della concorrenza, potendo contare su un sistema ormai collaudato e arricchitosi, nel corso degli anni, nei metodi e negli obiettivi<sup>47</sup>, ma non deve essere sottovalutato il ruolo decisivo che tale collaborazione assumerà per garantire effettività al nuovo approccio della Commissione in materia di concentrazioni. In aggiunta, anche laddove la discrezionalità fosse pienamente esercitata, per garantire che la concentrazione in questione sia esaminata con effetti a livello dell'intera Unione, sarebbe in ogni caso necessario che, una volta presentata una richiesta di rinvio *ex art. 22*, tutte le altre autorità garanti degli Stati membri vi aderiscano, in quanto la Commissione acquisisce competenza giurisdizionale soltanto con riferimento ai territori degli Stati membri coinvolti nel rinvio.

In proposito, va altresì ricordato che la possibile previsione, nel regolamento concentrazioni, di criteri giurisdizionali complementari basati sul valore dell'operazione è stata presa in considerazione dalla Commissione, ma espressamente esclusa, all'esito della già citata valutazione degli aspetti procedurali e giurisdizionali della disciplina. L'assenza di soglie di questo tipo nel sistema del regolamento non è stata ritenuta, di per sé, problematica, non risultando un'opzione legislativa praticabile a fini di riforma. In particolare, la scelta dell'istituzione UE si è fondata sui risultati, sebbene preliminari, dell'esperienza di taluni Stati membri (in particolare, Germania e Austria)<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Con riferimento al processo di decentramento dell'applicazione della normativa UE in materia di concorrenza, attuato con il regolamento (CE) n. 1/2003 che ha introdotto lo *European Competition Network* e ulteriormente sviluppato con la direttiva (UE) 2019/1 (c.d. ECN+), sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede, si segnalano, nell'ampia bibliografia in argomento: R. PEREA MOLLEDA, *The Ecn+ Directive and the Next Steps for Independence in Competition Law Enforcement*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, p. 167 ss.; C. POTOČNIK-MANZOURI, *The ECN+ Directive: An Example of Decentralised Cooperation to Enforce Competition Law*, in *European Papers*, 2021, p. 987 ss.; A. M. ROMITO, *Ruolo e funzioni dell'European Competition Network: dal regolamento (CE) n. 1/2003 alla direttiva ECN*, Bari, 2020; G. MONTI, *Independence, Interdependence and Legitimacy: The EU Commission, National Competition Authorities, and the European Competition Network*, in *EUI Working Papers*, n. 1, 2014, reperibile *online*; F. CENGİZ, *Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, in *European Law Review*, 2010, p. 660 ss.; sul recepimento della direttiva ECN+ nell'ordinamento italiano, P. DE PASQUALE, *L'European Competition Network tra rafforzamento della collaborazione e vecchi vincoli: l'attuazione in Italia della direttiva ECN+*, in *DPCE online*, n. 2, 2021, p. 2163 ss., reperibile *online*.

<sup>48</sup> Tali normative sono entrate in vigore, rispettivamente, il 9 giugno 2017 e il 1° novem-

che avevano introdotto tali clausole nelle rispettive discipline nazionali in materia di concentrazioni<sup>49</sup>. Si è evidenziato, infatti, che le concentrazioni esaminate in quegli ordinamenti sulla base delle nuove soglie siano state autorizzate senza condizioni e, con specifico riferimento al settore digitale, ulteriori operazioni non siano, per il momento, state sottoposte al controllo. Sotto questo profilo, si pongono peraltro diversi aspetti problematici, a livello pratico, nell'individuazione dei criteri per determinare il valore della concentrazione: tra questi si possono menzionare, come è stato sottolineato<sup>50</sup>, il fatto che tali soglie dovrebbero trovare un adeguato bilanciamento tra le esigenze di permettere la valutazione di operazioni quali le cc.dd. *killer* o *nascent acquisitions* e, al contempo, di evitare un rischio di *over-enforcement*<sup>51</sup>, così come la necessità di prevedere un certo margine di flessibilità nella modifica delle stesse.

Alla luce di queste considerazioni, sembra possibile ritenere che la Commissione abbia scelto l'opzione forse meno rischiosa, ma senz'altro coerente con i propri precedenti, quanto ai metodi di intervento. Affrontando però il profilo più ampio degli obiettivi di politica della concorrenza sottesi ai nuovi orientamenti in materia di rinvio dei casi, appare emergere un mutamento di prospettiva, a livello sostanziale, verso il perseguimento di finalità

bre 2017, rispetto alle quali le due autorità garanti nazionali hanno pubblicato a giugno 2018 un documento congiunto di indirizzo interpretativo e applicativo al quale si rinvia per ulteriori dettagli: *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)*, reperibile *online*. Va peraltro menzionato che la disciplina tedesca in materia di concentrazioni è stata nuovamente modificata anche più di recente (a gennaio 2021), con lo specifico intento di affrontare l'impatto della digitalizzazione nell'*enforcement* del diritto della concorrenza. Tra le altre previsioni, è stato introdotto un obbligo di notifica di future operazioni che soddisfino determinate condizioni, applicabile indistintamente a taluni settori economici individuati dal *Bundeskartellamt* (così il nuovo § 39a GWB).

<sup>49</sup> SWD(2021) 66 final, cit., paragrafi 122-125, 134-136. Con riferimento alla possibilità di introduzione di soglie legate al valore della concentrazione, si veda anche OECD, *op. cit.*, paragrafi 169-180.

<sup>50</sup> Cfr. i rilievi critici mossi da N. LEVY, H. MOSTYN, B. BUZATU, *Reforming EU merger control to capture 'killer acquisitions' – the case for caution*, in *Competition Law Journal*, 2020, p. 51 ss., spec. pp. 58-59.

<sup>51</sup> Sul punto, tuttavia, si veda la posizione di M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Big Tech Acquisitions*, cit., p. 15, secondo cui, nella maggior parte dei casi, ciò non avverrebbe in quanto il valore della concentrazione è tendenzialmente allineato al fatturato delle imprese coinvolte.

di interesse generale<sup>52</sup> le quali, nella casistica delle concentrazioni qui in esame, si declinano nel senso di riequilibrare l'assetto concorrenziale dei mercati digitali favorendo la permanenza di imprese concorrenti, di piccole e medie dimensioni, o di nuovi entranti, che possano effettivamente sviluppare il proprio potenziale competitivo<sup>53</sup>. Nelle sue finalità, pertanto, il nuovo approccio della Commissione può dirsi ben più audace e ricollegarsi, in prospettiva generale, alla realizzazione della sovranità digitale dell'Unione, tra le priorità dell'agenda politica della Commissione von der Leyen, tenendo conto che le cc.dd. GAFAM, ma anche molte altre piattaforme operanti nel settore, hanno sede in Stati terzi, come già ricordato.

Infine, in questa valutazione complessiva merita un cenno anche la possibile combinata operatività dei nuovi orientamenti in materia di rinvio dei casi con una previsione contenuta nella proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (nella versione inglese, *Digital Markets Act – DMA*)<sup>54</sup>, in particolare il suo art. 12, par. 3. In capo alle im-

<sup>52</sup> Ciò rappresenta peraltro un tema classico del diritto della concorrenza, che impone di una riflessione sui suoi obiettivi ultimi per valutare se, e in quale misura, possano esservi ricompresi anche interessi non concorrenziali (cc.dd. *non-competition goals*). Su questi profili, con riferimento al settore delle concentrazioni ma non solo, si vedano, tra i contributi più recenti, I. LIANOS, *Competition Law as a Form of Social Regulation*, in *The Antitrust Bulletin*, 2020, p. 3 ss.; V. MELI, *Il public interest nel diritto della concorrenza della UE*, in *Mercato concorrenza regole*, 2020, p. 439 ss.; J. MELLIOTT, R. CIRIC, *Public Interest in Merger Control: The Lay of the Land*, in *The Antitrust Bulletin*, 2020, p. 208 ss.; D.I. WAKED, *Antitrust and Public Interest Law: Redistribution, Equity and Social Justice*, *ibid.*, p. 87 ss.; per considerazioni prospettive sull'attuale tendenza verso il perseguimento di interessi generali nel diritto della concorrenza e della regolazione negli ordinamenti europeo e statunitense, v. J. KEYTE, F. JENNY, E. FOX, *Buckle Up: The Global future of Antitrust Enforcement and Regulation*, in *Antitrust*, Spring 2021, p. 32 ss..

<sup>53</sup> A conferma di ciò, è significativo richiamare una delle numerose dichiarazioni rese dal Commissario europeo per la concorrenza, Margrethe Vestager, in merito alle prospettive di adattamento del diritto antitrust UE al settore digitale, che ammoniva: “promising ideas from small innovators can disappear, not because they are not worth it, not because they couldn't be successful with customers, but because bigger businesses buy them in order to kill them” (*Opening Remarks at “Shaping competition policy in the era of digitization” Conference*, Brussels, 17 January 2019, video reperibile *online*).

<sup>54</sup> COM(2020) 842 final, del 15 dicembre 2020, proposta di regolamento, reperibile *online*. Tra i molteplici contributi apparsi sulla proposta, si rinvia a A. DE STREEL, P. LAROCHE, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in *Concurrences*, n. 2, 2021, p. 46 ss.; P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, Focus “Servizi e piattaforme digitali”.

prese qualificate come *gatekeepers*<sup>55</sup>, si introduce infatti un obbligo di informare la Commissione di qualsiasi progetto di concentrazione, ai sensi del regolamento n. 139/2004, “che coinvolge un altro fornitore di servizi di piattaforma di base o di qualsiasi altro servizio fornito nel settore digitale”, e ciò a prescindere dal fatto che l’operazione possa essere notificata a livello europeo o degli Stati membri. Tale norma, per come è costruita, non impone alcun successivo obbligo di esaminare la concentrazione di cui la Commissione è stata informata, come risulta dal considerando 31 dello stesso DMA, secondo cui tale adempimento è finalizzato a mantenere aggiornate le informazioni, in possesso dell’istituzione UE, per il riesame dello status di *gatekeeper* e per adeguare l’elenco dei servizi di piattaforma di base da questi forniti. Se, tuttavia, si considera questo canale di comunicazione tra *gatekeeper* e Commissione nel contesto degli orientamenti, ne deriva che, sulla base delle informazioni acquisite, laddove l’operazione non raggiunga la dimensione comunitaria, l’*enforcer* europeo sia comunque in grado di fare uso della sua discrezionalità nel sollecitare un rinvio del caso e, di conseguenza, attrarre la concentrazione in questione nella sua competenza giurisdizionale. In questo senso, pare possibile che l’assenza, nella proposta di DMA, di norme prescrittive in materia di concentrazioni realizzate dai *gatekeepers*, in ragione della sua natura di strumento di regolazione *ex ante*, trovi comunque un parziale temperamento alla luce del ruolo “proattivo” che la Commissione si propone di adottare quanto al rinvio dei casi *ex art. 22* del regolamento con-

2021, reperibile *online*; ID., *Unraveling the proposal of Digital Market Act*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, fascicolo speciale, p. 435 ss.; H. SCHWEITZER, *The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2021, p. 503 ss.; nonché gli articoli contenuti nel fascicolo 2021, n. 7, della rivista *Journal of European Competition Law & Practice* dedicato a “The Digital Markets Act and beyond” (F. CHIRICO, *Digital Markets Act: a Regulatory Perspective*, p. 439 ss.; M. BOTTA, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, p. 500 ss.; N. PETIT, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, p. 529 ss.; P. LAROCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, p. 542 ss.; P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, p. 561 ss.; A. LAMADRID DE PABLO, N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, p. 576 ss.).

<sup>55</sup> Si tratta, secondo la nozione fornita dallo stesso DMA, di fornitori di servizi di piattaforma di base, come definiti dall’art. 2, punto 2, della proposta, che soddisfano i requisiti dimensionali sanciti dall’art. 3, par. 1, della proposta.

centrazioni che, come già osservato, si ritiene poter rappresentare un significativo indice di una nuova fase, orientata ad obiettivi di interesse generale, dell'applicazione del diritto della concorrenza al settore digitale.



ULTIMI SVILUPPI DELLA RIFORMA DEL DIGITALE IN EUROPA:  
IL *DIGITAL MARKETS ACT* TRA COSTITUZIONALISMO EUROPEO  
E CONCORRENZA

**Claudia Massa\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Setting the scene*: la riforma del digitale in Europa. – 2.1. Le azioni di contrasto allo strapotere delle Big Tech in Europa e nel resto del mondo. – 3. Il DMA tra costituzionalismo europeo... – 4. ...e concorrenza. – 5. Conclusioni.

1. Riformare il digitale rappresenta una sfida accolta in varie parti del modo ma piuttosto difficile da superare, in quanto è necessario stare al passo con la tecnologia, proteggere i diritti fondamentali, salvaguardare l'innovazione non frenandola e stabilire condizioni di parità per le imprese che operano sul mercato.

Il progetto di riforma del digitale europeo ha avuto avvio nel 2015 e ha portato all'adozione di vari atti di diritto derivato, nonché alla proposizione da parte della Commissione, alla fine del 2020, dell'adozione di due complessi regolamenti, il *Digital Services Act*<sup>1</sup> (di seguito, "DSA") e il *Digital Markets Act*<sup>2</sup> (di seguito, "DMA"), che sono attualmente al centro del dibattito dottrinale e istituzionale<sup>3</sup>.

\* Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali).

<sup>2</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM/2020/842 final.

<sup>3</sup> Il DMA, in particolare, è stato oggetto di numerosi emendamenti (rinvenibili al seguente link: [www.europarl.europa.eu/committees/it/imco/documents/latest-documents](http://www.europarl.europa.eu/committees/it/imco/documents/latest-documents)). In data 22 novembre 2021 la Commissione per il mercato interno (di seguito, IMCO) del Parlamento europeo ha adottato con 42 voti a favore, 2 contrari e 1 astensione la sua posizione sulla proposta di regolamento (disponibile al seguente link: [www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211118IPR17636/digital-markets-act-ending-unfair-practices-of-big-online-platforms](http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211118IPR17636/digital-markets-act-ending-unfair-practices-of-big-online-platforms)). Il Consiglio, invece, ha approvato la sua posizione il 25 novembre 2021 (v. [www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/11/25/regulating-big-tech-council-agrees-on-enhancing-competition-in-the-digital-sphere/](http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/11/25/regulating-big-tech-council-agrees-on-enhancing-competition-in-the-digital-sphere/)). Il testo è stato, poi, sottoposto al

Queste iniziative legislative si inseriscono nel peculiare contesto di quello che potrebbe essere definito “costituzionalismo europeo”<sup>4</sup>. Con questa locuzione, ai fini della presente trattazione, si intenderà quell’insieme di principi e di valori propri del diritto dell’Unione, il cui scopo primario è garantire la libertà dei singoli e l’esercizio dei loro diritti. Tale forma di costituzionalismo ha dei contenuti *sui generis*, che discendono dalla peculiarità e originalità dell’ordinamento dell’Unione, e si fonda sui valori comuni a quelli degli Stati membri, quali quelli della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, in una società caratterizzata, tra l’altro, dal pluralismo, dalla non discriminazione e dalla solidarietà (art. 2 TUE).

Dopo brevi cenni sulla riforma del digitale in Europa, il presente articolo si concentrerà sulle azioni di contrasto allo strapotere delle Big Tech messe in atto in Europa e nel resto del mondo. Oggetto di più attenta analisi sarà la proposta legislativa di DMA, ossia lo strumento europeo di lotta ai comportamenti illeciti delle Big Tech sui mercati digitali, del quale saranno approfonditi i profili attinenti alla tutela dei diritti fondamentali e alla tutela della concorrenza, al fine di dimostrare che tale atto risulta essere animato da una politica di concorrenza diversa rispetto al passato, sotto il duplice profilo degli obiettivi da perseguire e degli strumenti da utilizzare. Infatti, tale politica sembra sia prendere in maggiore considerazione i valori e i principi fon-

voto della plenaria del Parlamento europeo durante la sessione di dicembre 2021 ed è stato approvato con 642 voti a favore, 8 contrari e 46 astensioni. Pertanto, i negoziati con i governi dell’UE per la definizione del DMA saranno aperti nel primo semestre del 2022 sotto la presidenza francese del Consiglio.

