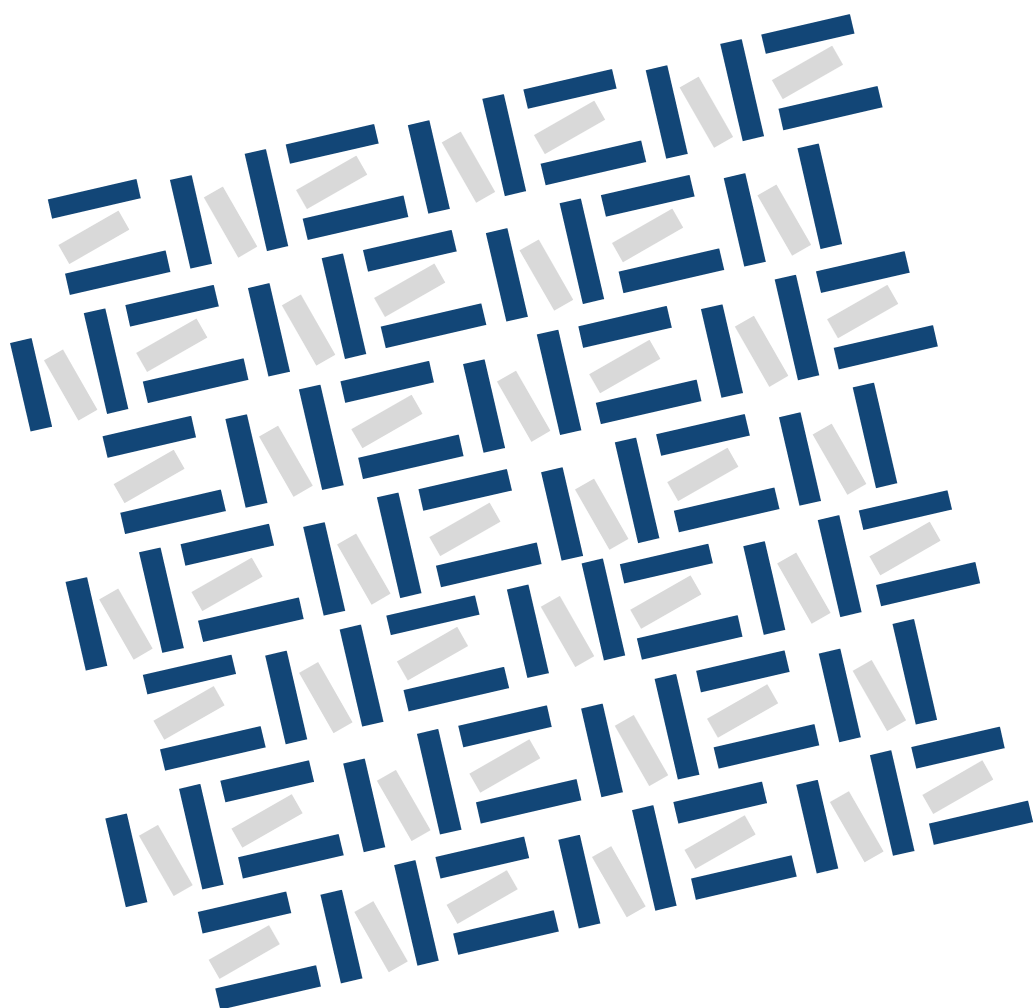


Fascicolo n. 3/2025

unione europea e diritti



ISSN 3035-5729



L'indirizzo e-mail per la sottomissione degli articoli, sia in formato word che pdf, è info@uediritti.it.

Gli autori devono indicare nome e cognome, recapito mail, abstract e titolo dell'articolo in lingua italiana e inglese. La Rivista accoglie lavori inediti, redatti in lingua italiana, francese, inglese o spagnola.

L'invio di un manoscritto presuppone l'adesione al codice etico della Rivista e l'uniformità dello stesso ai criteri redazionali (consultabili online all'indirizzo www.uediritti.it). I contributi sono sottoposti a previo referaggio cieco anonimo secondo i principi descritti nel codice etico e nella procedura di revisione.

La Rivista ha periodicità quadrimestrale.

Il fascicolo è pubblicato con il contributo del progetto PRIN 2020 "Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights [DEMA]" (Bando 2020 - prot. 2020M47T9C) – Coordinatrice: Prof.ssa Arianna Vidaschi, Università Bocconi; Coordinatrice Unità Federico II: Prof.ssa Patrizia De Pasquale.

© Copyright 2025 – *Unione europea e Diritti*

Rivista registrata presso il Tribunale di Napoli, n. 14 del 25 settembre 2025

DIRETTORE RESPONSABILE
Patrizia De Pasquale

DIREZIONE E REDAZIONE
Dipartimento di Scienze Politiche
Università degli Studi di Napoli Federico II
Via Leopoldo Rodinò, 22
c.p. 80138, Napoli (IT)
direzione@uediritti.it
info@uediritti.it
www.uediritti.it

© Copyright 2025 – EDITORIALE SCIENTIFICA – Napoli
Via San Biagio dei Librai, 39 – tel. 081.5800459
www.editorialescientifica.it

ISSN 3035-5729

Direttore responsabile

Patrizia De Pasquale

Comitato direttivo

Oreste Pallotta (condirettore), Andrea Circolo, Antonietta Damato, Giacomo Di Federico, Fabio Ferraro, Gaspare Fiengo, Daniele Gallo, Celestina Iannone, Michele Messina, Francesco Munari, Emanuela Pistoia, Giovanni Pitruzzella, Ornella Porchia, Cristina Schepisi, Lorenzo Schiano di Pepe

Comitato scientifico

Adelina Adinolfi, Roberto Adam, Stefano Amadeo, Chiara Amalfitano, Ferruccio Auletta, Maria Eugenia Bartoloni, Francesco Bestagno, Andrea Biondi, Giandonato Caggiano, Enrico Camilleri, Sergio Maria Carbone, Federico Casolari, Massimo Condinanzi, Gianluca Contaldi, Luigi Daniele, Alessia Di Pascale, Giuseppe Franco Ferrari, Cristiana Fioravanti, Ivan Ingravallo, Simonetta Izzo, Panos Koutrakos, Aldo Ligustro, Miguel Poiarés Maduro, Pietro Manzini, Simone Marinai, Paola Mori, Angelo Orofino, Bruno Nascimbene, Lorenzo Pace, Filippo Patroni Griffi, Marco Pellissero, Valeria Piccone, Fabrice Picod, Sara Poli, Massimiliano Puglia, Lucia Serena Rossi, Francesco Rossi Dal Pozzo, Daniel Sarmiento, Antonella Sciortino, Róbert Spanó, Luke Dimitrios Spieker, Fabio Spitaleri, Antonio Tizzano, Ennio Triggiani, Michele Vellano, Ugo Villani, Jacques Ziller

Comitato di redazione

Benedetta Minucci (coordinatrice), Filippo Alberti, Oriana Balsamo, Mario Barbano, Samuele Barbieri, Marco Buccarella, Lorenzo Cecchetti, Federico Ceci, Enza Cirone, Lorenzo Grossio, Miriana Lanotte, Alessandro Nato, Raimondo Nocerino, Gabriele Maria Polito, Enrico Stella, Giulia Toraldo, Sveva Troncone, Alfredo Veneziani