<sup>4</sup> Non vi è né una definizione univoca di “costituzionalismo europeo” né unanimità di vedute in dottrina in merito all’esistenza stessa di un “costituzionalismo europeo”. Sul punto, cfr. *ex multis*, L. F. PACE, *La natura giuridica dell’Unione europea: teorie a confronto, l’Unione ai tempi della pandemia*, Bari, 2021, pp. 11-13; K. TUORI, S. SANKARI, *The many Constitutions of Europe*, London, 2016; M. POIARES MADURO, *Three Claims of constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (eds.) *Constitutional pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012; N. WALKER, *Re-framing EU Constitutionalism*, in N. WALKER, J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world*, Oxford, 2009; A. VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009; K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005; M. POIARES MADURO, *Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets?*, in J.H.H. WEILER, M. WIND (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, 2003; J. WEILER, *The Constitution of Europe: ‘Do the new Clothes have an Emperor?’ and other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999.

damentali sui quali l'Unione si fonda, anziché limitarsi a perseguire l'obiettivo della crescita economica, sia puntare ad un'azione più rapida tale da adattarsi al ritmo del cambiamento dei mercati online.

2. La riforma del digitale in Europa affonda le sue radici nel 2015, quando la *Digital Market Strategy* dell'Unione europea proponeva di rimuovere le barriere online e di facilitare le vendite online transfrontaliere. Le tappe salienti di tale riforma sono state segnate dall'entrata in vigore di vari atti di diritto derivato nonché dalle recenti proposte di revisione di atti esistenti e di introduzione di nuovi regolamenti.

Il primo atto di diritto derivato ad essere stato adottato è stato il regolamento sul *Geo-Blocking* del 2018<sup>5</sup>, con il quale sono state introdotte regole volte ad impedire i blocchi geografici ingiustificati e le forme di discriminazione territoriale diretta e indiretta. Il secondo atto entrato in vigore è stato il Regolamento sui servizi di intermediazione online del 2019<sup>6</sup>, volto ad assicurare maggiore trasparenza per le imprese che utilizzano piattaforme online e con un focus su *marketplace*, servizi di applicazioni *software*, servizi di *social media* e motori di ricerca *online*. Sono state, poi, adottate due direttive: la direttiva sul *copyright* del 2019<sup>7</sup>, con la quale si è garantito un maggiore accesso transfrontaliero ai contenuti *online* e sono state previste licenze più semplici per le trasmissioni *online*, e la direttiva sulla modernizzazione delle norme sulla tutela dei consumatori del 2019<sup>8</sup>, volta ad assicurare più trasparenza sui

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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, PE/56/2019/REV/1.

<sup>7</sup> Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

<sup>8</sup> 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, PE/83/2019/REV/1.

mercati *online* ed a prevedere gli stessi diritti dei consumatori per il digitale “gratuito”.

Quanto alla revisione di atti di diritto secondario esistenti, assume rilevanza la pubblicazione nel luglio 2021 del progetto di revisione del regolamento di esenzione per categoria relativo agli accordi verticali<sup>9</sup>, la cui entrata in vigore è programmata per il 1° giugno 2022. Il progetto di revisione si pone l’obiettivo di adattare la disciplina delle intese verticali (ossia, gli accordi tra i fornitori di beni e servizi ed i loro distributori) agli sviluppi del mercato, con particolare attenzione all’*e-commerce* e alle piattaforme *online* che, nell’ultimo decennio, hanno rivoluzionato il modo di operare delle imprese.

Infine, la Commissione europea ha proposto l’adozione di due complessi regolamenti per aggiornare le norme che regolano i servizi digitali nell’Unione europea: il DSA e il DMA. Questi atti hanno due obiettivi principali: quello di creare uno spazio digitale più sicuro in cui i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali siano protetti e quello di stabilire condizioni di parità per promuovere l’innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello globale.

Più in particolare, il DSA è incentrato su questioni quali la responsabilità degli intermediari online per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti *online* o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell’informazione, in funzione della natura dei rischi che tali servizi rappresentano per la società. Nel concreto, tale proposta di regolamento contiene una serie di nuovi obblighi armonizzati a livello dell’UE, che si applicheranno a tutti i servizi digitali che collegano i consumatori a beni, servizi o contenuti, e prevede nuove procedure per una più rapida rimozione dei contenuti illegali e una protezione globale dei diritti fondamentali degli utenti *online*.

Invece, il DMA può essere considerato come lo strumento europeo di lotta alla dominanza delle *Big Tech* sui mercati digitali e, infatti, riguarda gli squilibri economici, le pratiche commerciali sleali che possono essere messe in atto dalle piattaforme che hanno assunto il ruolo di controllori dell’accesso al mercato digitale (cc.dd. “*gatekeepers*”) e gli effetti negativi che ne conseguono, come la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

Tale proposta di regolamento contiene, pertanto, norme armonizzate che definiscono e vietano determinate pratiche sleali dei *gatekeepers* e prevedono un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato.

**2.1.** Oltre che in Europa, riforme del digitale sono state messe in atto anche in varie altre parti del mondo. Ciò che accomuna la riforma europea e tutte le altre è la particolare attenzione che è stata rivolta alle azioni di contrasto allo strapotere delle *Big Tech*, ossia le aziende più grandi e dominanti nel settore della tecnologia. Queste ultime possono essere divise in tre gruppi: le “GAFAM” (Google, Apple, Facebook – ora Meta –, Amazon e Microsoft, conosciute anche come “Big Five” o “Tech Giants”) operanti nel settore della tecnologia dell’informazione e attive in tutto il mondo, soprattutto in Europa e negli Stati Uniti; le “BATX” (Baidu, Alibaba, Tencent e Xiaomi), giganti operanti in Cina; le “NATU” (Netflix, Airbnb, Tesla e Uber), protagoniste indiscusse della *digital disruption* degli ultimi anni, in quanto nuove tecnologie da cui è originato il cambiamento di determinate attività e dei precedenti modelli di *business*<sup>10</sup>.

Per evitare i comportamenti anticoncorrenziali delle *Big Tech* e per restituire equità e contendibilità ai mercati digitali, nei vari Paesi, sono stati appena adottati o sono attualmente in discussione vari strumenti: in alcuni ordinamenti sono state previste riforme legislative, in altri sono stati istituiti organismi di regolazione *ad hoc*, in altri ancora si è optato per l’introduzione di strumenti di regolazione *ex ante* degli obblighi a cui le *Big Tech* devono sottostare.

In particolare, l’azione di contrasto alle *Big Tech* negli Stati Uniti è partita dall’iniziativa di un gruppo bipartisan della *U.S. House of Representatives* ed è confluita nella presentazione di cinque nuovi disegni di legge<sup>11</sup> in tema antitrust (attualmente in discussione), il cui scopo è quello di impedire il pro-

<sup>10</sup> Netflix ha introdotto un nuovo servizio di streaming, Airbnb è diventato il leader degli *homestay*, Tesla ha introdotto l’auto elettrica e Uber ha creato un’applicazione capace di collegare utenti e autisti e non solo.

<sup>11</sup> “Ending Platform Monopolies Act”, “American Choice and Innovation Online Act”, “Platform Competition and Opportunity Act”, “Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act”, “Merger Filing Fee Modernization Act”. A questi cinque disegni di legge se ne affianca un sesto, lo “State Antitrust Enforcement Venue Act” sulla competenza giurisdizionale.

trarsi di condotte anticoncorrenziali da parte delle GAFAM<sup>12</sup>. Il primo disegno di legge vieta alle piattaforme di possedere società sussidiarie che operano sulla loro stessa piattaforma, nell'ipotesi in cui tali società vadano a competere con altre aziende. In tal caso, le *Big Tech* saranno costrette a vendere detti *asset* al fine di ripristinare la neutralità della piattaforma e la sana concorrenza. Il secondo disegno di legge rende illegale, nella maggior parte dei casi, prevedere che la società dia preferenza ai propri prodotti all'interno della propria piattaforma, e prevede anche, in caso di violazione, una pesante sanzione pari al 30% delle entrate nazionali dell'azienda interessata. Il terzo disegno di legge richiede alle piattaforme di astenersi dal porre in essere qualsiasi fusione, salvo che non si possa dimostrare che la società acquisita non è in concorrenza con alcun prodotto o servizio del mercato in cui opera la piattaforma. Il quarto disegno di legge richiede alle piattaforme di permettere agli utenti di trasferire i propri dati, nel caso in cui lo desiderino, altrove, anche verso la piattaforma di un'azienda concorrente. Da ultimo, il quinto disegno di legge aumenta gli obblighi di valutazione delle grandi società posti in capo al Dipartimento di Giustizia ed alla *Federal Trade Commission*, al fine di garantire che le fusioni poste in essere siano legali.

In Cina, invece, sono state pubblicate le Linee Guida Anti-Monopolio per la *Platform Economy*, con le quali si chiarisce come verrà applicata la Legge Anti-Monopolio alle potenziali pratiche anticoncorrenziali delle piattaforme online<sup>13</sup>.

Riforme normative sono state attuate anche in Giappone<sup>14</sup>, dove dal 1° febbraio 2021 è entrata in vigore una nuova legge per la regolamentazione delle piattaforme digitali chiamata "DP Act". Inoltre, sin dal 2019, nello

<sup>12</sup> Cfr. [www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/big-tech-ecco-la-stretta-antitrust-negli-usa-le-conseguenze-e-i-prossimi-passi/](http://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/big-tech-ecco-la-stretta-antitrust-negli-usa-le-conseguenze-e-i-prossimi-passi/); <https://www.politico.com/news/2021/06/09/house-democrats-announce-tech-bills-492703>

<sup>13</sup> Cfr. A. SVETLICINI, *China to discipline online platforms with antitrust enforcement?*, 2021, reperibile al seguente link: [competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement/](https://www.competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/02/17/china-to-discipline-online-platforms-with-antitrust-enforcement/); [www.iflr.com/article/b1r3bt1z7g1771/primer-chinas-new-anti-monopoly-rules-for-tech-companies](https://www.iflr.com/article/b1r3bt1z7g1771/primer-chinas-new-anti-monopoly-rules-for-tech-companies)

<sup>14</sup> Cfr. [www.competitionpolicyinternational.com/recent-developments-in-competition-law-and-policy-in-the-digital-economy-in-japan/](https://www.competitionpolicyinternational.com/recent-developments-in-competition-law-and-policy-in-the-digital-economy-in-japan/); [www.mondaq.com/antitrust-eu-competition-/1024456/japanese-legislature-passes-act-to-regulate-big-tech-platforms](https://www.mondaq.com/antitrust-eu-competition-/1024456/japanese-legislature-passes-act-to-regulate-big-tech-platforms)

stesso Paese opera un organismo di regolazione *ad hoc* denominato “Digital Headquarters” per la concorrenza del mercato digitale.

Per quanto riguarda il Regno Unito, ad aprile 2021 è stata annunciata la costituzione della nuova *Digital Markets Unit* (DMU), che consiste in un organismo di regolazione destinato ad affrontare le questioni relative alla concorrenza e alla gestione dei dati nei mercati digitali e che farà parte della *Competition and Markets Authority* (“CMA”)<sup>15</sup>.

In Australia, diversamente, si è optato per l’introduzione di una regolazione *ex ante*, con indicazione delle condotte anticompetitive delle *Big Tech* vietate<sup>16</sup>, sulla scia di quanto già fatto nel campo dell’elettricità e delle telecomunicazioni.

L’Unione europea, dal canto suo, nell’ambito della riforma del digitale tratteggiata nel precedente paragrafo, ha proposto l’adozione del DMA, al fine di combattere le pratiche sleali messe in atto dai più grandi fornitori di servizi digitali di piattaforma di base, i *gatekeepers*, e di fronteggiare il problema della mancanza di contendibilità nei mercati digitali, il quale crea inefficienze in termini di prezzi più alti, qualità inferiore, minore scelta e minore innovazione, a scapito dei consumatori europei.

La proposta di regolamento si caratterizza per due aspetti: si tratta di una normativa settoriale e si presenta come uno strumento di regolazione *ex ante*.

Il DMA, infatti, contiene una serie di regole applicabili soltanto ai *gatekeepers*, ossia i fornitori di servizi di piattaforma di base (i.e. i servizi digitali maggiormente utilizzati dagli utenti commerciali e dagli utenti finali) quali: i) servizi di intermediazione online (compresi, ad esempio, i mercati, i negozi di applicazioni *software* e i servizi di intermediazione *online* in altri settori come la mobilità, i trasporti o l’energia); ii) motori di ricerca *online*; iii) servizi di *social network online*; iv) servizi di piattaforma per la condivisione di video; v) servizi di comunicazione elettronica interpersonale indipendente dal numero; vi) sistemi operativi; vii) servizi cloud e viii) servizi di pubblicità<sup>17</sup>. Il

<sup>15</sup> Cfr. [www.gov.uk/government/publications/non-statutory-digital-markets-unit-terms-of-reference](http://www.gov.uk/government/publications/non-statutory-digital-markets-unit-terms-of-reference); [www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/big-tech-e-antitrust-in-uk-arriva-la-digital-markets-unit-ruolo-e-obiettivi/](http://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/big-tech-e-antitrust-in-uk-arriva-la-digital-markets-unit-ruolo-e-obiettivi/)

<sup>16</sup> Cfr. [www.afr.com/technology/big-tech-faces-tough-new-laws-under-accp-plan-20210905-p58p0r](http://www.afr.com/technology/big-tech-faces-tough-new-laws-under-accp-plan-20210905-p58p0r)

<sup>17</sup> Sulla base dell’accordo del 22 novembre 2021 raggiunto in seno all’IMCO, dovrebbe

fatto che un servizio digitale si configuri come servizio di piattaforma di base non significa che ogni suo fornitore presenti problemi di contendibilità e pratiche sleali. Tali problemi insorgono piuttosto in modo particolarmente evidente quando il servizio di piattaforma di base è gestito da un *gatekeeper*. Le imprese possono essere considerate *gatekeepers*<sup>18</sup> se: i) hanno un impatto significativo sul mercato interno; ii) gestiscono uno o più importanti punti di accesso dei clienti e iii) detengono una posizione consolidata e duratura nelle loro operazioni o si prevede che la acquisiranno<sup>19</sup>. La loro qualità di *gatekeeper* può essere stabilita in riferimento a indicatori quantitativi appropriati e chiaramente circoscritti, che possano servire come presunzioni confutabili per stabilire se un fornitore specifico si configura come *gatekeeper*, oppure può essere stabilita in base ad una valutazione qualitativa caso per caso mediante un'indagine di mercato.

Inoltre, la proposta di regolamento si presenta come uno strumento di regolazione *ex ante* in quanto contiene un elenco di specifici obblighi concorrenziali per i *gatekeepers* diretti a scongiurare pratiche sleali o che limitano la contendibilità del mercato<sup>20</sup>. In particolare, gli artt. 5 e 6 della proposta di regolamento contengono un totale di diciotto tipi di prescrizioni che possono essere divise in due gruppi: nell'art. 5 sono fissati gli obblighi ritenuti

ro essere ricompresi anche i browser, gli assistenti virtuali e le smart TV.

<sup>18</sup> Si noti che l'art. 3 dell'originaria proposta della Commissione recita: "Un fornitore di servizi di piattaforma di base è designato come gatekeeper se (...)" mentre il testo approvato dall'IMCO riporta "An undertaking (corsivo aggiunto) shall be designated as gatekeeper if (...)".

<sup>19</sup> A tal proposito, si noti che il testo approvato dall'IMCO il 22 novembre 2021 prevede che, per essere considerati gatekeepers, oltre a dover essere presenti in almeno tre paesi dell'UE, ad avere almeno 45 milioni di utenti finali mensili e più di 10.000 utenti aziendali, sarà anche necessario detenere una quota di 80 miliardi di capitalizzazione del mercato (e non di 65 miliardi come proposto originariamente dalla Commissione). Pertanto, oltre alle GAFAM, potrebbero rientrare nel novero dei gatekeepers anche Booking e, tra qualche anno, Zalando.

<sup>20</sup> Sulla scelta del tipo di regolazione, cfr. P. LAROCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 543-548; P. IBAÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 566-569. Per una disamina delle singole disposizioni del DMA, cfr. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *I Post di AISDUE*, III, n. 2, 25 febbraio 2021, Focus "Servizi e piattaforme digitali", disponibile su [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu).

*self-executing*, nel senso che il loro rispetto non richiede ulteriori particolari precisazioni, mentre nell'art. 6 sono indicati alcuni obblighi la cui attuazione può richiedere una specificazione che viene ottenuta mediante un'interlocuzione con la Commissione. Al riguardo, l'art. 7, par. 2 chiarisce che se quest'ultima constata che le misure che il *gatekeeper* intende attuare non garantiscono l'effettiva osservanza dei pertinenti obblighi sanciti dall'art. 6, essa può specificare, mediante decisione, le misure che il *gatekeeper* in questione deve attuare.

Dunque, è possibile affermare che tale proposta di normativa settoriale appare come un ibrido tra il diritto della concorrenza e le forme tradizionali di regolamentazione economica. Infatti, da un lato, sembra assumere le vesti di una codificazione di una serie di preoccupazioni rilevate dalle autorità di concorrenza, dall'altro, prevede una serie di doveri *ex ante* senza richiedere una valutazione dell'oggetto o dell'effetto delle pratiche sottostanti.

Infine, occorre sottolineare che parallelamente alla proposta di DMA fatta a livello europeo vi è stato uno Stato membro che ha autonomamente preso iniziativa contro gli abusi delle *Big Tech*. Si tratta della Germania, che nel gennaio 2021 ha approvato in parlamento il X emendamento alla *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB, legge tedesca sulla concorrenza), introducendo una nuova sezione del GWB, la 19(a)<sup>21</sup>. A norma di quest'ultima, il *Bundeskartellamt* può proibire diversi comportamenti da parte di imprese di "importanza fondamentale in diversi mercati" (i.e. conglomerati digitali) senza la necessità di provare una violazione del diritto della concorrenza<sup>22</sup>. La sezione 19(a) del GWB ha in comune una serie di profili con le proposte del DMA della Commissione e del DMU britannico, e può essere considerata come un esempio della nuova regolamentazione settoriale delle piattaforme digitali che sta emergendo in Europa<sup>23</sup>. A tal proposito occorre, però, notare che la Commissione ha segnalato che una frammentazione normativa nei vari Stati membri potrebbe compromettere seriamente il

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. J. U. FRANCK, M. PEITZ, *Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 513-528.

<sup>22</sup> Una versione inglese del X emendamento è reperibile al seguente link: [www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf](http://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/01/GWB-2021-01-14-engl.pdf)

<sup>23</sup> Per un confronto tra le tre proposte di regolazione, cfr. M. BOTTA, *Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 500-512.

funzionamento del mercato unico dei servizi digitali e dei mercati digitali in generale, per cui ha ravvisato la necessità di mettere in atto un'armonizzazione a livello dell'UE della materia in questione, in considerazione della natura intrinsecamente transfrontaliera dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeepers*<sup>24</sup>. È per questo motivo che per il DMA si è optato per una proposta di regolamento, atto direttamente applicabile negli Stati membri, e per l'articolo 114 TFUE come base giuridica dello stesso<sup>25</sup>.

3. C'è da chiedersi quali siano i motivi che hanno spinto l'Unione ad agire contro le *Big Tech* nonché a proporre l'adozione del DMA.

Negli ultimi anni stiamo assistendo ad un vero e proprio fallimento del costituzionalismo occidentale a fronte dell'affermazione dell'economia dei *big data*. Ormai è ben noto che le *Big Tech* utilizzano la tecnologia per acquisire sempre più dati che escono dalla sfera di proprietà di chi li genera ed entrano in quella di chi li sfrutta. Questi dati trasformano l'essere umano in un prodotto e riescono persino ad indurlo al consumo e a modificare il suo comportamento, erodendo il suo libero arbitrio. Da qui la necessità di vagliare attentamente le implicazioni di *privacy* e di contrastare i monopoli delle *Big Tech*, per salvaguardare la nostra struttura democratica e personale. L'Unione europea, per far fronte alla prima di queste due necessità, ha adottato il regolamento GDPR<sup>26</sup>, mentre per rispondere alla seconda ha proposto l'adozione del DMA.

Al centro della proposta di DMA vi sono i valori europei e la tutela dei diritti fondamentali. Infatti, a parere di chi scrive, è possibile individuare due obiettivi che le nuove norme in essa contenute intendono perseguire: da un lato, quello di proteggere in modo più efficace i consumatori e i loro diritti fondamentali online, in special modo la loro libertà di scelta; dall'altro, quello

<sup>24</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM/2020/842 final.

<sup>25</sup> Per un commento sulla scelta della base giuridica, cfr. A. LAMADRID DE PABLO, N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 576-589.

<sup>26</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

di rendere i mercati digitali più equi e più aperti per tutti e, dunque, di assicurare la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per raggiungere questi obiettivi, la Commissione ha innanzitutto formulato una proposta che prevede una regolazione *ex ante*. L'aver scelto uno strumento di tal fatta, piuttosto che uno strumento di *enforcement*, è già di per sé indicativo del fatto che l'Unione voglia assicurare, indipendentemente dalla commissione di illeciti anticoncorrenziali, l'esistenza di un ambiente equo e contendibile, in cui siano rispettati i diritti fondamentali di tutte le imprese e di tutti i consumatori. Uno strumento di *enforcement*, per definizione, avrebbe posticipato il momento di tutela ad una fase successiva rispetto a quella della commissione dell'illecito da parte di una *Big Tech*, per cui gli obiettivi che esso avrebbe potuto perseguire sarebbero stati soltanto quello di ristabilire la concorrenzialità del mercato ingiungendo l'interruzione della pratica illecita, se del caso, quello di punire l'*infringer* imponendo una sanzione, ed eventualmente quello di risarcire il danno, in un'ottica più spiccatamente economica che di tutela del diritto alla partecipazione ad un mercato fortemente competitivo.

Inoltre, per raggiungere il primo obiettivo di cui si è detto, ossia quello di proteggere i consumatori e la loro libertà di scelta, nel DMA si è cercato di adattare alcuni principi antitrust all'ambito e alle esigenze del digitale<sup>27</sup>.

Ad esempio, all'art. 5, lett. a) della proposta è stato previsto l'obbligo per i *gatekeepers* di astenersi dal combinare i dati personali ricavati da diversi servizi dello stesso *gatekeeper* e/o di terzi e dall'accesso con registrazione degli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper*, a meno che non sia stata presentata all'utente finale una scelta specifica in merito e che quest'ultimo non abbia prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento GDPR. È chiaro che questa disposizione tende a limitare lo sfruttamento del consumatore e a dare ai consumatori una scelta reale. Inoltre, il sistema di *opt-in* previsto contribuisce a limitare la profilazione dei dati (c.d. "*deep profiling*"), ponendo un limite indiretto allo sfruttamento dei consumatori per la pubblicità mirata (c.d. "*targeted advertising*") e per i prezzi personalizzati (c.d. "*personalised pricing*").

<sup>27</sup> Sul ruolo del diritto della concorrenza nei mercati digitali, cfr. P. IBÁÑEZ COLOMO, *What can competition law achieve in digital markets? An analysis of the reforms proposed*, disponibile su SSRN al seguente link: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3723188](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3723188).

Ancora, l'art. 5, lett. f) vieta ai *gatekeepers* la pratica del *tying* consistente nel legare un servizio della piattaforma di base ad un altro, per cui non sarà possibile imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi servizio della piattaforma di base quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi ad un altro dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*. Ad esempio, un fornitore di un *app store* non può condizionare l'accesso al servizio all'uso del suo motore di ricerca. Anche in questo caso la disposizione serve a promuovere la libertà di scelta.

Anche l'art. 6, par. 1, lett. b) serve lo stesso obiettivo, in quanto obbliga il *gatekeeper* a consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione *software* preinstallata sul proprio servizio di piattaforma di base, fatta salva la possibilità per il *gatekeeper* di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni *software* essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e la cui fornitura come applicazioni *software* autonome (*standalone*) di terzi è impossibile a livello tecnico.

Infine, anche l'art. 6, par. 1, lett. e) garantisce la libertà di scelta in quanto richiede che i *gatekeepers* eliminino le restrizioni tecniche che impediscono ad un utente finale di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni *software* diversi da quelli originariamente autorizzati dalla piattaforma. Per esempio, un utente di un sistema operativo deve essere libero di passare ad altri *word processors* (i.e. programmi di videoscrittura quale Microsoft Word) se il sistema operativo permette l'uso dei *word processors*.

Per raggiungere, invece, il secondo obiettivo di cui si è detto, ossia quello di assicurare la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il DMA contiene varie previsioni.

Innanzitutto, anche in questo caso viene in rilievo l'art. 5, lett. a) recante il divieto di combinazione dei dati personali, in quanto un altro obiettivo di questa disposizione è quello di migliorare le condizioni di contendibilità per le nuove imprese entranti (c.d. "*new comers*") in un determinato servizio di piattaforma di base e nei mercati ad esso adiacenti.

Inoltre, l'art. 5, lett. b) prevede che i *gatekeepers* devono consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del *gatekeeper*. Dunque, questa disposizione, limitando la capacità dei *gatekeeper* di imporre restrizioni agli utenti commerciali, assicura la libertà di impresa di que-

sti ultimi, in quanto facilita le condizioni di ingresso ad altri servizi di intermediazione online che competono con le piattaforme di distribuzione di un *gatekeeper* (per esempio, gli *app stores*, le piattaforme di intermediazione e i sistemi operativi).

Ancora, l'art. 5, lett. c) richiede che i *gatekeepers* permettano agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o meno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*. Tale pratica è nota come “*side loading*” e spesso è rilevante nel contesto degli *app stores*. La disposizione aggiunge anche che i *gatekeepers* devono consentire l'uso sulla loro piattaforma dei servizi acquistati fuori da essa da parte degli utenti finali. Questa precisazione è fondamentale perché altrimenti gli utenti finali non comprerebbero mai servizi al di fuori della piattaforma. Dunque, questa disposizione tutela la libertà d'impresa nel senso che permette agli utenti commerciali di utilizzare diversi canali per vendere i loro servizi e, allo stesso tempo, ha anche l'effetto di dare più scelta ai consumatori quando fanno acquisti online.

Dall'analisi degli esempi appena forniti, emerge chiaramente che le disposizioni del DMA sono finalizzate principalmente alla tutela dei diritti fondamentali dei consumatori e delle imprese piuttosto che alla crescita economica. Questo approccio delle istituzioni è molto diverso rispetto a quello precedente, più preoccupato di evitare veri o presunti effetti negativi su innovazione ed investimenti che non del rischio di impatti di lungo periodo sulla libertà di scelta del consumatore e sulla libertà di impresa delle *new comers*. Probabilmente lo spartiacque che ha fatto sentire forte l'esigenza di riesaminare l'efficacia della strumentazione antitrust esistente e di valutare eventuali misure *ex ante* come il DMA, è stato il caso Cambridge Analytica del 2016<sup>28</sup>, nonostante esso abbia avuto un rilievo essenzialmente politico e circoscritto soltanto ad una piattaforma (Facebook). Il caso, com'è noto, era relativo alla raccolta fraudolenta di dati personali di milioni di account, poi utilizzati a fini di propaganda politica, oltre che per campagne di marketing mirate. Nell'immediato esso pose preoccupazioni più in materia di *privacy* e di libertà dei cittadini di formarsi un'opinione non manipolata in occasione

<sup>28</sup> Per un approfondimento su questo caso, v. E. MENIETTI, *Il caso Cambridge Analytica, spiegato bene*, disponibile al seguente link: [www.ilpost.it/2018/03/19/facebook-cambridge-analytica/](http://www.ilpost.it/2018/03/19/facebook-cambridge-analytica/)

delle tornate elettorali piuttosto che dal punto di vista antitrust. Successivamente, però, venivano avviati diversi studi che indicavano in quali circostanze fosse possibile o raccomandabile un intervento di natura regolamentare. Da qui traggono origine le principali proposte di regolamentazione e il nuovo approccio delle istituzioni più incentrato sulla tutela dei diritti fondamentali al fine di rispondere alla rivoluzione digitale e contrastare il potere assunto dalle piattaforme tecnologiche.

In effetti, a parere di chi scrive, con il DMA sembra esserci un ritorno ai fondamenti della dottrina ordoliberal<sup>29</sup>, la quale era stata un po' abbandonata a seguito della crisi economica del 2008 ma i cui principi (quali la libertà commerciale, la competitività, il divieto di aiuti di Stato, il pareggio di bilancio) tanto hanno influito sul diritto dell'economia europea<sup>30</sup>. Questa dottrina si oppone alla visione classica del *laissez-faire* e si fonda sulla convinzione che non è possibile sviluppare un buon ordine economico naturale tramite il solo libero mercato. Lo stigma della dottrina ordoliberal può essere sintetizzato come segue: regolare il mercato in modo tale da renderlo effettivamente libero. Ed è proprio questo che fa il DMA: regola il comportamento che devono assumere le *Big Tech* in modo tale da rendere il mercato digitale libero, libero per le imprese che possono effettivamente esercitare la loro libertà di impresa e libero per i consumatori che possono scegliere se condividere i propri dati personali, se abbonarsi ad un servizio, quali applicazioni *software* utilizzare, etc. Come nell'ordoliberalismo lo Stato interviene esclusivamente per rendere il mercato meno anarchico e per evitare il pericolo che, senza alcuna regolamentazione, possano emergere e formarsi monopoli o oligopoli, così il DMA interviene per stabilire le regole volte a creare un mercato equo e contendibile e per combattere i monopoli delle *Big Tech*.

In conclusione, grazie al DMA il costituzionalismo europeo riprende vi-

<sup>29</sup> Per un approfondimento sulla dottrina ordoliberal, v. M. DOLD, T. KRIEGER (eds.), *Ordoliberalism and European Economic Policy*, London, 2021; J. HIEN, C. JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, London, 2017.

<sup>30</sup> Cfr. L. F. PACE, *Il principio dell'indipendenza della banca centrale e la stabilità dei prezzi come obiettivo della politica monetaria: quale influenza dell'ordoliberalismo in Germania e nell'Unione Europea?*, in *Moneta e Credito*, vol. 72, n. 288, 2019, pp. 349-364. Si pensi anche all'influenza esercitata dalla scuola ordoliberale di Friburgo e, in particolare, dal Prof. Ernst-Joachim Mestmäcker, consulente speciale della Commissione dal 1960 al 1970, sull'interpretazione dei principi di cui agli artt. 81 e 82 TCE. Sul punto, v. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, pp. 100-102.

gore rispetto agli ultimi anni e viene assicurata una maggiore libertà sul mercato in virtù di un approccio che sembra essere ispirato alla dottrina ordoliberal, con l'effetto che la tutela dei diritti fondamentali di consumatori e imprese tornano al centro dell'attenzione, scavalcando l'obiettivo della crescita economica.

4. Viene naturale porsi anche i seguenti interrogativi: perché regolare il comportamento delle *Big Tech* sul mercato è importante ai fini della tutela della concorrenza? Perché è necessario uno specifico atto a tale scopo?

Per rispondere a tali quesiti è opportuno partire da due presupposti di carattere generale. Il primo è che la concorrenza è un mezzo, non un fine. Il fine è quello di garantire il buon funzionamento dell'attività economica e condizioni ottimali di benessere del consumatore, mentre la concorrenza è un mezzo necessario laddove ci siano risorse limitate e si debba garantire l'accesso ad esse. Diceva, infatti, Adam Smith che la concorrenza è una gara per conquistare le risorse limitate<sup>31</sup>. Regolare questa gara è il compito del diritto, qualsiasi sia l'ambito a cui si riferisce, ovunque le risorse siano limitate, perché, se non lo fossero, non ci sarebbe una gara e, pertanto, non ci sarebbe bisogno del diritto. Si perviene, così, al secondo presupposto: la concorrenza richiede regole. Ronald Coase, economista britannico, scrisse che “se c'è qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richiede normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti”<sup>32</sup> e questo sistema complesso di norme e regolamenti si chiama mercato. Il mercato, dunque, non è una formazione spontanea, ma un'istituzione a cui la forma è data dalla disciplina normativa.

Nel caso al vaglio nel presente scritto, nel contesto dei servizi di piattaforma di base (quali i servizi di intermediazione *online*, i motori di ricerca, i servizi di *social network*, i servizi di piattaforma per la condivisione di video, i servizi di comunicazione elettronica interpersonale, i sistemi operativi, i servizi *cloud* e i servizi di pubblicità), quelle che sono state definite “risorse” possono essere identificate nei punti di accesso per gli utenti commerciali verso i loro clienti e viceversa, ed esse appaiono effettivamente limitate per-

<sup>31</sup> G.J. STIGLER, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, in *Journal of Political Economy*, vol. 65, no. 1, 1957, p. 1.

<sup>32</sup> R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, p. 49.

ché poche grandi piattaforme digitali (i.e. le *Big Tech*) le detengono. Per questo motivo, una “gara” per conquistare tali risorse limitate – o quantomeno per avervi accesso – esiste realmente e, dunque, c’è bisogno del diritto per regolarla. Il diritto in questione è contenuto nel DMA.