Comitato dei referee

Angela Correra (coordinatrice), Irene Agnolucci, Jacopo Alberti, Maria Caterina Baruffi, Fabrizio Barzanti, Stefano Bastianon, Francesco Battaglia, Francesco Buonomenna, Luca Calzolari, Valeria Capuano, Chiara Cellerino, Bernardo Cortese, Francesco Costamagna, Valeria Di Comite, Davide Diverio, Marco Evola, Chiara Favilli, Federico Ferri, Susanna Fortunato, Ginevra Greco, Cristina Grieco, Costanza Honorati, Sarah Lattanzi, Nicole Lazzerini, Maurizio Maresca, Rita Mazza, Alberto Miglio, Stefano Montaldo, Massimiliano Montini, Giuseppe Morgese, Luca Pantaleo, Nicoletta Parisi, Celeste Pesce, Anna Pitrone, Luigi Raimondi, Angela Maria Romito, Alessandro Rosanò, Nicola Ruccia, Teresa Russo, Antonello Schettino, Eleanor Spaventa, Daniela Vitiello

INDICE

Editoriali

- C. HONORATI, Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia come laboratorio costituzionale dell'identità europea 549

Articoli

- F. CASOLARI, La tutela dei valori dell'Unione europea e le prerogative sovrane degli Stati membri: quale limitazione? 561

- G. CONTALDI, L'attuazione in Italia della direttiva sulla pianificazione dello spazio marittimo 581

- D. GALLO, Investimenti esteri diretti e *golden power*, oggi 615

- M. LANOTTE, Il controllo giurisdizionale degli atti adottati dalla Procura europea al vaglio della Corte di giustizia: dalla sentenza *G.K. e a.* alla pronuncia *EPPO/I.R.O. e F.J.L.R.* 643

- S. MARINAI, Gli strumenti di *soft law* come risposta alle crisi sanitarie nell'Unione europea 681

- M. MESSINA, *Is indispensability always indispensable?* Il test *Bronner* alla prova *Android Auto*: il rifiuto di contrattare ai tempi delle piattaforme digitali 707

- V. OMAGGIO, La *Rule of Law* e il costituzionalismo europeo 737

- A. ROSANÒ, Interludio tra *Lin* e *Lin II*: riflessioni su tutela dei diritti fondamentali e degli interessi finanziari dell'Unione europea alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia 765

- A. SCHETTINO e A. MASSOLO, Concorrenza e democrazia: quale legame, quale interazione e quale contaminazione? 801

Note e commenti

- E. FAZIO, The Commission's Institutional Transparency: Informal Guidance Letters in EU Competition Law 851

- L. LONARDO, Internal market meets geopolitics: recent case law on freedom of establishment 863

- F. MUNARI, *Alace, Canpelli e...* l'insicurezza dei paesi terzi sicuri 887

Interviste

- Intervista a SERGIO MARIA CARBONE: "La politica industriale europea e le misure compensative", di Patrizia De Pasquale e Oreste Pallotta 911

Interventi

- O. PORCHIA, Allocution du juge Ornella Porchia à l'occasion de la cérémonie en l'honneur des membres du Tribunal de l'Union européenne marquant la cessation de leurs fonctions - Luxembourg, le 15 septembre 2025 923

Segnalazioni

- B. MINUCCI, La direttiva sul salario minimo supera la prova di Lussemburgo: una vittoria (parziale) per l'Europa sociale 929

Recensioni

- L. F. PACE, Book Review: D. Gallo, *Direct Effect in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2025, pp. 1-358 939

- Notizie sugli autori*** 943

LO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA COME LABORATORIO COSTITUZIONALE DELL'IDENTITÀ EURO- PEA

Costanza Honorati *

1. In un periodo storico in cui tanto si discute – almeno in accademia – di riforme strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea¹, mi pare opportuno richiamare l'attenzione su un ambito che appare più scivoloso e incerto di quelli tradizionali, e cioè quello che riguarda la dimensione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Un settore spesso trascurato e difficile da comunicare, ignoto e poco comprensibile ai normali cittadini, ignorato anche dalla maggior parte dei giuristi, che lo avvicina per lo più con un misto di curiosità e diffidenza. La diffidenza che è originata e alimentata da etichette ermetiche e sibilline quale appunto «SLSG», o – peggio – «AFSJ», l'acronimo inglese che sta per *Area of Freedom Security and Justice*. Si tratta evidentemente di un (altro) esempio di come i grandi successi della UE siano, talvolta, offuscati da un cronico problema di scarsa e inefficace comunicazione.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ Si vedano in proposito le riflessioni emerse dalla Conferenza sul futuro dell'Europa, che si è svolta tra il maggio 2021 e il maggio 2022, da cui sono scaturite numerose proposte di riforma su questioni istituzionali chiave che bene illustrano i temi al centro del dibattito accademico contemporaneo. Si v., ad esempio, i contributi apparsi su *I Post di AISDUE*, nel *Focus* “Conferenza sul futuro dell'Europa”, tra cui, G. TESAURO, *Una nuova revisione dei Trattati per conservare i valori dell'Unione* (ivi, n. 1, 18 giugno 2021); F. MARTINES, *La Conferenza sul futuro dell'Europa: uno strumento innovativo di partecipazione democratica per rafforzare la legittimità dell'Unione?* (ivi, n. 2, 29 luglio 2021); il fascicolo speciale dei *Quaderni AISDUE*, n. 3/2024 (accessibile qui - aisdue.eu/rivista-quaderni-aisdue-fasc-spec-n-3-2024-levoluzione-dellunione-europea-tra-prassi-innovative-e-proposte-di-revisione-dei-trattati/), nonché B. NASCIMBENE, *Dalla “paura” all’“ambizione”. L'iniziativa per una Conferenza sul futuro dell'Unione europea*, in *EJ*, n. 2, 2020, p. 160 ss.

Perché non c'è dubbio che l'affermazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia costituisca un passaggio epocale, un grande successo, il cui significato è politico, ben prima che giuridico. Esso esprime la visione di un'Unione che non unisce solo merci o fattori produttivi, ma anche le persone e i valori che le accomunano. Dunque, ne costituisce una dimensione fondamentale, quasi identitaria dell'integrazione europea².

2. Conviene dunque accennare, sia pure brevemente vista la natura del presente intervento, all'origine e al contenuto di questa dimensione.

Nel Trattato di Maastricht non vi era menzione dello Spazio, sebbene uno dei pilastri su cui venne fondata l'Unione fosse quello della Giustizia e Affari Interni, l'alveo nel quale poi si svilupperà lo Spazio, marcando così la differenza dalle vecchie Comunità³.