Queste premesse servono a porre le basi per una valutazione sulla qualità ed efficacia del DMA e sulla necessità di adottarlo. A ben vedere, alcuni esponenti della dottrina – seppur nell’ambito di considerazioni complessivamente positive della proposta legislativa – l’hanno indirettamente criticato, vuoi per la sovrapposibilità delle fattispecie in esso regolate alle previsioni di cui all’art. 102 del TFUE<sup>33</sup>, vuoi perché incompleto<sup>34</sup>, vuoi perché troppo complesso, vuoi perché mal strutturato<sup>35</sup>. In effetti, tali problematiche – sulle quali non si tornerà nel presente scritto in quanto già ampiamente vagliate – sono del tutto evidenti. Tuttavia, vi sono alcuni argomenti che spingono a sostenere che oggi la tutela della concorrenza potrebbe beneficiare enormemente di un atto quale il DMA, sebbene esso necessiti di qualche aggiustamento.

Per quanto riguarda la qualità ed efficacia del DMA, occorre innanzitutto rilevare che un tale atto – che appare come *lex specialis* rispetto all’art. 102 del TFUE o, meglio, come un’applicazione rafforzata e, per certi versi, semplificata dello stesso articolo – crea allo stesso tempo maggiore certezza giuridica e maggiore effetto deterrente per le *Big Tech*. Queste ultime conoscono *a priori* quali sono gli obblighi specifici a cui devono sottostare, hanno la possibilità di comunicare con la Commissione per discutere dell’efficacia delle misure che intendono attuare al fine di non incorrere in illeciti<sup>36</sup>, sanno che vi è un’istituzione (i. e. la Commissione) altamente consapevole di quali sono le più comuni pratiche anticoncorrenziali messe in atto sui mercati digitali, pronta ad agire e che ha a disposizione uno strumento *ad hoc* sul quale basa-

<sup>33</sup> P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, *supra*; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, TILEC Discussion Paper, 22 febbraio 2021, pp. 14-17.

<sup>34</sup> G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, pp. 11-14, il quale sottolinea che dovrebbero essere previste norme di richiamo al private enforcement.

<sup>35</sup> N. PETIT, *The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, p. 540; G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, pp. 2-3.

<sup>36</sup> Art. 7, par. 7 del DMA.

re rapidamente la propria azione. Sul punto, è stato rilevato che anche le autorità nazionali potrebbero svolgere un ruolo chiave in quanto si trovano in una posizione migliore per ricevere i reclami o per prestare assistenza nella progettazione dei rimedi o nel monitoraggio della conformità *ex post*<sup>37</sup>. Tuttavia, tali autorità nazionali o diventerebbero dei meri punti di contatto tra i denunciatori e la Commissione, dovendosi semplicemente occupare della trasmissione dei fascicoli a Bruxelles, o dovrebbero essere autorizzate ad applicare direttamente il DMA. Nella proposta di DMA si è optato per una centralizzazione dell'*enforcement* nelle mani della sola Commissione, ritenuta la sede più opportuna<sup>38</sup> in considerazione del fatto che quasi il 24% del commercio online totale in Europa è transfrontaliero e si stima che entro il 2025 i mercati online rappresenteranno il 65% delle vendite online transfrontaliere in Europa<sup>39</sup>. Inoltre, il raggio d'azione e i modelli di business dei *gatekeepers* sono sovranazionali e molto spesso di natura globale e diversi servizi transfrontalieri delle piattaforme di base sono gestiti dagli stessi *gatekeepers* in tutta l'UE.

Quanto all'effetto deterrente del DMA di cui si è detto, preme far notare che esso potrebbe addirittura essere rafforzato tramite una modifica della proposta legislativa. Infatti, una maggiore deterrenza e, di conseguenza, il mantenimento di una concorrenza più effettiva nell'UE potrebbero ottenersi affiancando al *public enforcement* il *private enforcement*. Nella proposta legislativa mancano completamente disposizioni in merito. Al contrario, a parere di chi scrive, sarebbe necessario introdurre disposizioni che facilitino la proposizione di azioni di risarcimento del danno. È chiaro che i danni subiti dalle vittime di una violazione del DMA sono certamente di modesta entità rispetto ai ricavi che le *Big Tech* riescono ad ottenere, per cui il pericolo di essere esposti ad azioni risarcitorie più facilmente proponibili da parte dei

<sup>37</sup> G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, p. 6; C. CARUGATI, *The Role of National Authorities in the Digital Markets Act*, 20 ottobre 2021, disponibile su SSRN al seguente link: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3947037](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3947037).

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, pp. 4 e 5; F. CHIRICO, *Digital Markets Act: A Regulatory Perspective*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 498-499; P. LAROCHE, A. DE STREEL, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 558-560.

<sup>39</sup> V. Impact assessment del DMA, par. 103.

clienti, sebbene numerosi, contribuirebbe soltanto in limitata misura a scoraggiare i *gatekeepers* dall'assumere comportamenti incompatibili con gli obblighi previsti. Tuttavia, è innegabile che l'introduzione di previsioni di tal fatta avrebbe vari effetti positivi, anche in termini di completezza del sistema (andandosi ad aggiungere in via complementare al *public enforcement*) e di tutela del singolo. Inoltre, occorre rilevare che il DMA appare come un terreno particolarmente fertile per il *private enforcement* in quanto il suo impianto generale risulta già compatibile con eventuali previsioni in materia. Innanzitutto, è evidente che mentre i *gatekeepers* sono nella posizione migliore per internalizzare gli obblighi previsti nel DMA ed adattare le loro pratiche commerciali al fine di garantire la conformità ad essi, i loro clienti sono nella posizione migliore per verificare se c'è stata un'inosservanza degli stessi<sup>40</sup>. Poi, spetta alla Commissione designare i *gatekeepers*, per cui chiunque volesse proporre un'azione di risarcimento del danno non si troverebbe davanti alla difficoltà di dover definire il mercato rilevante e la posizione dominante. Ancora, gli obblighi di cui all'art. 5 del DMA sono *self-executing*, dunque chiunque ritenga che questi non siano stati rispettati può ricorrere dinanzi ai tribunali nazionali. Gli obblighi di cui all'art. 6 del DMA, invece, sono suscettibili di ulteriori specificazioni che la Commissione indica in una sua decisione – frutto di un accordo *ex ante* con il *gatekeeper* sulle misure che quest'ultimo dovrà attuare – e, in caso di violazione di tale decisione, quest'ultima potrebbe essere preziosa per la proposizione di un'azione di risarcimento del danno, assurgendo a parametro di legalità del comportamento del *gatekeeper* e facilitando, così, la prova della commissione dell'illecito. Infine, occorre sottolineare che la previsione all'interno del DMA di regole che facilitino la proposizione di azioni di risarcimento del danno sarebbe in linea non solo con varie sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea (come *Francovich* o *Courage*)<sup>41</sup> ma anche con altri atti di diritto dell'UE che

<sup>40</sup> G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, *supra*, p. 12.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica italiana*, nella quale la Corte ha precisato che i singoli possono far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti sanciti dalle norme comunitarie e ha osservato che la piena efficacia delle norme comunitarie e la piena tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbero messe a repentaglio se i singoli individui non potessero ottenere un risarcimento in caso di lesione dei loro diritti a causa di una violazione delle norme comunitarie imputabile ad uno Stato membro. Questo stesso approccio è stato utilizzato, poi, nella senten-

prevedono un *enforcement* nelle mani di attori privati che agiscono in qualità di “*private attorneys general*” (i.e. una sorta di pubblico ministero nel diritto statunitense). Si pensi, ad esempio, alle regole introdotte con la c.d. “direttiva Danni”<sup>42</sup> nel contesto dell’*antitrust enforcement*, quali quella relativa alla vincolatività delle decisioni definitive adottate dalle Autorità nazionali garanti della concorrenza e dai giudici del ricorso ai fini delle azioni *follow-on*<sup>43</sup> oppure quelle relative all’accesso alle prove<sup>44</sup>.

za del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, punto 27, in cui la Corte ha affermato che: “Un siffatto diritto [al risarcimento del danno] rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest’ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un’effettiva concorrenza nella Comunità”.

<sup>42</sup> Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell’Unione europea.

<sup>43</sup> *Ibidem*, art. 9. Sul punto, cfr. *ex multis*, M. SIRAGUSA, *L’effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della commissione e il suo impatto nell’ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014; R. NAZZINI, *The Binding effect of decisions by Competition Authorities in the European Union*, in *Italian Antitrust Review*, vol. 2, 2015; B. NASCIBENE, *La vincolatività del provvedimento di condanna dell’Autorità garante successivamente alla direttiva sul private enforcement (Direttiva 2014/104/UE)*, 14/11/2016, disponibile al seguente link: [rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/01/Relazione-14.11.2016.pdf](http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/01/Relazione-14.11.2016.pdf); C. MASSA, *The effects of decisions adopted by competition authorities in the framework of Directive 2014/104/EU: criticalities and future prospects*, in R. MASTROIANNI, A. ARENA (a cura di), *60 years of EU competition law: stocktaking and future prospects*, Napoli, 2017, pp. 113-128.

<sup>44</sup> Direttiva 2014/104/UE, *supra*, artt. dal 5 all’8. Sul punto, cfr. *ex multis*, S. BASTIANON, *La tutela dei privati e l’accesso alle informazioni riservate: recenti sviluppi*, in G. TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Napoli, 2013; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell’Unione europea – Profili europei, internazionali e interni*, Napoli, 2015, p. 47 ss.; C. LO SURDO, *Programmi di leniency, accesso e divulgazione nel giudizio civile alla luce della Direttiva sul danno antitrust*, disponibile al seguente link: [www.osservatorioantitrust.eu/it/programmi-di-leniency-accesso-e-divulgazione-nel-giudizio-civile-alla-luce-della-recente-direttiva-sul-danno-antitrust/](http://www.osservatorioantitrust.eu/it/programmi-di-leniency-accesso-e-divulgazione-nel-giudizio-civile-alla-luce-della-recente-direttiva-sul-danno-antitrust/); M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un’autorità garante della concorrenza nella direttiva sull’antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in *AIDA*, 2015; C. MASSA, *The disclosure of leniency Statements and other Evidence under directive 2014/104/EU: an Undue Prominence of Public Enforcement?*, in *Market and Competition Law Review*, vol. II, n. 1, 2018, p. 149 ss.

Passando alla questione relativa alla necessità di adottare un atto come il DMA, occorre notare che, date le peculiarità del settore, ci sono tre necessità a cui occorre far fronte e a cui il DMA sembra dare una risposta abbastanza soddisfacente, pur necessitando – anche su questo versante – di alcuni aggiustamenti.

Innanzitutto, c'è bisogno di un atto che superi quelle che sono state percepite come le principali debolezze dell'uso del diritto della concorrenza nei mercati digitali, cioè la lentezza con cui procedono i casi antitrust e la mancanza di incisività dei rimedi imponibili. A tal proposito, il pregio della proposta legislativa risiede nel consistere in una regolazione *ex ante* (come rilevato nei paragrafi precedenti), il che permette di anticipare la tutela ad un momento precedente rispetto a quello della commissione degli illeciti da parte delle *Big Tech*.

Allo stesso tempo, c'è bisogno di un atto che si adatti alla mutevole realtà del mondo *online* e il DMA prevede la possibilità che la Commissione conduca indagini per identificare nuove pratiche sleali o limitanti la contendibilità del mercato, il che fa sì che si possa stare al passo con le evoluzioni del digitale. Infatti, oltre agli obblighi già stabiliti sulla base dell'“esperienza maturata (...) nell'applicazione delle norme dell'UE in materia di concorrenza”<sup>45</sup>, il DMA prevede la possibilità di aggiornare e ampliare il novero degli obblighi dei *gatekeepers* a seguito di una “indagine capillare sulla natura e sull'impatto di pratiche specifiche”<sup>46</sup> e di un “dialogo normativo”<sup>47</sup> con i *gatekeepers* stessi. Si denota, dunque, una certa lungimiranza del legislatore europeo nel tentativo di creare un ambiente normativo in cui il potere del *gatekeeper* sia abbastanza contenuto.

Infine, è fondamentale regolare in maniera più sistematica il comportamento delle *Big Tech* sul mercato e grazie al DMA si può senz'altro ottenere un buon grado di sistematicità della regolazione. Tuttavia, è proprio a tal fine che sarebbero auspicabili alcuni aggiustamenti della proposta legislativa in quanto, come già rilevato in dottrina, l'elencazione degli obblighi per i *gatekeepers* in esso contenuta appare confusionaria, con numerose prescrizioni “estremamente eterogenee e tra loro dissimili”<sup>48</sup>. A parere di chi scrive,

<sup>45</sup> Considerando n. 33 della proposta di DMA.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Così P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital*

l'esistenza di un atto *ad hoc* sui mercati digitali è senza dubbio un valore in sé per il diritto della concorrenza UE ma questo atto potrebbe essere meglio strutturato, magari prevedendo una suddivisione più razionale degli obblighi, con un'organizzazione in gruppi distinti sulla base degli obiettivi perseguiti, che non siano semplicemente quelli generici dell'equità e della contendibilità che ispirano l'intero atto di riforma del digitale ma che siano più puntuali (ad esempio, la promozione dell'accesso ai dati, l'agevolazione della scelta dei consumatori, la promozione della trasparenza, etc.).

5. Vari Stati di diversi continenti sono oggi alle prese con le riforme del digitale. Ciò che accomuna tutte queste riforme è la particolare attenzione rivolta ad una delle problematiche più complesse cui dover far fronte: quella dello strapotere delle *Big Tech* e dei loro comportamenti anticoncorrenziali. Vari sono gli strumenti utilizzati per restituire equità e contendibilità ai mercati digitali: in alcuni ordinamenti sono state previste riforme legislative (ad esempio, negli USA, in Cina e in Germania), in altri sono stati istituiti organismi di regolazione *ad hoc* (ad esempio, in Giappone e nel Regno Unito), in altri ancora si è optato per l'introduzione di strumenti di regolazione *ex ante* degli obblighi a cui le *Big Tech* devono sottostare (ad esempio, nell'Unione europea e in Australia).

Il legislatore dell'Unione europea ha proposto l'adozione di un regolamento, il DMA, contenente norme armonizzate che definiscono alcuni obblighi volti a scongiurare determinate pratiche sleali dei *gatekeepers* e prevedono un meccanismo di applicazione basato su indagini di mercato. La proposta di regolamento si caratterizza per essere una normativa settoriale (in quanto applicabile soltanto ai *gatekeepers*, ossia i fornitori di servizi di piattaforma di base) e si presenta come uno strumento di regolazione *ex ante*, che impone obblighi che le *Big Tech* devono rispettare, senza richiedere una valutazione dell'oggetto o dell'effetto delle pratiche sottostanti.

È possibile individuare due principali obiettivi del DMA: quello di proteggere in modo più efficace i consumatori e i loro diritti fondamentali *online*, in special modo la loro libertà di scelta, e quello di rendere i mercati digitali più equi e più aperti per tutti e, dunque, di assicurare la libertà di impresa di cui

all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La centralità della tutela di questi diritti fondamentali all'interno del DMA emerge da numerose previsioni: da un lato, ve ne sono alcune che assicurano che i consumatori non siano sfruttati, che i loro dati non siano profilati, che non gli siano applicate pratiche abusive di *tying* tra un servizio della piattaforma di base e un altro, che gli sia data la possibilità di scegliere di quali applicazioni *software* avvalersi, etc.; dall'altro, ve ne sono altre volte a facilitare l'ingresso delle *new comers* in un determinato servizio di piattaforma di base o nei mercati ad esso adiacenti o in un servizio di intermediazione online concorrente alle piattaforme di distribuzione di un *gatekeeper*, a ostacolare pratiche come il *side loading*, etc. Dunque, è possibile affermare che l'approccio del legislatore europeo nel DMA sembra essere ispirato ai principi della dottrina ordoliberal, il cui stigma è che occorre regolare il mercato in modo tale da renderlo effettivamente libero. In effetti, è proprio questo il compito del DMA, ossia regolare il comportamento che devono assumere le *Big Tech* in modo tale da rendere il mercato digitale libero, sia per le imprese che per i consumatori.