La prima espressa enunciazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si deve al Trattato di Amsterdam, che all'art. 2 TUE stabilisce, tra gli obiettivi dell'Unione, quello di «mantenere [e dunque – lo si noti – lo Spazio era ritenuto già esistente benché non formalizzato] e sviluppare l'Unione come uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia assicurata la libera circolazione delle persone, con misure appropriate in materia di controllo delle frontiere esterne, asilo e immigrazione, nonché di prevenzione e contrasto della criminalità»⁴. Conformemente a tale indicazione, il Trattato di Amsterdam «comunitarizza» alcune delle politiche inizialmente comprese nel III pilastro,

² N. WALKER, *Freedom, Security and Justice*, in B. DE WITTE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, San Domenico di Fiesole, 2003, p. 159 ss.; M. FICHERA, *Sketches of a theory of Europe as an Area of Freedom, Security and Justice*, in M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London, 2016, p. 35 ss., *passim*.

³ Per un'analisi complessiva del contesto politico-istituzionale e delle caratteristiche giuridiche di questo modello di cooperazione, si veda S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, vol. I, IV ed., Oxford, 2016; nella dottrina italiana, si veda A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020; D. RINOLDI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel diritto dell'integrazione europea. I. Principi generali e aspetti penalistici*, Napoli, 2012.

⁴ Corsivo aggiunto.

stabilendo che la cooperazione avvenga non più con il metodo inter-governativo ma con quello comunitario, ben più efficace e penetrante⁵,

Sarà però il Consiglio europeo di Tampere del 1999⁶ a segnare un deciso passo avanti, individuando i «capisaldi di Tampere» ovvero le linee guida per la costruzione di uno spazio sempre più ampio e integrato, a fondamento del quale viene posto – si noti dagli allora 15 capi di Stato e capi di governo e non dalla Corte di giustizia – il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, a sua volta radi-

⁵ N. WALKER (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security, and Justice*, Oxford, 2004.

⁶ Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza (riprodotte qui: consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/1993-2003/). Per la visione di lungo periodo e la perdurante rilevanza del documento, si reputa utile riportarne alcuni passaggi chiave: «L'Unione europea ha già posto in atto per i suoi cittadini i principali elementi di uno spazio comune di prosperità e pace: un mercato unico, un'unione economica e monetaria e la capacità di raccogliere le sfide politiche ed economiche mondiali. La sfida insita nel trattato di Amsterdam è ora quella di garantire che la libertà, che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione, possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti. Si tratta di un progetto che risponde alle preoccupazioni frequentemente espresse dai cittadini e che ha ripercussioni dirette sulla loro vita quotidiana» (par. 2). «L'obiettivo è un'Unione europea aperta, sicura, pienamente impegnata a rispettare gli obblighi della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati e di altri importanti strumenti internazionali per i diritti dell'uomo, e capace di rispondere ai bisogni umanitari con la solidarietà. Deve altresì essere messo a punto un approccio comune per garantire l'integrazione nella nostra società dei cittadini di paesi terzi che sono legalmente residenti nell'Unione» (par. 4). «Per godere della libertà è necessario uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro con la stessa facilità che nel loro. I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri. Le sentenze e le decisioni dovrebbero essere rispettate ed eseguite in tutta l'Unione, salvaguardando al tempo stesso la sicurezza giuridica di base per i cittadini in genere e per gli operatori economici» (par. 5). Il documento prosegue dando indicazioni più specifiche sui diversi aspetti relativi ad una politica comune per l'asilo e l'immigrazione, la creazione di un autentico spazio di giustizia europeo dalla lotta a livello dell'unione contro la criminalità. È infine d'interesse segnalare come già allora fosse emersa la necessità di completare l'azione sul piano interno con un'analoga e coerente azione sul piano esterno (cfr. punto D, parr. 58-62).

cato nel principio – questo sì poi dichiarato di rilievo costituzionale dalla Corte⁷ – della fiducia reciproca⁸.

Dieci anni dopo Tampere, il Trattato di Lisbona suggella e ribadisce tale scelta politica e ribadisce la preminenza dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia tra i numerosi e vari obiettivi oggi perseguiti dall'Unione. L'attuale art. 3 TUE, infatti, dichiara che l'Unione «offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà sicurezza e giustizia»⁹ e menziona tale obiettivo subito dopo quello della promozione della pace, dei valori dell'Unione e del benessere dei suoi popoli, e dunque prima dell'obiettivo di instaurare un mercato interno.

Oggi, l'intero Titolo V (artt. 67–89 TFUE) è dedicato allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e la sua realizzazione è materia di competenza concorrente tra Stati e istituzioni. Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è dunque già qui. Va potenziato e rafforzato, ma è già parte dell'Unione che oggi abbiamo.

3. Osservatori più tradizionali potrebbero ritenere che lo Spazio svolga un ruolo marginale nell'architettura dell'integrazione europea e che questa competenza, i cui contorni sono obiettivamente di non imme-

⁷ In tal senso, ad es., Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/20, *N.S. e a.*, punti 78-80, nonché parere 18 dicembre 2014, 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, punto 167 ss. e giurisprudenza ivi citata. Si veda in particolare il punto 191: «il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne».

⁸ Tra i numerosi contributi sul tema si veda M. SCHWARZ, *Let's talk about trust, baby! Theorizing trust and mutual recognition in the EU's area of freedom, security and justice*, in *ELJ*, vol. 24, nn. 2-3, 2018, p. 124 ss.; E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 232 ss.; K. LENAERTS, *La Vie Après l'Avis: Exploring Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017 p. 805 ss.; S. MONTALDO, *On a collision course! Mutual recognition, mutual trust and fundamental rights in the recent case-law of the Court of Justice*, in *EP*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 965 ss.; V. MITSILEGAS, *The limits of mutual trust in Europe's area of freedom, security and justice: from automatic inter-state cooperation to the slow emergence of the individual*, in *YEL*, vol. 31, n. 1, 2012, p. 319 ss.

⁹ B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *DIC*, vol. 13, n. 4, 2011, p. 13 ss. (corsivo aggiunto).

diata lettura, sia poco più di una operazione di *maquillage* politico. Tradizionalmente, infatti, la dimensione preminente della Comunità prima, e dell'Unione poi, è stata – e forse in parte è ancora – quella della cooperazione economica. Convinzione che appare rafforzata dalle misure eccezionali adottate anche in tempi recenti per gestire la crisi finanziaria dell'Eurozona, la pandemia, la guerra in Ucraina, e – da ultimo – la crisi commerciale innescata dai dazi americani. Non è forse un caso che sia il Piano Draghi¹⁰, sia il Rapporto Letta¹¹ – che pure si intitola «Molto più di un mercato» – nel proporre un piano di rilancio della UE abbiano dato ampio spazio alla produttività e competitività europea, ma contengano pochissimi – o nulli – riferimenti allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Eppure, sarebbe sbagliato sottovalutare l'importanza dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Esso rappresenta il più recente, e anche il più importante, sviluppo del costituzionalismo europeo. La sua rilevanza trascende la dimensione di una competenza specifica dell'Unione o di una politica settoriale di particolare interesse per i cittadini, investendo direttamente il nucleo essenziale del processo di integrazione europea, in quanto espressione della costruzione politica della UE e dell'attuazione dei suoi valori fondanti.