Anche dal punto di vista della tutela della concorrenza il DMA assume un certo rilievo, soprattutto perché riesce a creare una maggiore certezza giuridica (introducendo un quadro giuridico specifico, conoscibile *a priori* e che assicura la possibilità di confronto con la Commissione) e un maggiore effetto deterrente per le *Big Tech*. In relazione a quest'ultimo aspetto, nel presente scritto è stato rilevato che una maggiore deterrenza e, di conseguenza, il mantenimento di una concorrenza più effettiva nell'UE potrebbero ottenersi affiancando al *public enforcement* il *private enforcement*. D'altronde, le previsioni del DMA sarebbero perfettamente compatibili con un sistema di tal fatta, in quanto le loro caratteristiche e gli strumenti che esse introducono le rendono già di per sé inclini a facilitare la proposizione di azioni di risarcimento del danno. Inoltre, il DMA riesce anche a fronteggiare le principali debolezze dell'uso del diritto della concorrenza nei mercati digitali (ossia la lentezza con cui procedono i casi antitrust e la mancanza di incisività dei rimedi imponibili), configurandosi come uno strumento di regolazione *ex ante*, ad adattarsi alla mutevole realtà del mondo online, contenendo previsioni che permettono alla Commissione di identificare nuove pratiche sleali, e a regolare in maniera più sistematica il comportamento delle *Big Tech* sul mercato, anche se sarebbe auspicabile una maggiore razionalità nella categorizzazione degli obblighi previsti.

In conclusione, il DMA consente al costituzionalismo europeo di riprendere vigore rispetto agli ultimi anni in quanto assicura una più efficace tutela dei diritti fondamentali e una maggiore libertà sul mercato, in virtù di un approccio che sembra essere ispirato alla dottrina ordoliberal e che non ha più come unico obiettivo la sola crescita economica. Al tempo stesso, la tutela della concorrenza sui mercati digitali risulta rinforzata, sebbene a tal fine appaiano necessarie alcune modifiche della proposta legislativa, come, ad esempio, l'introduzione di regole volte a facilitare la proposizione di azioni private di risarcimento del danno e la riorganizzazione più razionale degli obblighi previsti.



LE ROI EST MORT, VIVE LE ROI!  
LA BLOCKCHAIN E IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

**Giovanni Zaccaroni\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *blockchain* e il diritto dell'Unione europea. – 3. Regolamentare la *blockchain*: le proposte della Commissione. – 3.1 La proposta di regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività. – 3.2 La proposta di regolamento relativo alle infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito. – 4. La *blockchain* e il diritto antitrust. – 5. Considerazioni finali.

1. Le innovazioni tecnologiche pongono nuove domande e lanciano nuove sfide alla struttura dell'ordinamento giuridico<sup>1</sup>. La *blockchain*, da questo punto di vista, non fa eccezione: molteplici aspetti della nostra società, e molteplici professioni, dipendono dal fatto che attribuiamo un particolare valore al ruolo di un intermediario ed al rapporto di fiducia esistente tra le parti. Basti pensare al contratto di conto corrente bancario, alla professione del notaio, o alla moneta<sup>2</sup>. Facendo ricorso alla *blockchain* invece – come verrà spiegato nel paragrafo successivo – è possibile fare del tutto a meno di tali intermediari, o quantomeno proporre la loro completa automatizzazione e dunque ambire a sostituirli non con una persona fisica ma con un codice<sup>3</sup>.

Il presente contributo si domanda in che modo una simile e dirompente tecnologia possa mettere alla prova il diritto dell'Unione europea, al pari di

\* *Lecturer* in Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Diritto Europeo e Comparato, Università di Malta, L-Imnsida. Il testo rielabora e sviluppa la relazione presentata alla tavola rotonda “Digitalizzazione, concorrenza e discriminazione” del convegno annuale dell'Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione europea “L'Unione europea dopo la Pandemia”, tenutosi a Bologna il 4 e 5 novembre 2021.

<sup>1</sup> M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, 2016.

<sup>2</sup> F. B. CROSS, *Law and Trust in Georgetown Law Journal*, 2005, p. 1457 ss.

<sup>3</sup> G. PATRICK, A. BANA, *Rule of Law Versus Rule of Code: A Blockchain-Driven Legal World in IBA (International Bar Association) Legal Policy & Research Unit Legal Paper*, 2017, [www.ibanet.org/MediaHandler?id=73B6073F-520D-45FA-A29B-EF019A7D7FC9](http://www.ibanet.org/MediaHandler?id=73B6073F-520D-45FA-A29B-EF019A7D7FC9).

altre discipline giuridiche<sup>4</sup>. Per rispondere a una tale domanda si procederà dapprima con un'introduzione al funzionamento della *blockchain* ed alla sua importanza per il diritto europeo, per poi continuare con la descrizione delle diverse iniziative adottate dall'Unione europea e dalle sue istituzioni per regolamentare la *blockchain*; si passerà poi ad un ambito specifico del diritto dell'Unione che sembra particolarmente vulnerabile alla *blockchain*, quale il diritto antitrust, per poi concludersi con alcune considerazioni sull'importanza presente e futura della *blockchain* per il diritto dell'Unione europea.

2. La *blockchain* è una tecnologia che, attraverso la crittografia delle informazioni e dei dati, collega gli elementi delle operazioni da svolgere in una catena di blocchi. Le informazioni così contenute sono accessibili nella loro forma integrale da tutti i 'nodi' della catena, e non è possibile effettuare modifiche ad un blocco senza che ciascuno dei nodi ne venga a conoscenza<sup>5</sup>. La *blockchain* dunque non è altro che "un database distribuito, condiviso e la cui storia passata è inalterabile". Ciascuna persona che possieda un dispositivo elettronico può partecipare a tale catena, scaricandone una copia sul suo *device*<sup>6</sup>. Grazie a tale tecnologia, che comunque fa parte del più ampio insieme delle tecnologie a registro distribuito (*Distributed Ledger Technologies* – DLTs), è possibile trasferire valore in maniera simultanea e sicura, senza ricorrere a soggetti che, agendo come intermediari, garantiscano la buona riuscita dell'operazione.

Le applicazioni di una simile tecnologia sono innumerevoli, e la sua invenzione risale all'inizio degli anni '90<sup>7</sup> nonostante il suo uso sia diventato

<sup>4</sup> M. FINCK, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, 2018. P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Harvard, 2018. O. POLLICINO, G. DI GREGORIO (eds.), *Blockchain and Public Law*, Cheltenham, 2021.

<sup>5</sup> M. MARCHESI, *Blockchain pubbliche e permissioned: una questione di fiducia in federalismi.it*, 2021, p. 140 ss.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 142-143.

<sup>7</sup> S. HABER, W.S. STORNETTA, *How to Time-Stamp a Digital Document* in A.J. MENEZES, S.A. VANSTONE (eds.) *Advances in Cryptology-CRYPTO' 90. Lecture Notes in Computer Science*, p. 437 ss.

familiare alla maggior parte delle persone solo a partire dal 2008 con la pubblicazione del *white paper* sul funzionamento di bitcoin<sup>8</sup>.

L'idea di potere fare a meno degli intermediari tradizionali, quali i governi e le banche, per trasferire un valore ha avuto un successo immediato e si è tradotta nella principale applicazione conosciuta della *blockchain*, e cioè quella delle criptovalute<sup>9</sup>, categoria che fa parte della più ampia nozione di *crypto-assets*<sup>10</sup>, che a sua volta comprende qualunque uso della moneta elettronica che vada oltre il semplice scambio di valore<sup>11</sup>.

Grazie ad una tecnologia quale quella utilizzata per *bitcoin* è possibile trasferire valore in maniera simultanea e sicura, senza ricorrere a soggetti che agiscono come intermediari. Ciò crea nuovi ostacoli per i regolatori, ma anche nuove opportunità<sup>12</sup>. Mediante una *blockchain*, infatti, trasferire valore diventa facile come effettuare un'operazione sul proprio smartphone o sul proprio personal computer, con la differenza naturalmente che un simile valore non può essere attribuito unilateralmente dal possessore della *blockchain* ma richiede l'accordo di tutti i nodi per essere generato, modificato o soppresso<sup>13</sup>.

Tuttavia, il potenziale della *blockchain* va ben oltre il suo utilizzo come moneta. Il settore pubblico, in particolare, è molto interessato alla tecnologia *blockchain*, poiché, grazie alla possibilità di trasferire e condividere dati, e dunque informazioni, in maniera simultanea su tutti i nodi di una stessa catena di blocchi sarebbe possibile gestire in maniera più efficace buona parte della pubblica amministrazione<sup>14</sup>. Basti pensare al fascicolo sanitario elettronico o ai dati relativi ai documenti di identità o persino a quelli fiscali<sup>15</sup>. Al

<sup>8</sup> S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, [bitcoin.org/bitcoin.pdf](https://bitcoin.org/bitcoin.pdf).

<sup>9</sup> R. HOUBEN, A. SNYERS, *Crypto currencies and blockchain in European Parliament: Study for the TAX3 Committee*, 2018, [repository.uantwerpen.be/docman/irua/80a4a6/152140.pdf](https://repository.uantwerpen.be/docman/irua/80a4a6/152140.pdf).

<sup>10</sup> V. paragrafo 3 *infra*.

<sup>11</sup> H. NABILOU, *How to Regulate Bitcoin? Decentralized Regulation for a Decentralized Cryptocurrency* in *International Journal of Law and Information Technology*, 2019, p. 266 ss, 278.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>13</sup> J. W. KIRKWOOD, *From Work to Proof of Work: Meaning and Value after Blockchain* in *Critical Inquiry*, 2022, p. 360 ss.

<sup>14</sup> V. paragrafo 3 *infra*.

<sup>15</sup> D. CAGIGAS, J. CLIFTON, D. DIAZ-FUENTES, M. FERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, *Blockchain*

momento attuale, infatti, le informazioni riguardanti il cittadino vengono conservate in diversi database, fisici o elettronici, che solo raramente, e principalmente in seguito ad uno sforzo tendente alla digitalizzazione intrapreso negli ultimi anni, sono interoperabili<sup>16</sup>. Vi sono però amministrazioni pubbliche nell'Unione europea (è il caso, per esempio, dell'Estonia) che hanno trasferito tutti i loro database su tecnologie a registro distribuito<sup>17</sup>. Queste consentono di operare simultaneamente su tutti i blocchi, così che qualunque operazione di aggiornamento dei dati che viene fatta in uno dei nodi della *blockchain* viene condivisa con tutti gli altri nodi<sup>18</sup>. Dunque, immaginando un'ipotetica applicazione della *blockchain* ad un database pubblico, alla nascita di un figlio, al genitore potrà essere riconosciuta automaticamente un'agevolazione fiscale senza bisogno di farne richiesta, poiché l'anagrafe comunale comunica con quello tributario<sup>19</sup>.

Gli utilizzi della *blockchain* sono molteplici anche al di fuori del settore pubblico e possono proteggere e promuovere anche gli interessi dei privati cittadini. Grazie alla *blockchain* è infatti possibile tracciare, per esempio, l'intera catena di produzione e di distribuzione di un alimento, di una bottiglia di vino o di un vestito, con importanti vantaggi per il produttore, il distributore e ovviamente anche per il consumatore finale<sup>20</sup>. Naturalmente, il

*for Public Services: A Systematic Literature Review* in *IEEE.org*, p. 13904 ss, 13910. M. MACCHIA, *Blockchain e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 2021, p. 117 ss.

<sup>16</sup> Commissione Europea, *New European Interoperability Framework Promoting seamless services and data flows for European public administrations*, 2017, [ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif\\_brochure\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif_brochure_final.pdf).

<sup>17</sup> *KSI® blockchain in Estonia*, 2019, [e-estonia.com/wp-content/uploads/2019sept\\_faqs-ksi-blockchain-1-1.pdf](https://e-estonia.com/wp-content/uploads/2019sept_faqs-ksi-blockchain-1-1.pdf).

<sup>18</sup> Vedi l'esempio del catasto Svedese in EU Blockchain Observatory, *Blockchain for Government and Public Services*, 2018, p. 28, [https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/eu\\_observatory\\_blockchain\\_in\\_government\\_services\\_v1\\_2018-12-07.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/eu_observatory_blockchain_in_government_services_v1_2018-12-07.pdf).

<sup>19</sup> Oltre all'esempio riportato si vedano altri sviluppi ed applicazioni in Ministero per lo Sviluppo Economico, *Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain: Sintesi per la consultazione pubblica*, 2019, p. 24, [www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte\\_registri\\_condivisi\\_e\\_Blockchain\\_-\\_Sintesi\\_per\\_consultazione\\_pubblica.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte_registri_condivisi_e_Blockchain_-_Sintesi_per_consultazione_pubblica.pdf).

<sup>20</sup> EU Blockchain Observatory, *Workshop Report – Blockchain applications in the agri-food sector*, 2020,

rovescio della medaglia è che una tale tecnologia permette di automatizzare una serie di passaggi, e soprattutto di controlli, che oggi vengono effettuati da persone fisiche, con conseguente perdita della forza lavoro. Non è però semplice valutare il contributo che una tale tecnologia potrebbe dare al mercato del lavoro perché se è vero che renderebbe talune mansioni superflue probabilmente permetterebbe di introdurre nuove figure professionali<sup>21</sup>.

Ma quali sono le tecnologie che permettono alla *blockchain* di servire il settore pubblico e privato in maniera così innovativa? Non esiste infatti un solo modello di *blockchain*, applicabile indifferentemente a tutte le situazioni poiché, come ogni attività di programmazione, la *blockchain* deve essere programmata per svolgere una specifica funzione e le tipologie di *blockchain* che possono essere ottenute in questo modo sono molteplici<sup>22</sup>. Tra queste possiamo distinguerne almeno tre: pubbliche, private e semi-private<sup>23</sup>.

Le *blockchain* pubbliche (che spesso sono anche definite *permissionless*)<sup>24</sup> sono infrastrutture informatiche in cui i dati all'interno delle celle sono accessibili e visibili sia all'interno che all'esterno della *blockchain* ed in cui, per esempio, tutti possono verificare la validità ed il buon fine delle transazioni tra i nodi della *blockchain*. Tuttavia, il fatto di conoscere le transazioni

[https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/EUBOF2.0\\_AgriFoodWorkshopReport\\_Final\\_0.pdf](https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/EUBOF2.0_AgriFoodWorkshopReport_Final_0.pdf).

<sup>21</sup> H. TREIBLMAIER, U.J. UMLAUFF, *Blockchain and the Future of Work: A Self-Determination Approach* in M. SWAN, J. POTTS, S. TAKAGI, F. WITTE, P. TASCA (eds.), *Blockchain Economics: Implications Of Distributed Ledgers - Markets, Communications Networks, And Algorithmic Reality*, 2019, p. 105 ss.

<sup>22</sup> T. SCHREPEL, *Blockchain + Antitrust*, 2021. La distinzione tra tipologie di blockchain non è senza ambiguità perché molti esperti tendono ad individuare anche un'ulteriore tipologia di blockchain, le blockchain consorzio.

<sup>23</sup> H. OKADA, S. YAMASAKI, V. BRACAMONTE, *Proposed Classification of Blockchains Based on Authority and Incentive Dimensions*, in *IEEE.org*, 2017 [ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=7890159&casa\\_token=VJaxv8oxD9oAAAAA:cpkodmMUM-9iilaiUWqRyDXq4W5HPQdKP532Ejg1AOVs0C31fba6gXC5MuEjhnDs8q6qTgGeaA&tag=1](https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=7890159&casa_token=VJaxv8oxD9oAAAAA:cpkodmMUM-9iilaiUWqRyDXq4W5HPQdKP532Ejg1AOVs0C31fba6gXC5MuEjhnDs8q6qTgGeaA&tag=1).

<sup>24</sup> La maggior parte delle *blockchain* pubbliche è *permissionless*, anche se vi sono casi di *blockchain* pubbliche che sono *permissioned*, in cui cioè il numero di utenti che possono validare le transazioni è molto ristretto. Questo è quello che avviene, per esempio, nel caso di Diem, la blockchain fondata da Meta per supportare numerosi servizi, tra cui quelli di pagamento dell'omonimo *cryptoasset*.

tra i nodi non implica necessariamente di essere a conoscenza di chi sia il titolare effettivo del determinato nodo, cosa che può dipendere dalla natura della *blockchain* o dalle tecnologie in possesso di chi effettua la ricerca.

Un esempio di *blockchain* pubblica è quello – molto noto - di Bitcoin, in cui le transazioni tra i nodi e le modifiche alla *blockchain* avvengono sulla base del consenso tra i membri e della *proof of work*, la realizzazione di operazioni di calcolo sempre più difficili da parte dei dispositivi che accedono alla *blockchain*<sup>25</sup>.

Le *blockchain* pubbliche sono piuttosto difficili da utilizzare per porre in essere condotte anticompetitive, perché – a una prima analisi - sembrerebbe difficile raggiungere una posizione dominante all'interno della *blockchain*. Controllare una *blockchain* pubblica richiede infatti una potenza di calcolo e una capacità di controllo dei nodi che non è facilmente raggiungibile con le tecnologie in possesso dalla maggior parte degli utilizzatori.

Le *blockchain* private (che sono per lo più qualificate come permissioned e, di cui Ripple rappresenta l'esempio più famoso e controverso),<sup>26</sup> sono invece costituite da infrastrutture informatiche accessibili e modificabili soltanto dagli utenti autorizzati dai programmatori della *blockchain*. In questo caso le problematiche relative alla possibilità del raggiungimento del consenso, l'elevata difficoltà della *proof of work* o della possibilità di controllare la *blockchain* dall'esterno non ci sono o sono comunque meno rilevanti. I programmatori o proprietari della *blockchain* possono però decidere in autonomia di restringere l'accesso a determinate funzioni o di modificare i valori o i costi delle transazioni per determinate categorie di utenti, abusando dunque di una posizione dominante all'interno della *blockchain* o del corrispondente mercato rilevante<sup>27</sup>.

Le *blockchain* semi-private, infine, sono quelle che si prestano maggior-

<sup>25</sup> Su cui v. in generale NABILOU, *How to Regulate Bitcoin...* cit.

<sup>26</sup> C. GURCAN AKCORA, Y.R. GEL, M. KANTARCIOGLU, *Blockchain networks: Data structures of Bitcoin, Monero, Zcash, Ethereum, Ripple, and Iota*, in *WIREs Data Mining and Knowledge Discovery*, 2021, [wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdfdirect/10.1002/widm.1436](https://wires.onlinelibrary.wiley.com/doi/pdfdirect/10.1002/widm.1436).

<sup>27</sup> Come per esempio sostenuto dal fondatore di Ethereum, Vitalik Buterin, "The consortium or company running a private blockchain can easily, if desired, change the rules of a blockchain, revert transactions, modify balances, etc.". V. BUTERIN, *On Public and Private Blockchains*, in *CoinDesk Insights*, 2015, [www.coindesk.com/markets/2015/08/07/vitalik-buterin-on-public-and-private-blockchains/](http://www.coindesk.com/markets/2015/08/07/vitalik-buterin-on-public-and-private-blockchains/).

mente ad essere utilizzate da istituzioni pubbliche o da soggetti privati per fornire servizi a cittadini o a clienti che vengono provvisti delle chiavi di accesso con riguardo, per esempio, ai documenti di identità o alle cartelle cliniche.

Come emerge dunque da questa prima analisi, la *blockchain* non riduce certamente il numero degli intermediari, ma tutt'al più ne modifica la collocazione<sup>28</sup>. Il legislatore europeo ha così il compito delicato di disciplinare i 'nuovi intermediari' della *blockchain* mediante l'armonizzazione delle regole nazionali in ambiti nei quali avere molteplici discipline nazionali in competizione le une con le altre rischia di rivelarsi un notevole svantaggio competitivo rispetto ad altri ordinamenti<sup>29</sup>.

Le istituzioni europee non sono rimaste inoperose di fronte a tale sfida e hanno adottato diverse misure, come dimostra l'attivazione fin dal 2019 di un osservatorio sulla *blockchain* che pubblica regolarmente ricerche in materia e che si propone di fare da ponte tra le molteplici discipline interessate alla tecnologia<sup>30</sup>. La Commissione europea, poi, anche grazie alla recente Strategia Digitale per il 2030<sup>31</sup>, che continua l'impegno iniziato con l'Agenda Digitale nel 2010<sup>32</sup>, si è occupata di includere la *blockchain* e diverse sue applicazioni tra le priorità da seguire e le tecnologie da incentivare nel prossimo decennio<sup>33</sup>. In questo senso, la Commissione si impegna a promuovere una visione della tecnologia *blockchain* che sia rispettosa dei valori e degli

<sup>28</sup> Come fa notare NABILOU con particolare riferimento alle criptovalute, la blockchain infatti, pur semplificando alcuni passaggi, anziché eliminare gli intermediari sembra piuttosto crearne degli altri in coloro che programmano e mantengono attiva la blockchain. NABILOU, *How to Regulate Bitcoin...*, cit. p. 267.

<sup>29</sup> E. KAILI, *Regulating Blockchain in the EU: Building a Global Competitive Advantage*, in E. KAILI, D. PSARRAKIS (eds.), *Disintermediation Economics*, p. 267 ss.

<sup>30</sup> *EU Blockchain Observatory and Forum*, [www.eublockchainforum.eu](http://www.eublockchainforum.eu).

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale*, COM(2021)118.

<sup>32</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un'agenda digitale europea*, COM(2010)245.

<sup>33</sup> Commissione europea, *Blockchain Strategy*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/blockchain-strategy>.

ideali insiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea<sup>34</sup>. Una simile visione, sempre secondo la Commissione, si riflette in una *blockchain* che è sostenibile per l'ambiente, capace di operare in sinergia con le altre innovazioni tecnologiche (incluso il *world wide web*) e rispettare gli obblighi in materia di cybersicurezza, tutela dei dati personali, ed identità digitale<sup>35</sup>. L'Unione europea sta poi proponendo anche la progettazione di una *blockchain* proprietaria per il settore pubblico, nell'ambito della più ampia *European blockchain Partnership*<sup>36</sup>.

Tuttavia la parte più interessante dell'attività istituzionale europea rimane certamente quella strettamente regolatoria, che, pur restando al momento allo stadio dell'iniziativa legislativa in discussione presso il Parlamento europeo ed il Consiglio, è sicuramente uno dei tentativi più ambiziosi e puntuali di dare una risposta legislativa comune alle sfide che la *blockchain* pone all'ordinamento giuridico europeo, soprattutto al fine di prevenire interventi ed iniziative autonome da parte dei 27 Stati Membri che conducano ad una frammentazione normativa. Una tale frammentazione, infatti, metterebbe in crisi la tenuta dell'ordinamento dell'Unione di fronte all'avanzare delle innovazioni tecnologiche.

3. L'idea di fornire un quadro normativo alla tecnologia *blockchain*, benché non manchino naturalmente le difficoltà di carattere tecnico, non è certamente una novità, poiché sono diversi gli Stati, anche al di fuori dell'Unione europea, che stanno procedendo a adottare norme a disciplina di tale tecnologia<sup>37</sup>. Sono però molteplici le fattispecie che devono essere disciplinate dal legislatore, perché il quadro è complicato sia dalle diverse tipologie di *blockchain* che dalle sue numerose applicazioni. Oltretutto, la Commissione è già particolarmente impegnata nel tentare di disciplinare le innovazioni tecnologiche, con l'obiettivo di arginare le posizioni dominanti che si

<sup>34</sup> *Ibid.* "The European Commission's strategy (...) wants to support a 'gold standard' for blockchain technology in Europe that embraces European values and ideals in its legal and regulatory framework".

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Dichiarazione sul Partenariato Europeo in materia di blockchain*, 2018, [ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/50954](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/50954).

<sup>37</sup> Si veda per esempio il Regno Unito.

possono creare nei mercati digitali, assicurando parità di accesso a tutti i concorrenti. In tal senso dispone ad esempio come ha dimostrato la recente proposta di legge sui mercati digitali (*Digital Markets Act*)<sup>38</sup>.

Le istituzioni europee si sono dunque mosse con decisione anche nei confronti della *blockchain*, proponendo sia di normare una delle sue applicazioni principali, le cripto-valute<sup>39</sup>, che di disciplinare più generalmente le infrastrutture di mercato basate su tecnologie a registro distribuito. Nelle prossime pagine daremo conto di questi due tentativi di regolamentare le applicazioni della *blockchain*.

**3.1.** La proposta di regolamento della Commissione europea per un mercato in materia di cripto-attività, che al momento di questo scritto è all'esame del Consiglio, è probabilmente l'iniziativa più rappresentativa dell'approccio che la Commissione intende seguire rispetto alle applicazioni della *blockchain*.<sup>40</sup> In questa proposta di legge, la Commissione europea vuole realizzare quattro obiettivi piuttosto ambiziosi: promuovere la certezza del diritto, sostenere l'innovazione, proteggere il consumatore di servizi finanziari e garantire la stabilità finanziaria<sup>41</sup>. A tale fine le misure relative alle cripto-valute sono adottate mediante un regolamento che trova la sua base giuridica nell'articolo 114 TFUE, disposizione che - come noto - costituisce la base giuridica residuale per realizzare il ravvicinamento delle legislazioni<sup>42</sup>. Una

<sup>38</sup> Proposta di regolamento, del 15 dicembre 2020, del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Legge Sui Mercati Digitali) COM/2020/842 final. Con tale proposta la Commissione intende arginare le posizioni dominanti che si possono creare nei mercati digitali, assicurando parità di accesso a tutti i concorrenti. Per un commento alla proposta v. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta del Digital Markets Act* in *I Post di AISDUE*, 2021, [www.aisdue.eu/pietro-manzini-equita-e-contendibilita-nei-mercati-digitali-la-proposta-di-digital-market-act/](http://www.aisdue.eu/pietro-manzini-equita-e-contendibilita-nei-mercati-digitali-la-proposta-di-digital-market-act/).

<sup>39</sup> L'utilizzo delle criptovalute come *utilities* dovrebbe già essere infatti regolamentato dalla disciplina dell'Unione europea in materia di strumenti finanziari, come la direttiva 2014/65/UE.

<sup>40</sup> Proposta di regolamento del 24 settembre 2020 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle Cripto-attività, COM(2020) 593 def. Cfr. L.M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *Clearing the crypto-assets wilderness: the EU Commission MiCA proposal*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, p. 8.

<sup>41</sup> Relazione di valutazione di impatto annessa alla proposta di regolamento in materia di cripto-attività, cit. p. 2-3.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 4. Sull'utilizzo della base giuridica ex articolo 114 TFUE per disciplinare le

simile scelta è dovuta evidentemente all'esigenza di istituire un quadro di armonizzazione completa per l'intera Unione europea in materia di criptoattività. In precedenza, peraltro, la Commissione aveva considerato anche altre alternative, come l'introduzione di un regime di *opt-in* per le criptoattività non regolamentate<sup>43</sup>.

Venendo al contenuto della proposta, la Commissione intende disciplinare innanzitutto il fenomeno, piuttosto popolare, delle criptovalute. Le criptovalute sono valute digitali crittografate che, attraverso la *blockchain*, trasferiscono un determinato valore da un soggetto all'altro<sup>44</sup>. Le tipologie di criptovalute sono numerose e si distinguono sia in base alla tipologia di *blockchain* sia in base al servizio di scambio di valore o di accesso ad ulteriori beni o servizi che possono fornire. Alcune, più conosciute (come bitcoin) promettono semplicemente di scambiare il valore in maniera sicura e relativamente veloce, senza bisogno di intermediari; altre, (come Monero o Z-Cash) possono trasmettere valore in maniera quasi completamente anonima (proteggendo dunque l'identità degli scambi); altre ancora promettono di interagire con gli strumenti elettronici (non solo personal computer o cellulari, ma anche veicoli elettronici)<sup>45</sup>. Le criptovalute, tuttavia, possono essere utilizzate per trasferire o scambiare un determinato valore, ma anche per fornire anche una serie di servizi. Alcune di esse, che in linea di principio dovrebbero già ricadere all'interno della disciplina europea, sono dei veri e propri strumenti finanziari<sup>46</sup>. Mentre altre sono, invece, utilizzate per fornire acces-

nuove tecnologie v. M. VARJU, *5G Networks, (Cyber)Security Harmonisation and the Internal Market: The Limits of Article 114 TFEU*, in *European Law Review*, 2020, p. 471 ss.

<sup>43</sup> *Ibid.* p. 8. In questo caso, anziché applicare una normativa comune, la Commissione avrebbe lasciato ai fornitori di servizi la possibilità di aderire volontariamente a un quadro normativo europeo oppure di rimanere non regolamentati o regolamentati solamente a livello nazionale.

<sup>44</sup> Su criptovalute e diritto dell'Unione europea si veda: F. MARTUCCI, *Crypto-monnaies: aspects de droit de l'Union*, in *Revue des affaires européennes*, 2019, p. 115 ss.

<sup>45</sup> Come ad esempio IOTA, la cui fondazione di riferimento è stata scelta, insieme ad altri 5 fornitori di servizi analoghi, per la fase 2 dello sviluppo della *European Blockchain Services Infrastructure*. Vedi *European Blockchain Pre-Commercial Procurement*, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/european-blockchain-pre-commercial-procurement>.

<sup>46</sup> Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari.

so digitale a determinati beni o servizi<sup>47</sup>, o altre ancora addirittura per creare opere d'arte (peraltro talvolta di dubbio valore artistico)<sup>48</sup>.

Al fine di evitare eventuali fraintendimenti legati ai molteplici significati del termine, la Commissione nella proposta di regolamento non usa il termine criptovalute ma adotta quello, ormai di maggiore uso anche nell'industria *blockchain*, di cripto-attività. Sommarariamente, la proposta della Commissione intende regolamentare tre categorie di cripto-attività: i *'token collegati ad attività'*, i *'token di moneta elettronica'* e gli *'utility token'*<sup>49</sup>. La prima questione affrontata dalla proposta di regolamento è dunque la definizione del concetto di *'cripto-attività'*<sup>50</sup>. Già nella versione inglese del regolamento, la scelta del termine *'crypto-assets'*, rispetto a quello di maggior uso di *'cryptocurrency'*, sembra suggerire che la Commissione non intenda operare una distinzione precisa tra l'utilizzo della tecnologia *blockchain* per effettuare scambi di valore e il suo utilizzo per fornire una serie più ampia di servizi<sup>51</sup>. Una simile posizione sembra essere avvalorata anche dal confronto del termine inglese (con l'eccezione forse di quello tedesco, *'kryptowerte'*)<sup>52</sup> con il termine *'crypto-actifs'* utilizzato nella traduzione francese, che similmente a quello italiano di cripto-attività, si riferisce ad un uso decisamente più ampio della tecnologia *blockchain*, quale applicata a qualsiasi transazione che sia funzionale ad uno scambio di valore<sup>53</sup>. La definizione proposta dalla Com-

<sup>47</sup> Alcune criptovalute, per esempio, consentono di ottenere un numero equivalente ai token in proprio possesso di diritti di voto all'interno degli ecosistemi blockchain creati.

<sup>48</sup> È questo il fenomeno degli NFT (*non-fungible tokens*).

<sup>49</sup> Articolo 3, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle Cripto-attività, cit.

<sup>50</sup> Articolo 3(2), *ibid.*

<sup>51</sup> Questa è invece per esempio la preoccupazione della Banca centrale europea, come emerge dal parere sulla proposta di regolamento in materia di cripto-attività, cit. *infra*. Anche negli USA la distinzione tra i vari utilizzi dei *crypto-assets* è particolarmente sentita. V. C. GOFORTH, *US Law: Crypto is Money, Property, a Commodity, and a Security, all at the Same Time*, in *Oxford Business Law Blog*, 2018, [www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/12/us-law-crypto-money-property-commodity-and-security-all-same-time](http://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/12/us-law-crypto-money-property-commodity-and-security-all-same-time).

<sup>52</sup> Il termine tedesco, che però non è stato tradotto nel titolo della versione tedesca della proposta di regolamento, sembra ancora più restrittivo, poiché si traduce letteralmente con "cripto-valore" e dunque rimanda al concetto di criptovaluta.

<sup>53</sup> V. le versioni linguistiche EN, FR, DE e IT della Proposta di regolamento relativo ai mercati delle Cripto-attività, cit. Si vedano anche i vari usi delle criptovalute, come il curioso esempio degli NFT (*non-fungible tokens*), citati più sopra.

missione del concetto di cripto-attività, poi, sembra confermare di avere un ambito di applicazione piuttosto ampio. Secondo la Commissione, infatti, le cripto-attività sono “una rappresentazione digitale di valore o di diritti che possono essere trasferiti e memorizzati elettronicamente, utilizzando la tecnologia di registro distribuito o una tecnologia analoga”<sup>54</sup>. Riguardo poi alle tre sotto-categorie di cripto-attività, una (gli *utility token*)<sup>55</sup> disciplina gli strumenti che garantiscono l’accesso a determinati beni o servizi, mentre le altre due (i “*token* collegati a moneta elettronica” e i “*security token*”) sono riconducibili alla categoria degli *stablecoin*, e dunque allo scambio di valore<sup>56</sup>.