Non è possibile in questa sede entrare nel dettaglio delle diverse componenti dello Spazio, che coprono un ambito molto eterogeneo di tematiche, ma reputo opportuno un breve *excursus* che ne tratteggi almeno gli elementi essenziali.

¹⁰ M. DRAGHI, *The future of European competitiveness. A European strategy for competitiveness, security and sustainability*, Rapporto per la Commissione europea, settembre 2024. Il testo integrale è disponibile al seguente link: commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness%20_%20A%20competitiveness%20strategy%20for%20Europe.pdf.

¹¹ E. LETTA, *Much more than a market. Speed, Security, Solidarity. Empowering the Single Market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, Rapporto per il Consiglio europeo, aprile 2024. Il testo integrale è disponibile al seguente link: www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf. Sul Rapporto Letta si veda l'intervista di P. DE PASQUALE, D. GALLO, *Speed, security and solidarity. Così l'Unione europea potrà affrontare le sfide future*, pubblicata su *questa Rivista*, n. 1, 2025, p. 161 ss.

Vi è innanzitutto l'ambito della *cooperazione giudiziaria civile*. Si tratta del cuore storico dello Spazio giudiziario, e forse la parte in cui l'integrazione è stata più forte e più efficace. In estrema sintesi, essere in uno Spazio di giustizia significa che qualunque cittadino UE – *recitius* chiunque sia residente nella UE – ha accesso al giudice di qualunque Stato membro in condizioni di parità con i cittadini di quello Stato. E, soprattutto, che qualunque decisione emanata da un qualunque giudice dell'Unione europea (e talvolta anche da un'autorità amministrativa) produce i propri effetti in tutti gli Stati membri dell'Unione, automaticamente e senza necessità di una procedura apposita. In molti ambiti, anche se non in tutti¹², se la sentenza è esecutiva nello Stato d'origine, essa può essere portata in esecuzione in qualunque altro Stato membro dell'Unione europea. Un risultato che esprime il massimo livello di integrazione, quale si trova solo negli ordinamenti federali, e che forse meriterebbe di essere maggiormente valorizzato anche agli occhi del grande pubblico¹³.

Collegata all'obiettivo di sicurezza si sviluppa poi la *cooperazione giudiziaria in materia penale*. Il Consiglio europeo di Tampere del 1999

¹² L'abolizione dell'*exequatur* – ovvero di quella procedura tesa a munire un titolo, già esecutivo nello Stato di origine, di efficacia esecutiva anche nello Stato richiesto – è oggi prevista per le decisioni in materia civile e commerciale (ai sensi del regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), c.d. Bruxelles I-bis), in materia di separazione personale e divorzio e nonché di responsabilità genitoriale (*ex* regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione), c.d. Bruxelles II-ter), per i crediti non contestati (regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati) e per i crediti di piccola entità (regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento). In altri ambiti del contenzioso civile è invece ancora necessario ricorrere alle procedure di *exequatur*.

¹³ La cooperazione giudiziaria in materia civile è oggi strutturata in una ventina di regolamenti che coprono i profili della competenza internazionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, la legge applicabile, e la cooperazione tra autorità amministrative negli ambiti più vari. Una visione di insieme può aversi sul sito della RGE, e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/european-judicial-atlas-civil-matters_it.

estende il mutuo riconoscimento alla materia penale, ma è l'attacco alle torri gemelle del settembre 2001¹⁴ che spinge l'acceleratore in questo ambito, portando nel 2004 alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo¹⁵. Da allora tantissima strada è stata fatta. Impensabile ricostruirla tutta. A misurarne la dimensione basta riflettere sul fatto che si è giunti alla istituzione e alla concreta operatività di una Procura europea, che si è rapidamente affermata come un potente attore a tutela dei cittadini e degli interessi della UE nel suo complesso, e dei suoi cittadini.

Il terzo ambito è quello dei *controlli alla frontiera esterna*¹⁶, composta da due settori. Da un lato, norme uniformi per il controllo degli ingressi legittimi, con una politica dei visti che garantisce a tutti i cittadini di Stati terzi la libera circolazione all'interno dello Spazio, senza controllo sulle persone. Diversamente da quanto ritenuto dai più, infatti, la libera circolazione è un principio fondamentale della costruzione UE che non è limitato ai soli cittadini dell'Unione. Di tale libertà beneficiano anche cittadini di Stati terzi appartenenti a diverse categorie, quali lavoratori di vario tipo (altamente qualificati, stagionali, titolari di permesso unico di lavoro), accademici, ricercatori e studenti,

¹⁴ M. DEN BOER, J. MONAR, *Keynote Article: 11 September and the Challenge of Global Terrorism to the EU as a Security Actor*, in *JCMS*, vol. 40, 2002, p. 11 ss.

¹⁵ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in seguito modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, sul rafforzamento dei diritti processuali delle persone e l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. La decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo costituisce senz'altro uno degli strumenti più controversi in cui la cooperazione giudiziaria in materia penale in seno all'Unione si è estrinsecata. Tra i numerosi contributi, v. K. HAMENSTÄDT, *European Arrest Warrants, the rule of law and communication: what future for mutual recognition?*, in *MJECL*, vol. 31, n. 4, 2024, p. 1 ss.; S. A. BLOKS, T. VAN DEN BRINK, *The Impact on national sovereignty of mutual recognition in the AFSJ. Case-study of the European Arrest Warrant*, in *GLJ*, 2021, p. 45 ss.; S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione delle richieste di consegna*, in *FSJ*, n. 3, 2021, p. 95 ss.; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *SIE*, vol. 4, n. 1, 2009, p. 73 ss.

¹⁶ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020.

per i quali le condizioni di ingresso, soggiorno e circolazione, nonché la tutela di specifici diritti fondamentali, sono disciplinate da un'articolata e dettagliata normativa di diritto derivato¹⁷.

La politica dei controlli alla frontiera esterna è evidentemente completata dalle norme relative *all'asilo e al contrasto alla immigrazione irregolare* – indubbiamente l'ambito oggi meno integrato dell'intero Spazio, e ciò per motivi politici, non certo giuridici¹⁸. A differenza degli ambiti di cooperazione giudiziaria, questa politica non si fonda – almeno per ora – sul principio del mutuo riconoscimento¹⁹. Non vi è alcun automatismo nel riconoscimento dei titoli di asilo e di soggiorno, e ogni Stato membro mantiene un ampio margine di discrezionalità sull'ammissione dei cittadini di Stati terzi, in particolare quando quest'ultimi siano mossi da motivi economici. Forse qualcosa inizia a muoversi anche qui²⁰, ma non è questa la sede per affrontare un tema tanto complesso.

¹⁷ Per una ricostruzione del quadro normativo applicabile a queste categorie di migranti si rinvia a J. B. FARCY, *Labour Immigration Policy in the European Union: How to Overcome the Tension between Further Europeanisation and the Protection of National Interests*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 22, n. 2, 2020, p. 198 ss.; H. VERSCHUEREN, *Employment and Social Security Rights of Third-Country Labour Migrants under EU Law: An Incomplete Patchwork of Legal Protection*, *ivi*, vol. 18, n. 4, 2016, p. 373 ss.

¹⁸ *Ex plurimis*, si veda S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo delle frontiere, Protezione internazionale, Immigrazione regolare, Rimpatri, Relazioni esterne*, Torino, 2019, in particolare pp. 1-12; S. PEERS, *EU Immigration and Asylum Competence and Decision Making after the Treaty of Lisbon*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 10, n. 2, 2008, p. 219 ss.

¹⁹ E. XANTHOPOULOU, *Mutual Trust in EU Criminal and Asylum Law: Three Phases of Evolution and the Uncharted Territory beyond Blind Trust*, in *CMLR*, vol. 55, n. 2, 2018, p. 489 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *RDI*, vol. 98, n. 3, 2015, p. 701 ss.

²⁰ Il riferimento è a Corte giust. 18 giugno 2024, C-753/22, QY (Effetto di una decisione di riconoscimento dello status di rifugiato) e, in pari data, C-352/22 *Generalstaatsanwaltschaft Hamm* (Domanda di estradizione di un rifugiato verso la Turchia). Si veda T. M. MOSCHETTA, *Mutuo riconoscimento, leale cooperazione ed effettività dei diritti nell'incompiuto sistema comune d'asilo: spunti critici sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *FSJ*, n. 3, 2024, p. 58 ss.; C. FRATEA, *La circolazione*

Ciò che si intende qui sottolineare è piuttosto l'ampiezza e il vigore dell'integrazione europea, che, sebbene con percorsi non lineari e *per saltum* in occasione di spinte esterne, si è sviluppata enormemente rispetto al paradigma del mercato interno, sostituendo al concetto di «mercato» quello di uno «spazio senza frontiere», all'interno del quale i cittadini possono muoversi liberamente, con la garanzia di un pari accesso alla giustizia, analoghi standard di tutela giurisdizionale e nel quale sia garantita la loro sicurezza.

4. La retorica dello “spazio” di libertà, sicurezza e giustizia sottintende due diverse accezioni. Mentre è ben intelligibile quella più propriamente territoriale, costituita dal riferimento alla somma dei territori degli Stati membri, la dimensione simbolica, funzionale a dare una legittimità giuridica o politica a questa specifica area di integrazione, richiede qualche precisazione.

Nella fase iniziale, lo Spazio serviva a radicare il mercato interno in una dimensione sociale, passaggio necessario per acquisire un tratto identitario e propriamente europeo. Affinché una società di mercato sia sostenibile, è necessario che le attività socioeconomiche siano integrate, almeno in parte, in relazioni non di mercato. L'ampio raggio dello Spazio, che, come visto, comprende settori molto eterogenei come il diritto commerciale, quello di famiglia, quello penale, l'immigrazione, ecc., garantiva esattamente tale obiettivo.

Nel tempo, poi, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia si è evoluto da spazio amministrativo e giuridico, a *luogo politico* in cui si misura la capacità dell'Unione di costruire una propria identità costituzionale, un'identità non imposta dall'alto, mediante Carte e principi e dichiarazioni politiche, ma quale emerge nel confronto quotidiano tra soggetti che amministrano in concreto la sicurezza, la giustizia e i diritti. In altre parole, lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia costituisce una sorta di “Costituzione in azione” dell'Unione europea, che si manifesta non tanto nei testi solenni, quanto nei meccanismi giuridici e politici concreti con cui vengono affrontate le principali sfide contemporanee. Lettura questa che risulta confermata dalle recenti parole del Presiden-

te della Corte di giustizia, Koen Lenaerts, secondo cui la giurisprudenza sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è oggi il motore dello sviluppo del diritto dell'Unione europea e costituisce la «driving force of EU law»²¹.

Uno dei tratti che a me pare più significativo e che contraddistingue questa evoluzione è la ricerca di un equilibrio tra i tre cardini fondanti: libertà, sicurezza e giustizia. È qui che si manifesta il «dilemma costituzionale» dell'Unione europea: come garantire non solo la libera circolazione, ma la sicurezza dei cittadini e dell'Unione nel suo complesso, senza comprimere i diritti fondamentali ad essi comuni? Come promuovere la cooperazione tra Stati membri in materia giudiziaria e di polizia mantenendo allo stesso tempo standard comuni di giustizia, trasparenza e tutela? Per questo, mi pare appropriato parlare di laboratorio costituzionale.

Si è già ricordato come alla base dello Spazio (in verità non proprio di tutto, ma quasi) vi sia il principio del mutuo riconoscimento, che a sua volta si fonda su quello della fiducia reciproca, fiducia nel medesimo livello di tutela dei diritti e fiducia nel medesimo standard di organizzazione giudiziaria di tutti gli Stati membri. È altrettanto noto che la fiducia però non può essere presunta. È un presupposto per il riconoscimento automatico, ma non è un postulato. Essa deve essere costruita e appoggiata sulla convergenza sostanziale di valori, garanzie e prassi. Non a caso, le grandi sentenze della Corte di giustizia in materia – penso, ad esempio, alla giurisprudenza *Aranyosi e Căldăraru*²² sul mandato d'arresto europeo, o a *N.S.*²³ in materia di asilo – hanno chiarito che il rispetto, concreto e reale, dei diritti fondamentali è condizione essenziale per l'applicazione delle misure di cooperazione giudiziaria, rifiutando così ogni automatismo.

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dunque, è un ambito dove il bilanciamento tra interessi pubblici e diritti individuali assume

²¹ Così nella prefazione a K. LENAERTS, E. REGAN, U. NEERGAARD (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice. Liber Amicorum Vice-President Bay Larsen*, Oxford-London-New York, 2024, p. vii ss.; in passato, K. LENAERTS, *The contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *ICLQ*, vol. 59, n. 2, 2010, p. 255 ss.

²² Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.

²³ *N.S. e a.*, cit.

una dimensione costituente, proprio perché esprime quel particolare punto di equilibrio, che non è più solo nazionale, ma non deriva nemmeno dall'applicazione meccanica e asettica di Carte dei diritti sovranazionali. La libertà non è solo quella di circolare, ma è anche quella di essere protetti da abusi di potere, inclusi quelli del proprio Stato. La sicurezza non è solo protezione dall'esterno, ma anche protezione dall'interno: è espressione della fiducia nello Stato di diritto. E l'amministrazione della giustizia non può ridursi a efficienza, ma è saldamente ancorata su principi di equità e legalità.

Tuttavia, questo laboratorio costituzionale è tutt'altro che stabile. Anzi, è attraversato da tensioni profonde. In primo luogo, vi è la persistente resistenza degli Stati membri a cedere sovranità in ambiti tradizionalmente ritenuti "core" della potestà statale: giustizia penale, sicurezza interna, controllo delle frontiere.

In questo particolare momento storico, poi, la promessa originaria insita nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e cioè di trovare un equilibrio armonico e integrato tra queste tre dimensioni, sembra messa alla prova dal prevalere della dimensione della sicurezza, che si esprime in una progressiva torsione securitaria delle politiche europee. Si sta assistendo, sotto molteplici profili, a uno sbilanciamento strutturale: la sicurezza non è più solo un'esigenza da temperare con la libertà, ma tende ad assumere un primato funzionale e simbolico, quasi politico, a discapito delle altre componenti²⁴.