La Commissione propone infatti di applicare una disciplina specifica anche agli *stablecoins*<sup>57</sup>. Gli *stablecoins* sono valute digitali crittografate il cui valore, al contrario di quelle tradizionali (come bitcoin ed Ether), è ancorato a un bene materiale o ad una valuta fisica tradizionale al fine di preservarla dalla volatilità e di assicurare dunque il mantenimento del suo valore nel tempo<sup>58</sup>. Gli *stablecoins* sono strumenti fondamentali per assicurare ai consumatori la possibilità di scambiare valore e fruire dei servizi offerti dalle cripto-attività senza cadere nella trappola dei repentini rialzi o ribassi dei prezzi. D’altra parte, si tratta però di uno strumento potenzialmente rischioso poiché potrebbe contribuire a realizzare un sistema di valute digitali parallele, non garantite dalle banche centrali<sup>59</sup>. La Commissione, tuttavia, anziché limitare l’uso degli *stablecoins* nell’Unione europea, propone un regime

<sup>54</sup> Articolo 3(2), proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle Cripto-attività, cit.

<sup>55</sup> Articolo 3(5), *ibidem*.

<sup>56</sup> Articolo 3(3) e 3(4), *ibidem*.

<sup>57</sup> F. ANNUNZIATA, D. W. ARNER, R.P. BUCKLEY, D. A. ZETZSCHE, *The Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCA) and the EU Digital Finance Strategy*, in *EBI Working Paper Series*, 2020, p. 8, [papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=3725395](https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=3725395).

<sup>58</sup> A. BERENTSEN, F. SCHÄR, *Stablecoins: The quest for a low volatility cryptocurrency* in A. FATÁS (ed.) *The Economics of Fintech and Digital Currencies*, 2019.

<sup>59</sup> S.L. SCHWARZ, *Regulating Digital Currencies: Towards an Analytical Framework*, in *Boston University Law Review* (in corso di stampa). Una versione provvisoria è reperibile presso [https://www.bis.org/events/cpmi\\_ptfop/proceedings/paper13.pdf](https://www.bis.org/events/cpmi_ptfop/proceedings/paper13.pdf). H. NABILOU, *Testing the waters of the Rubicon: the European Central Bank and central bank digital currencies*, in *Journal of Banking Regulation*, 2019, p. 299 ss.

legislativo specifico per ridurre i rischi posti dagli *stablecoins*<sup>60</sup> oltre che la possibilità di disciplinare gli *stablecoins* ai sensi della direttiva sulla moneta elettronica<sup>61</sup>.

Il fatto, dunque, che le cripto-attività regolamentate nella proposta della Commissione ricomprendano sia le attività di scambio di valore sia quelle relative all'accesso a beni o servizi intesi in senso più ampio può assicurare maggiore certezza sull'ambito di applicazione della regolamentazione e dare perfino la possibilità a molteplici fornitori di servizi di scambio di cripto-attività tramite *blockchain* di trasferire la loro sede nell'Unione europea.<sup>62</sup>

In conformità alla procedura legislativa ordinaria, sulla proposta di regolamento sono stati richiesti i pareri della Banca centrale europea<sup>63</sup>, del Garante europeo per la protezione dei dati personali<sup>64</sup> e del Comitato economico e sociale europeo<sup>65</sup>. Tra questi, quello della Banca centrale europea (BCE) è quello certamente di maggiore interesse. La BCE infatti rileva come non sia possibile distinguere chiaramente tra le cripto-attività come strumenti finanziari, che nell'opinione della BCE rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva MiFiD II, e le altre cripto-attività relative al mezzo di scambio, riserva di valore ed unità di conto che sarebbero invece oggetto del regolamento<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Relazione di valutazione di impatto annessa alla proposta di regolamento in materia di cripto-attività, cit. pp. 8-9.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Anche se come risulta dal parere di ESMA e ABE sul quadro giuridico applicabile alle cripto-attività, i fornitori di servizi tramite blockchain devono già conformarsi alla disciplina europea in materia di riciclaggio e antiterrorismo. Si veda ESMA, *Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 2019; *Relazione dell'ABE con parere sulle cripto-attività*, 2019.

<sup>63</sup> Parere della Banca centrale europea, del 19 febbraio 2021, su una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività, (CON/2021/4) (2021/C 152/01).

<sup>64</sup> Sintesi del parere del Garante europeo della protezione dei dati sulla proposta di regolamento relativo ai mercati delle cripto-attività (2021/C 337/03).

<sup>65</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo su: Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività, EESC 2020/04982.

<sup>66</sup> Parere della BCE, cit., punto 1.4: "è necessaria maggiore chiarezza per quanto riguar-

È tuttavia molto difficile distinguere, all'interno delle cripto-attività, quelle che sono soltanto strumenti finanziari, quelle che forniscono servizi e quelle che invece svolgono esclusivamente funzioni di moneta. Per cui non pare possibile, né forse opportuno, districare una simile complessità in sede legislativa senza correre il rischio di aumentare gli oneri di adeguamento in capo ai fornitori dei servizi. La proposta dunque, come sostiene la Commissione, “sostituirà i quadri nazionali esistenti applicabili alle cripto-attività non disciplinate dalla vigente legislazione dell'UE in materia di servizi finanziari e stabilirà inoltre norme specifiche per i cosiddetti *stablecoins*, anche laddove questi siano considerati una moneta elettronica”<sup>67</sup>. Vista la particolare natura e complessità del mondo delle cripto-attività, è facile prevedere che l'adozione del regolamento non segnerà la fine delle problematiche di natura legislativa.

**3.2.** La seconda iniziativa della Commissione che vale la pena di analizzare è quella volta ad istituire un regime-pilota in materia di infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito<sup>68</sup>. La decisione della Commissione di optare per un regime pilota costituisce uno spazio di sperimentazione normativa che permette alle istituzioni di valutare il buon funzionamento della disciplina proposta riservandosi in un secondo momento di fare delle modifiche, anche sostanziali. La decisione della Commissione di optare per tale formula è legata alla delicatezza della fattispecie da disciplinare. Il regime pilota, in un periodo di tempo limitato (entro 5 anni), dovrebbe infatti permettere ad ESMA di raccogliere i dati necessari per proporre alla Commissione di mantenere, modificare o addirittura abrogare la disciplina applicabile alle infrastrutture di mercato DLT<sup>69</sup>.

La proposta di questo regolamento, che è complementare a quello sui

da la distinzione tra le cripto-attività che possono essere qualificate come strumenti finanziari (rientranti nell'ambito della MiFID II) e quelle che rientrerebbero nell'ambito di applicazione della proposta di regolamento.

<sup>67</sup> Relazione di valutazione di impatto annessa alla proposta di regolamento in materia di cripto-attività, cit. p. 11.

<sup>68</sup> Proposta di regolamento, del 24 settembre 2020, del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito, COM(2020) 594.

<sup>69</sup> Articolo 10, *Ibid.*

mercati in cripto-attività sopra esposta, dovrebbe contribuire alla creazione di un mercato secondario di titoli basati su tecnologie DLT, mediante l'istituzione di una sotto-categoria di quella dei mercati di strumenti finanziari basati sulla direttiva 2014/65/UE (MiFIDII)<sup>70</sup>. La proposta, dunque, disciplina le definizioni, i requisiti e le autorizzazioni che gli operatori del mercato dovranno seguire ed ha lo scopo di facilitare la creazione e lo stabilimento nell'Unione europea di soggetti che intendano promuovere lo scambio di valori mobiliari basati su tecnologie a registro distribuito (DLT), e dunque, in ultima analisi, cripto-attività<sup>71</sup>. La proposta di regolamento non disciplina le cripto-attività in quanto tali ma solo la possibilità di emetterle, memorizzarle o scambiarle tramite infrastrutture di mercato, rendendo in questo modo gli Stati membri dell'Unione europea una potenziale destinazione per quei soggetti che vogliono istituire infrastrutture di mercato DLT<sup>72</sup>.

L'idea centrale della proposta è quella di prevedere una specifica autorizzazione, che deve essere ottenuta dai soggetti che intendono operare nel mercato di titoli DLT al fine di permettere loro di operare nell'Unione europea. Al terzo considerando della proposta di regolamento, infatti, si sottolinea che: “Attualmente vi è inoltre una carenza di infrastrutture di mercato che utilizzano la DLT e forniscono servizi di negoziazione e regolamento per le cripto-attività che rientrano nella definizione di strumenti finanziari. Senza un mercato secondario in grado di fornire liquidità e di consentire agli investitori di acquistare e vendere tali attività, il mercato primario delle cripto-attività che rientrano nella definizione di strumenti finanziari non si espanderà mai in modo sostenibile”.

Anche da tale strumento emerge che l'approccio della Commissione sulle cripto-attività non è orientato ad ostacolarne la loro diffusione quanto piuttosto a sfruttare il potenziale innovativo<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> *Ibid.*, considerando n. 2 e n. 8.

<sup>71</sup> *Ibid.*, considerando n. 2: “La cosiddetta tokenizzazione degli strumenti finanziari, vale a dire la loro trasformazione in cripto-attività per consentirne l'emissione, la memorizzazione e il trasferimento in un registro distribuito, dovrebbe aprire nuove opportunità per incrementi di efficienza nell'intero ambito della negoziazione e della post-negoziazione”.

<sup>72</sup> All'articolo 2 della proposta di regolamento, *ibid.*, le infrastrutture di mercato DLT sono definite come: “sistema multilaterale di negoziazione DLT o sistema di regolamento titoli DLT”.

<sup>73</sup> Questo naturalmente sempre alla luce di un adeguato bilanciamento del principio del-

Anche gli Stati Membri hanno confermato un atteggiamento di favore nei confronti delle cripto-attività, esprimendo il loro voto favorevole in Consiglio sul testo della proposta di regolamento come modificato dal Parlamento dal Consiglio<sup>74</sup>. Rimangono invece ancora dubbi sulla possibilità che gli Stati decidano autonomamente, magari in un secondo momento, di adottare iniziative di ispirazione marcatamente populista che possano mettere in pericolo il fragile equilibrio raggiunto nella disciplina delle cripto-attività<sup>75</sup>.

Negli sviluppi del progetto di regolamento sulle infrastrutture di mercato DLT sono stati acquisiti, similmente alla precedente iniziativa in materia di cripto-attività, i pareri della Banca centrale europea<sup>76</sup>, del Garante europeo per la protezione dei dati personali<sup>77</sup> e del Comitato sociale ed economico europeo<sup>78</sup>. Anche in questo caso vale la pena concentrarsi sul parere della Banca centrale europea, che fa notare l'assenza di coordinamento tra la pro-

la neutralità tecnologica (come introdotto dalla direttiva 2009/110/CE sulla moneta elettronica) con le esigenze dell'innovazione. Vedi A. VEERPALU, E. DA CRUZ RODRIGUES E SILVA, *Hitting the White Ball: The Technology Neutrality Principle and Blockchain-Based Applications* in *Indian Journal of Law and Technology*, 2019, p. 300 ss.

<sup>74</sup> Consiglio dell'UE, comunicato stampa del 21 dicembre 2021 "Tecnologia di registro distribuito: gli Stati membri approvano l'accordo raggiunto con il Parlamento europeo", <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/12/21/distributed-ledger-technology-member-states-endorse-agreement-reached-with-european-parliament/>. V. anche la lettera del Chairman del COREPER II, del 21 dicembre 2021, indirizzata alla Presidentessa della Commissione Affari Economici e Monetari del Parlamento europeo, ST 15257 2021 INIT. Da notare che il regolamento si applicherà a partire da un anno dalla sua entrata in vigore.

<sup>75</sup> Si veda un recente sondaggio di Euronews dal quale si evince come la maggior parte dei cittadini europei vedrebbe nelle criptovalute un'occasione per sfuggire alla politica monetaria dell'Unione. Euronews, *Majority of Europeans want their countries to regulate crypto, not the EU*, 1° settembre 2021, [www.euronews.com/next/2021/09/01/majority-of-europeans-want-their-countries-to-regulate-crypto-not-the-eu-exclusive-euronew](http://www.euronews.com/next/2021/09/01/majority-of-europeans-want-their-countries-to-regulate-crypto-not-the-eu-exclusive-euronew).

<sup>76</sup> Parere della Banca centrale europea, del 28 aprile 2021, su una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito (CON/2021/15) 2021/C 244/04.

<sup>77</sup> Sintesi del parere del Garante europeo della protezione dei dati sulla proposta di un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito (Il testo integrale del parere è disponibile in inglese, francese e tedesco sul sito del GEPD [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu)) 2021/C 229/04.

<sup>78</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo su: Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito, EESC 2020/04982.

posta della Commissione in materia di infrastrutture di mercato DLT e quella in materia di cripto-attività<sup>79</sup>. La BCE conclude che, quantomeno alla luce del testo delle due proposte di regolamento prima delle modifiche in sede legislativa, “occorra riflettere ulteriormente e prestare maggiore attenzione all’interazione tra la proposta di regolamento sulle cripto attività, quella sui mercati delle cripto-attività e la vigente normativa dell’Unione in materia di servizi finanziari e di banche”<sup>80</sup>.

L’analisi delle principali proposte legislative finora introdotte dalle istituzioni rende sicuramente l’idea della complessità del tema ma fa anche capire come l’atteggiamento della Commissione, del Parlamento europeo e del Consiglio sia molto favorevole alla disciplina del fenomeno delle cripto-attività e che, lungi dal limitarne la circolazione e la diffusione, le istituzioni intendano governare il fenomeno ed utilizzarlo per promuovere l’innovazione tecnologica nell’Unione europea, settore in cui la competizione con gli altri poteri globali è particolarmente intensa.

4. Prima di concludere l’analisi dell’approccio dell’Unione alle applicazioni della *blockchain* è opportuno approfondire il rapporto fra *blockchain* e diritto antitrust, settore del diritto dell’Unione europea che, per sua natura, potrebbe risentirne in modo particolare<sup>81</sup>. Basti pensare al fatto che la *blockchain*, almeno sulla carta, sia una tecnologia capace di prescindere dagli intermediari e dunque potenzialmente idonea a prevenire condotte anticompetitive tra attori all’interno di un mercato di riferimento, perché tutti i partecipanti alla *blockchain* dovrebbero sottostare alle medesime regole per permettere il corretto svolgimento delle transazioni. In questo paragrafo ci

<sup>79</sup> V. punto 3.7 del parere della Banca centrale europea sul progetto di regolamento relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito.

<sup>80</sup> *Ibid.*, punto 3.7.2.

<sup>81</sup> Parte della dottrina, in maniera certamente provocatoria ed iperbolica, ha infatti indagato se la blockchain potesse causare la ‘morte del diritto antitrust’. Si veda T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox in Georgetown Law Technology Review*, 2019, p. 281. Naturalmente le conclusioni a cui giunge l’autore sono di diverso avviso, come poi argomentato anche nel libro dello stesso autore, citato in nota *supra*.

occuperemo in modo particolare delle ipotesi di abuso di posizione dominante che possono essere attuate per mezzo della *blockchain*.

A tal fine è dunque preliminarmente necessario definire la nozione di mercato rilevante<sup>82</sup>. Il problema è infatti se ciascuna *blockchain* sia un mercato indipendente dalle altre o se invece si collochi all'interno di un ambito o di un mercato più ampio, definito per esempio in relazione al bene o al servizio virtuale offerto mediante la partecipazione alla *blockchain*. Quest'ultima pare la soluzione più convincente, ovvero quella di classificare le *blockchain* in mercati rilevanti in base ai servizi o prodotti che forniscono<sup>83</sup>. Una *blockchain* che fornisce servizi di pagamento, dunque, sarà in competizione con altre tecnologie che forniscono un simile servizio.

Una volta definito il mercato rilevante, occorre stabilire come individuare il soggetto in posizione dominante, cosa non facilmente realizzabile, soprattutto riguardo alla *blockchain* pubblica, dove la governance della *blockchain* è "diffusa" tra tutti i nodi. Ma anche nella *blockchain* privata non è semplice riconoscere una posizione dominante: il programmatore dell'infrastruttura potrebbe infatti sempre intervenire per modificare la *blockchain* in modo da non far risultare la propria posizione dominante, lasciando ben poche tracce.

Infine, si pone la questione dell'assenza di personalità giuridica della *blockchain*: se, come succede in diverse applicazioni della tecnologia *blockchain*, è difficile attribuire in capo a una persona giuridica o fisica il nodo della *blockchain*, è infatti molto difficile determinare chi sia in posizione dominante<sup>84</sup>. Anche se va riconosciuto che, nonostante le menzionate difficoltà nell'attribuire la posizione dominante, ci sono metodi, più semplici per le *blockchain* private e meno per quelle pubbliche, per conoscere l'identità dei nodi, e dunque in questo caso il problema si porrebbe in maniera decisamente meno consistente<sup>85</sup>. Ma il problema non è ristretto soltanto alla disciplina dell'articolo 102 TFUE. Se si scoprisse, per esempio, che

<sup>82</sup> T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law?*, cit., p. 302 ss.