La crisi migratoria e le risposte politiche che ne sono derivate hanno messo in luce una tendenza preoccupante: l'adozione di misure emergenziali e restrittive che derogano – *de facto* o *de iure* – ai diritti fondamentali. Le pratiche di esternalizzazione delle frontiere, gli accordi con Paesi terzi privi di garanzie adeguate, la sospensione del sistema di Dublino o la costruzione di barriere fisiche sono esempi concreti di un'erosione dello *ius commune* europeo.

A ciò si aggiunge la strumentalizzazione politica della sicurezza: il tema migratorio, il contrasto al terrorismo, la criminalità transfronta-

²⁴ Benché più marcato negli ultimi anni, il fenomeno è in atto da tempo, tanto da essere già stato rilevato in passato. Nel 2016 M. FICHERA rilevava che «Security as a discourse permeates the inner core of the AFSJ and, due to its expansive nature, it reaches out and embraces many important areas of EU law» (*op. cit.*, p. 44).

liera diventano strumenti del confronto ideologico tra governi, spingendo verso soluzioni nazionali, spesso in contrasto con i principi condivisi.

Infine, è espressione della medesima tendenza una certa marginalizzazione del ruolo delle corti, della società civile e delle autorità indipendenti nella definizione delle *policy*, sostituite da dinamiche politiche, che sono forse espressione della pancia dei cittadini, ma che appaiono più opache e meno garantiste.

5. In questo scenario, mi pare si debba fare attenzione a non pensare – a non illudersi – che il rafforzamento dell'Unione europea possa passare solo attraverso un rafforzamento della competitività o del mercato interno, o di un suo maggior ruolo sulla scena internazionale, che questo sia nell'ambito della difesa o del multilateralismo economico, sul quale pure la Comunità stessa è stata fondata. Certamente questi sono passaggi importanti, che, se realizzati, possono assicurare un crescente benessere ai cittadini europei. Tuttavia, nell'attuale momento di integrazione e di sviluppo giuridico e politico, l'Unione europea potrà fare un salto di qualità solo dove sia rinforzato il suo “cuore costituzionale”, e intendo non quello astratto e valoriale delle Carte e delle dichiarazioni di principio, ma l'applicazione concreta e quotidiana di quelle idee e valori da parte di magistrati e autorità amministrative che cooperano strettamente l'uno con l'altro, a beneficio dei cittadini europei, ed invero di tutti coloro che sono residenti nell'Unione europea, all'interno di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

A differenza della passata fase della globalizzazione, che è stata guidata principalmente dalle forze di un mercato in espansione, il panorama internazionale è segnato da una crescente sfiducia²⁵, da ansie per la sicurezza interna ed esterna, individuale e collettiva, e da una percezione sempre più radicata di disallineamento degli interessi tra Stati. Se non si rinforza il cuore pulsante dell'Europa, sarà difficile trovare quella coesione e quella spinta che consentono, anche, di produrre un nuovo miracolo economico.

²⁵ I. CANOR, *My brother's keeper? Horizontal Solange: An ever closer distrust among the peoples of Europe*, in CMLR, vol. 50, n. 2, 2013, p. 383 ss.

LA TUTELA DEI VALORI DELL'UNIONE EUROPEA E LE PREROGATIVE SOVRANE DEGLI STATI MEMBRI: QUALE LIMITAZIONE?

Federico Casolari*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la teoria della limitazione e la sua interazione con i valori fondamentali dell'Unione europea. – 2. Valori e potestà territoriale. – 3. Valori e cittadinanza. – 4. Valori e (altri) poteri d'imperio. – 5. Alcune conclusioni.

1. Introduzione: la teoria della limitazione e la sua interazione con i valori fondamentali dell'Unione europea

In un momento in cui la dottrina di diritto dell'Unione europea si interroga con particolare attenzione sul tema della giustiziabilità dei valori su cui è fondata l'identità dell'Unione come ordinamento giuridico comune agli Stati membri¹, e nell'attesa che la Corte di giustizia faccia chiarezza sul punto², può essere interessante provare a valutare

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Il presente lavoro è aggiornato al 30 agosto 2025. L'Autore desidera ringraziare il revisore anonimo per i preziosi suggerimenti forniti.

¹ V., ad es., K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in YEL, vol. 39, 2020, p. 3 ss.; M. BONELLI, M. CLAES, *Crossing the Rubicon? The Commission's Use of Article 2 TEU in the Infringement Action on LGBTIQ+ Rights in Hungary*, in MJECL, vol. 30, n. 1, 2023, p. 3 ss.; L. D. SPIEKER, *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, Oxford, 2023; P. MORI, *Appartenenza all'Unione europea e valori fondamentali comuni*, in questa Rivista, vol. 1, n. 2, 2025, p. 1 ss.; L. S. ROSSI, "Concretised", "Flanked", or "Standalone"? Some Reflections on the Application of Article 2 TEU, in EP, vol. 10, n. 1, 2025, p. 1 ss.; M. SCHULER, D. HARVEY, *A New Approach to Constitutional Crisis Prevention?: Article 2 TEU as an Obligation to Take Preventive Action*, in EJRR, 2025, First View, p. 1 ss.

² Ciò potrebbe avvenire nella procedura di infrazione avviata dalla Commissione contro l'Ungheria a motivo della normativa discriminatoria adottata da quest'ultima

in che modo detti valori possono incidere sulle prerogative sovrane degli Stati membri. Ciò alla luce della c.d. teoria della limitazione, vale a dire – per usare le parole dell'Avv. gen. Priit Pikamäe, che per primo ne ha esplicitato l'esistenza – la dottrina affermata in via giurisprudenziale secondo la quale «l'esercizio della competenza riservata agli Stati membri viene limitato in nome della realizzazione degli obiettivi dell'Unione»³.

Il fondamento giuridico di una simile limitazione è stato ricondotto al principio di leale cooperazione e, in particolare, all'art. 4, par. 3, comma 3, TUE, che richiede agli Stati membri di astenersi «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione»⁴. Come si vede, il tenore letterale della disposizione si riferisce indistintamente a «qualsiasi misura» che gli Stati possono adottare, potendo pertanto essere interpretato nel senso di imporre obblighi di leale cooperazione anche negli ambiti in cui detti

nei confronti della comunità LGBTIQ+. Nel proprio ricorso, infatti, la Commissione ha avanzato la possibilità di una violazione a sé stante dell'articolo 2 TUE da parte dello Stato membro. Nel momento in cui si scrive, la Corte di giustizia non si è ancora espressa. In data 5 giugno 2025, l'Avv. gen. Čapeta ha pronunciato le proprie conclusioni nella causa, sostenendo che «il criterio che dà luogo all'accertamento di una violazione dell'articolo 2 TUE non è la quantità o gravità delle violazioni di diritti fondamentali o di altri principi del diritto dell'Unione, bensì la negazione dei valori di cui all'articolo 2 TUE da parte di uno Stato membro»: conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 5 giugno 2025, C-769/22, *Commissione/Ungheria*, punto 237.

³ Conclusioni dell'Avv. gen. Pikamäe, dell'11 dicembre 2019, C-457/18, *Slovenia/Croazia*, punto 138.

⁴ V., più diffusamente, anche in relazione ad elementi di prassi che non riguardano la tutela dei valori dell'Unione, M. E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 148 ss.; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 88 ss., p. 192 ss. Sul più generale tema del rapporto tra le prerogative degli Stati membri e le competenze UE, v. poi, per tutti, L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 168 ss.; B. DE WITTE, *Exclusive Member States Competences – Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflection on the Past, the Present and the Future*, Oxford, 2017, p. 59 ss.; P. DE PASQUALE, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in DPCE, vol. XXI, n. 2, 2019, p. 5 ss.

Stati godono di proprie prerogative sovrane. Ora, poiché tra gli obiettivi che l'Unione persegue vi sono anche quelli relativi all'affermazione e alla promozione dei suoi valori – come precisato dall'art. 3, paragrafi 1 e 5, TUE – è evidente che la teoria della limitazione ben può costituire uno strumento argomentativo per una più netta affermazione dei valori dell'Unione in ambiti nei quali gli Stati membri continuano ad esercitare prerogative proprie. Ovviamente, ciò dipende dalla concreta possibilità di invocare, anzitutto in sede giudiziale, il rispetto dei valori dell'Unione nei confronti dei Paesi membri. Come detto, il presente contributo non si occupa di questo profilo. Qui interessa mettere in luce quali sono la potenzialità che la teoria della limitazione può esprimere e ragionare sull'esistenza o meno di... limiti alla sua applicazione. Ciò anche tenuto conto del crescente ricorso ad essa che si rinviene nella giurisprudenza sovranazionale sui valori.

Con un evidente richiamo ad alcuni degli elementi costitutivi della statualità, e a situazioni giuridiche che il diritto internazionale tutela a seguito dell'acquisto della personalità giuridica da parte di uno Stato, l'indagine guarda anzitutto all'impatto che tale teoria può avere sulla sovranità territoriale degli Stati membri (par. 2). Quindi, il contributo si occupa dell'applicazione della teoria in relazione all'acquisto e perdita della cittadinanza (par. 3). Si prendono poi in considerazione applicazioni della teoria concernenti l'esercizio di ulteriori poteri d'imperio degli Stati membri (par. 4). L'analisi è completata con alcune riflessioni conclusive (par. 5).

2. Valori e potestà territoriale

Il procedimento nel quale l'Avv. gen. Pikamäe ha evocato la teoria della limitazione riguardava una procedura di infrazione interstatale per certi versi eccezionale. Si trattava, infatti, del primo caso nel quale la Corte di giustizia veniva chiamata ad occuparsi direttamente di una controversia territoriale concernente due Stati membri.

La questione riguardava, più precisamente, la controversia sulla delimitazione della frontiera comune tra Slovenia e Croazia in corrispondenza della baia di Pirano. Tale controversia, risalente al momento della dissoluzione della Repubblica socialista federativa di Iugoslava-

via, aveva portato i due Paesi a concludere un Accordo di arbitrato (2009), con l'obiettivo di affidare ad un tribunale arbitrale *ad hoc* la risoluzione definitiva della disputa territoriale. Tuttavia, a causa di alcune situazioni determinatesi successivamente alla costituzione del tribunale, la Croazia aveva invocato dapprima la risoluzione dell'Accordo e, poi, aveva eccepito l'invalidità del lodo arbitrale nel frattempo emesso dal collegio, ritenendo pertanto di non dovervi dare seguito. La Slovenia decideva quindi di portare lo Stato frontaliero innanzi alla Corte di giustizia, sostenendo, tra l'altro, che il mancato rispetto del lodo arbitrale avesse di fatto determinato una violazione, da parte della Croazia, degli obblighi UE in materia di pesca, libera circolazione delle persone e delimitazione marittima, nella sostanza rendendo impossibile il rispetto del diritto UE nelle aree contese tra i due Paesi. Non solo. La Slovenia invocava anche una violazione del valore dello Stato di diritto sancito nell'art. 2 TUE: disattendendo la pronuncia arbitrale, la Croazia sarebbe infatti venuta meno ad uno specifico obbligo assunto durante il processo di allargamento e consistente nell'unilaterale accettazione del lodo.

Nella relativa sentenza⁵, la Corte di giustizia ha ritenuto di non avere competenza a pronunciarsi sulla controversia, quest'ultima presentando – nella ricostruzione offerta dai giudici di Lussemburgo – una natura essenzialmente internazionalistica. La Corte ha, cioè, sostenuto che l'addebito mosso dalla Slovenia nei confronti della Croazia riguardasse nella sostanza il rispetto di un accordo internazionale bilaterale concluso tra i due Stati – l'Accordo di arbitrato sopra richiamato – che risultava formalmente esterno all'ordinamento giuridico dell'Unione⁶. La debolezza dell'argomentazione svolta dalla Corte è già stata evidenziata in altra sede⁷. Qui preme ricordare quanto affer-

⁵ Corte giust. 31 gennaio 2020, C-457/18, *Slovenia/Croazia*. Sulla pronuncia, v. E. PAGANO, *Sulla rilevanza dei trattati stipulati dagli Stati membri nel diritto dell'Unione. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso Slovenia c. Croazia*, in *DUE*, n. 3, 2020, p. 647 ss.; F. CASOLARI, *Inter Se Agreements between Member States, and the Outer Limits of the Court's Jurisdiction in Infringement Proceedings: Slovenia v Croatia*, in G. BUTLER, R. A. WESSEL (eds.), *EU External Relations Law. The Cases in Context*, Oxford, 2022, p. 981 ss.

⁶ *Slovenia/Croazia*, sopra citata, punto 104.

⁷ F. CASOLARI, *Inter Se Agreements between Member States*, cit.

mato dalla Corte in relazione al potere degli Stati membri di delimitare la propria potestà territoriale. Secondo i giudici di Lussemburgo, invero, «mancando nei Trattati una definizione più precisa dei territori che ricadono sotto la sovranità degli Stati membri, spetta a ciascuno di essi determinare l'ampiezza e i limiti del proprio territorio, in conformità con le regole del diritto internazionale pubblico»⁸. E del resto, sempre secondo la Corte, l'art. 52 TUE e l'art. 355 TFUE fanno dipendere l'ambito di applicazione dei Trattati dalla delimitazione – ad opera degli Stati membri – dei propri territori nazionali, non essendo pertanto possibile invertire l'ordine tra questi due fattori⁹. In questa prospettiva, la ferrea prevalenza delle prerogative statali, che si esprimono nella potestà territoriale esercitata nella determinazione dei confini in conformità con il diritto internazionale, non avrebbe lasciato possibilità alcuna alla Corte di esercitare la propria giurisdizione; una diversa conclusione – sottolinea sempre la Corte – avrebbe infatti portato a «travalicare le competenze ad essa attribuite dai Trattati e [...] invadere le competenze riservate agli Stati membri»¹⁰.