<sup>83</sup> *Ibid.* p. 304.

<sup>84</sup> *Ibid.* p. 303.

<sup>85</sup> Salvo che la blockchain non sia stata creata per proteggere l'identità dei partecipanti, come nel caso delle transazioni che avvengono per payment tokens quali Z-Cash o Monero all'interno delle relative blockchain.

l'infrastruttura della *blockchain* è in realtà controllata da un ristretto numero di utenti che possono alzare o abbassare il prezzo della cripto-attività che si basa sulla stessa o comunque governarne in maniera arbitraria le transazioni, questo potrebbe costituire una distorsione della concorrenza che potrebbe rappresentare sia un abuso di posizione dominante sia una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

Delineata la problematica della posizione dominante, può ora passarsi ad esaminare alcune delle tipologie di condotte anticompetitive realizzabili tramite la *blockchain*. È stato autorevolmente fatto notare<sup>86</sup> che è proprio la natura decentralizzata e senza intermediari della tecnologia *blockchain* a mettere alla prova la natura centralizzata del controllo e dell'applicazione della disciplina antitrust. La tentazione però di vedere in questo dettaglio il superamento dell'ordinamento antitrust deve essere considerata con prudenza, ancora di più alla luce del rapporto di interdipendenza tra innovazioni tecnologiche e diritto della concorrenza. Basti pensare al caso, già esposto sopra, delle *blockchain* private, che potrebbero creare sistemi in cui la concorrenza – almeno come disciplinata oggi – non esiste o in cui un ristretto numero di persone approfitta più o meno coscientemente del contributo di molte altre<sup>87</sup>. È dunque prematuro parlare della fine del diritto antitrust proprio perché, nonostante la difficoltà di imputare correttamente una posizione dominante, è certamente possibile identificare pratiche anticoncorrenziali che possono rientrare nel quadro giuridico disciplinato dal diritto antitrust dell'Unione europea. Secondo l'articolo 102 TFUE, è infatti “incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo”<sup>88</sup>. All'interno della *blockchain*, così come all'interno di

<sup>86</sup> Da T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law?...* che descrive il fenomeno come “the blockchain antitrust paradox”, cit., p. 285 ss., p. 334.

<sup>87</sup> Come accade per esempio negli schemi piramidali che sono caratteristica dell'introduzione della maggior parte delle nuove tecnologie e che naturalmente hanno anche essi risvolti penali.

<sup>88</sup> Articolo 102 TFUE, su cui si vedano i commenti: M. KELLERBAUER, *Article 102 TFEU* in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT e J. TOMKIN (eds.), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, 2019, p. 1037. F. AMATO, *Articolo 102*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1050. M. T. D'ALESSIO, *Articolo 102*,

un più vasto mercato di riferimento, possono verificarsi molteplici condotte anticompetitive che costituiscono un abuso di posizione dominante.

L'articolo 102 TFUE ci ricorda infatti, con riferimento alla condotta abusiva, che "Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi". La distinzione tra le condotte abusive è generalmente bipartita: condotte abusive escludenti<sup>89</sup> e condotte abusive di sfruttamento<sup>90</sup>. SchrepeL vi aggiunge una terza categoria, definita come condotte abusive puramente discriminatorie, ma che possono essere ricomprese all'interno degli abusi di sfruttamento.

Gli abusi escludenti, particolari condotte anticompetitive nei confronti dei diretti concorrenti, possono avvenire in forme diverse all'interno della *blockchain*<sup>91</sup>. Condotte tipiche degli abusi escludenti sono, per esempio, il rifiuto di contrarre, il *margin squeeze*, i prezzi predatori, i rapporti di esclusiva, e le pratiche leganti. Questo tipo di condotte sono decisamente più probabili all'interno delle *blockchain* private rispetto a quelle pubbliche<sup>92</sup>. Questo perché la natura privata del codice ed il ristretto numero di soggetti abilitati alle modifiche rendono più semplice privilegiare determinate categorie di

in M. C. BARUFFI, F. POCAR (a cura di), *Commentario Breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014. In generale, v. L. F. PACE (a cura di), *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Padova, 2020.

<sup>89</sup> V. comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti.

<sup>90</sup> Riguardo le tipologie di abuso, v. G. BRUZZONE, S. CAPOZZI, *L'abuso di posizione dominante*, in L. F. PACE (a cura di) *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, cit. p. 140 ss.

<sup>91</sup> T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law?*, cit., p. 310 ss.

<sup>92</sup> V. la tabella proposta da T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law?*, cit., p. 308.

soggetti. Il rifiuto di contrarre, per esempio, nel caso di una *blockchain* privata, non dovrebbe nemmeno essere formalizzato perché sarebbe molto difficile per chi non partecipa alla *blockchain* venirne a conoscenza. Il maggior player di un mercato rilevante potrebbe infatti decidere di costituire in autonomia una *blockchain* in cui mette in vendita determinati servizi soltanto a una selezione limitata di clienti e non ai propri concorrenti.

Anche in *blockchain* pubbliche ma *permissioned* (tipologia di *blockchain* più rara, seppur meno frequente) vi possono essere, in virtù del numero ristretto di soggetti che possono convalidare le transazioni, potenziali abusi nei confronti dei concorrenti. Questa tipologia di abusi, proprio perché volta ad escludere parzialmente o interamente categorie di concorrenti, è quella che può incidere maggiormente sulle diseguaglianze all'interno del mercato rilevante della *blockchain*. Se per esempio il progetto di Facebook (ora Meta) di costituire un'infrastruttura di servizi basata sulla *blockchain* analoga a quella dell'attuale social network fosse completata, si potrebbero verificare anche all'interno di tale realtà condotte potenzialmente abusive in maniera non dissimile rispetto a quanto avviene in altri casi all'interno del mercato digitale<sup>93</sup>.

Anche gli abusi di sfruttamento possono verificarsi in particolare all'interno di una *blockchain* privata, dove per esempio i soggetti appartenenti allo stesso gruppo possono vedersi riconosciuto un vantaggio competitivo nei confronti dei clienti normali o viceversa uno dei contraenti può modificare unilateralmente le condizioni del contratto in maniera da provocare una violazione della concorrenza<sup>94</sup>. Questa tipologia di abusi viene esercitata per lo più nei confronti delle controparti commerciali.

Riguardo invece agli abusi di sfruttamento puramente discriminatori<sup>95</sup>, è necessario ancora una volta considerare la tipologia di *blockchain* all'interno della quale si svolge l'analisi<sup>96</sup>. In una *blockchain* pubblica l'adozione di pro-

<sup>93</sup> Si veda per esempio come, nel maggio 2021, l'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in Italia) abbia sanzionato le società Alphabet Inc., Google LLC e Google Italy S.r.l. per violazione dell'articolo 102 TFUE costringendole al pagamento di una multa di oltre 102 milioni di euro. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Google/Compatibilità App Enel X Italia Con Sistema Android Auto*, provvedimento n. 29645 del 27 aprile 2021.

<sup>94</sup> T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law?*, cit., p. 318.

<sup>95</sup> Articolo 102, lett. c), TFUE.

<sup>96</sup> T. SCHREPEL, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law?*, cit., p. 320.

tocolli *proof of work* o *proof of stake* rendono difficile la discriminazione arbitraria dei prezzi. In una *blockchain* privata, invece, possono verificarsi situazioni in cui sia lo stesso proprietario della *blockchain* ad assicurare a determinati utenti condizioni migliori per aumentarne il coinvolgimento, con una vera e propria strategia di marketing. Per capire se ad un simile comportamento corrisponda una pratica anti-concorrenziale e non semplicemente il legittimo sfruttamento di un vantaggio tecnologico sarà dunque necessario procedere ad un'analisi caso per caso, tenendo anche in considerazione l'evoluzione tecnologica della *blockchain*.

Nonostante le molte sfide che la *blockchain* pone al diritto antitrust, vi sono anche numerose opportunità. L'opportunità principale che la *blockchain* offre è rappresentata dalla riduzione del numero degli intermediari. L'utilizzo della tecnologia *blockchain*, infatti, potrebbe ridurre considerevolmente l'influenza di quegli attori che, agendo oggi da unici intermediari all'interno del mercato rilevante, potrebbero porre in essere condotte anti-competitive (*i.e.*, Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, *cc.dd.* GAFAM). È noto come la presenza di questi player, molto grandi e molto potenti, sul mercato digitale produce effetti distorsivi, tanto da indurre la Commissione europea a proporre una proposta di regolamento specifica<sup>97</sup>.

Anche in questo caso però molto dipende dalla tipologia di *blockchain* che si utilizza come punto di riferimento. *Blockchain* pubbliche e *permissionless*, come Bitcoin o Ethereum, ridurrebbero sicuramente la necessità di intermediari per i servizi di pagamento e per le prestazioni corrispettive. Però potrebbero anche determinare il venir meno delle garanzie che gli intermediari tradizionali (come le banche) possono offrire o persino rendere ancora più difficile il contrasto alle attività di natura criminale o le manovre elusive o evasive della tassazione nazionale. Non potrebbe poi escludersi che, nel caso per esempio di *blockchain* private in cui è dubbio il processo di decentralizzazione, che la *blockchain* divenga uno strumento per creare (e poi ultimamente abusare di) nuove posizioni dominanti in sostituzione di quelle precedenti. Per questo, una soluzione potrebbe essere quella di permettere, soprattutto alle agenzie governative, di sviluppare *blockchain* private o semi-private che consentano alle istituzioni di approfittare della immodificabilità e

<sup>97</sup> Proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Markets Act*), *cit.*, v. *supra*, par. 3.

della particolare resilienza della *blockchain*, senza però rinunciare ad esercitare un certo grado di controllo sul processo<sup>98</sup>.

Nell'ambito invece delle *blockchain* pubbliche (ma *permissioned*) è invece interessante ragionare sul caso di Meta (già Facebook) che intende utilizzare una *blockchain* 'proprietaria'<sup>99</sup>, Diem (già Libra), per gestire i pagamenti all'interno dei propri *social network*<sup>100</sup>. Mettere la tecnologia *blockchain* al servizio di una società che gestisce – tra le altre cose - i pagamenti di alcuni tra i più popolari social network (Facebook, Instagram, oltre al sistema di messaggistica Whatsapp) significa certamente consolidare una posizione dominante all'interno del mercato dei servizi di pagamento. Dall'altro lato, però, il fatto che, per gestire una tale infrastruttura, Meta debba utilizzare una *blockchain* pubblica potrebbe permettere alla comunità di sviluppatori di avere un controllo, per quanto parziale, su quanto accade all'interno del sistema e forse contribuire a prevenire potenziali condotte abusive.

Come brevemente esposto, l'applicazione di tecnologie potenzialmente dirompenti quali la *blockchain* non pone fine al diritto antitrust ma lo spinge ad adeguarsi ai cambiamenti tecnologici. Lo sviluppo tecnologico non è infatti negativo o positivo in sé stesso ma rappresenta uno strumento nelle mani del legislatore per realizzare degli obiettivi. Ciò è avvenuto di recente con riferimento alla difficoltà di sanzionare condotte anticompetitive da parte delle grandi piattaforme digitali<sup>101</sup>, dove la Commissione europea è intervenuta per proporre di regolamentare tali posizioni dominanti con il *Digital Markets Act*<sup>102</sup>. Nella sua forma attuale la proposta pare essere ancora insuf-

<sup>98</sup> C. PIKE, A. CAPOBIANCO, *Antitrust and the trust machine*, in *OECD Research Paper*, 2020, [www.oecd.org/daf/competition/antitrust-and-the-trust-machine-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-and-the-trust-machine-2020.pdf).

<sup>99</sup> Il fatto che Diem/Meta sia proprietaria della blockchain non significa che il suo codice non possa essere pubblico e dunque modificabile da chiunque secondo regole ben precise.

<sup>100</sup> Libra (ora Diem) White Paper, Section 3, "The goal of the Libra Blockchain is to serve as a foundation for financial services, including a new global payment system that meets the daily financial needs of billions of people".

<sup>101</sup> P. MANZINI, *Equità e contendibilità...* cit. V. anche M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, Cham, 2019.

<sup>102</sup> Sulle implicazioni del Digital Markets Act si vedano anche le relazioni presentate da C. MASSA, *Ultimi sviluppi della riforma del digitale in Europa: il Digital Markets Act tra costituzionalismo europeo e concorrenza* e da D. DANIELI, *Il controllo delle concentrazioni nel settore digitale e il nuovo approccio della Commissione europea: fit for purpose?* in *I Post di AISDUE*, 2021, nonché il saggio di C. SCHEPISI, *L'enforcement del Digital Markets Act: perché anche i*

ficiente per contrastare le posizioni dominanti all'interno dei mercati digitali<sup>103</sup>, ma può dare comunque spunti interessanti per la lotta alle disuguaglianze anche nel mercato digitale della *blockchain*<sup>104</sup>.

5. Può ora tentarsi una prima risposta al quesito posto in apertura, relativo alla possibilità che la *blockchain* possa mettere in discussione le strutture e gli elementi fondamentali del diritto dell'Unione europea e del suo mercato interno. L'analisi delle proposte di regolamento della Commissione che intendono disciplinare i nuovi mercati per lo scambio e la commercializzazione di titoli basati su *blockchain* e tecnologia DLT e dell'impatto che la *blockchain* avrebbe sul diritto antitrust, elemento essenziale al buon funzionamento del mercato interno, pare doversi dare una risposta negativa. Spesso, anche in passato, si è ritenuto che il diritto e le innovazioni tecnologiche non potessero coesistere. È vero invece il contrario, e cioè che ogni innovazione tecnologica deve essere regolamentata in maniera adeguata per potere esprimere tutto il suo potenziale.

È possibile però trarre due ulteriori spunti di riflessione dall'influenza che simili tecnologie possono avere sullo sviluppo giuridico e sociale. Il primo è che qualunque tentativo di disciplinare la materia dovrebbe rimanere neutrale nei confronti della tecnologia che intende regolamentare.<sup>105</sup> La neutralità, in questo caso, non riguarda la scelta fra una categoria di *blockchain* e le altre, quanto fra le tipologie e le modalità di declinare la *blockchain*. Il regolatore dovrebbe dunque rifuggire dalla tentazione di favorire un modello di *blockchain* rispetto ad un altro, poiché la velocità a cui la tecnologia si muove è estremamente alta, dunque il rischio di essere lasciati indietro ri-

*giudici nazionali dovrebbero avere un ruolo fondamentale in I Post di AISDUE, 2022.*

<sup>103</sup> P. MANZINI, *Equità e contendibilità*, cit., p. 55.

<sup>104</sup> Per esempio, l'articolo 6 k) della proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, che si occupa di stabilire come il *gatekeeper* dei servizi informatici debba garantire l'accesso agli app store, si potrebbe applicare per analogia per sostenere l'esistenza di un diritto di accesso dei clienti della blockchain a determinati servizi o a determinate informazioni in possesso solo degli sviluppatori della *blockchain*.

<sup>105</sup> Come emerge, del resto, anche dai pareri della Banca centrale europea e del Comitato economico e sociale europeo alle proposte di regolamento in materia di cripto-attività e sulle infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia DLT, cit. *supra*, paragrafi 3.1 e 3.2.

spetto agli ultimi sviluppi tecnologici è significativo. Ancora più importante della neutralità tecnologica è forse sfuggire alla tentazione di imbrigliare il fenomeno al solo scopo di rallentarne l'adozione. Anche in questo caso, il rischio di essere superati dalla realtà è molto concreto.

Il secondo punto dovrebbe invece tenere conto della difficoltà per gli operatori giuridici nel comprendere il fenomeno della *blockchain* senza adeguate conoscenze tecnologiche, nonché, viceversa, la mancanza di conoscenza da parte dei programmatori informatici degli elementi essenziali della disciplina giuridica. Sembra dunque necessario continuare ad approfondire il dialogo tra le discipline, ed in particolare tra il diritto e gli studiosi delle nuove tecnologie, in modo da creare una sinergia ed una strategia comune. A tal fine, è dunque opportuno creare occasioni di dialogo e di collaborazione, oltre che magari vere e proprie figure tecniche e professionali che siano in grado di interagire ed operare in entrambi i mondi.



euro 20,00