Come si vede, nella pronuncia in esame la Corte ha ritenuto di non poter invocare la teoria della limitazione, sostenendo poi, in un controverso *obiter dictum* finale¹¹, che gli obblighi scaturenti dal principio di leale cooperazione potevano al più imporre ai due Paesi in lite di adoperarsi al fine di addivenire ad una soluzione pacifica della controversia¹². In questo senso, sembrerebbe che la Corte abbia voluto riaffermare la piena adesione al principio di territorialità da essa già richiamato in sentenze ben più risalenti¹³, così confermando, acriticamente, il modello iscritto nei Trattati, che fa del territorio dell'Unione la semplice sommatoria di quelli sui quali ciascuno degli

⁸ *Slovenia/Croazia*, sopra citata, punto 105.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Slovenia/Croazia*, sopra citata, punto 107.

¹¹ V. E. CANNIZZARO, *Inter-Member States International Law in the EU Legal Order: Some Thoughts on Slovenia v. Croatia*, in *CMLR*, vol. 58, n. 5, 2021, p. 1473 ss., spec. p. 1486 ss.; F. CASOLARI, *Inter Se Agreements between Member States*, cit., p. 987 ss.

¹² *Slovenia/Croazia*, sopra citata, punto 109.

¹³ Ad esempio, Corte giust. 10 ottobre 1978, *Hansen*, 148/77, punto 10; Corte giust. 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125-129/85, *Paste di legno*, punto 18.

Stati membri esercita la propria sovranità¹⁴. Ciò pur in presenza di elementi della prassi giurisprudenziale – si pensi, per esempio, ad alcune pronunce relative alla Rete Natura 2000, ove la Corte riconosce che la tutela prevista dal diritto UE impone un ridimensionamento della dimensione territoriale nazionale¹⁵, oltre che ai casi in materia di cittadinanza richiamati a seguire – dai quali, per citare un interessante studio di Weinzierl, sembra emergere una «de-territorialization of national rule of territoriality»¹⁶.

¹⁴ Cfr. W. W. GEURSEN, *Mapping the Territorial Scope of EU Law*, The Hague, 2024, pp. 343-344. Non mancano, come noto, esempi di differenziazione nell'applicazione territoriale del diritto UE, v. J. ZILLER, *Flexibility in the Geographical Scope of EU Law*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT (eds.), *Constitutional Change in the EU*, Oxford, 2000, p. 115 ss., e, con specifico riguardo al caso cipriota, S. LAULHÉ SHAELOU, *The EU and Cyprus: Principles and Strategies of Full Integration*, Leiden-Boston, 2010, p. 128 ss.

¹⁵ V. Corte giust. 27 aprile 1988, 252/85, *Commissione/Francia*, punto 15, ove si afferma l'incompatibilità della Direttiva Uccelli con qualsiasi normativa nazionale che determini la protezione degli uccelli selvatici in relazione alla nozione di patrimonio nazionale. In modo ancor più esplicito, in una sentenza pronunciata solo pochi mesi dopo quella commentata in testo, la Corte ha affermato, riferendosi alla Direttiva Habitat, che il sistema di protezione da essa previsto «non presenta limiti o frontiere»: Corte giust. 11 giugno 2020, C-88/19, *Asociația "Alianța pentru combaterea abuzurilor"*, punto 39. V. *amplius* F. CASOLARI, *Il contributo dell'Unione europea alla tutela della biodiversità nell'interesse delle generazioni future: una visione d'insieme*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023, p. 359 ss., spec. p. 367 ss.; I. SICIGNANO, *Garantire coerenza in un paesaggio (legale) frammentato: verso una visione collaborativa per la conservazione della biodiversità nell'Unione*, in *Quaderni AISDUE*, Anticipazione fascicolo Convegno Forum AES del 5 e 6 dicembre 2024, p. 1 ss.

¹⁶ J. WEINZIERL, *Territoriality Beyond the State: The EU's Territorial Claims and the Search for Their Legitimacy*, in *German Law Journal*, vol. 22, n. 4, 2021, p. 650 ss. Per completezza, va detto che anche nel già citato *obiter dictum* presente nella sentenza sul caso *Slovenia/Croazia* (*supra*, note 11 e 12 e testo corrispondente), la Corte ha dovuto riconoscere che gli obblighi di leale cooperazione incombenti sui due Paesi sono funzionali a garantire «l'applicazione effettiva e senza ostacoli del diritto dell'Unione» nelle zone di confine: *Slovenia/Croazia*, sopra citata, punto 109; corsivo aggiunto. Come si è visto, però, da ciò la Corte non ha voluto trarre conseguenze ulteriori.

Solo incidentalmente (ed indirettamente), nel procedimento *Junqueras Vies*¹⁷, deciso poche settimane prima di quello relativo alla controversia tra Slovenia e Croazia, la Corte di giustizia è sembrata assumere una posizione meno rigida e vagamente ispirata alla teoria della limitazione. Nella sentenza, i giudici hanno riconosciuto la necessità di far prevalere *in ogni caso* il corretto funzionamento del Parlamento europeo – e, di conseguenza, «il principio della democrazia rappresentativa, il quale concretizza il valore della democrazia citato dall'articolo 2 TUE»¹⁸ – sulle misure poste in essere dal Regno di Spagna per riaffermare le proprie prerogative a tutela dell'integrità territoriale dello Stato a seguito della dichiarazione di indipendenza, adottata il 20 ottobre 2017, dal Parlamento catalano¹⁹.

3. Valori e cittadinanza

Così come il potere di demarcazione territoriale, esercitato dagli Stati in conformità con il diritto internazionale, definisce l'ambito di

¹⁷ Corte giust. 19 dicembre 2019, C-502/19, *Junqueras Vies*. V. S. VILLANI, *L'immunità dei membri del Parlamento europeo alla luce dell'identità democratica dell'Unione europea*, in DUE, n. 2, 2023, p. 327 ss., spec. p. 348 ss.

¹⁸ *Junqueras Vies*, sopra citata, punto 63.

¹⁹ È appena il caso di ricordare che le prerogative degli Stati membri a tutela dell'integrità territoriale sono espressamente riconosciute dall'art. 4, par. 2, TUE. Bardo Fassbender individua nella disposizione in parola «a final reservation of Member States in favour of their autonomous statehood»: B. FASSBENDER, *Are the EU Member States Still Sovereign States? The Perspective of International Law*, in EP, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1629 ss. La necessità di tutelare l'integrità territoriale degli Stati membri non ha mancato di essere evidenziata nella prassi delle istituzioni politiche dell'Unione. Recentemente, a fronte di attività illegali di trivellazione poste in essere dalla Turchia nel Mediterraneo orientale – ritenute lesive della sovranità territoriale cipriota –, il Consiglio ha adottato un set di misure restrittive nei confronti del Paese candidato all'adesione: v. decisione (PESC) 2019/1894, dell'11 dicembre 2019 e successive modificazioni. Su tali misure, v. S. POLI, A. PAU, *La reazione dell'Unione europea di fronte alla crisi del Mediterraneo orientale tra misure restrittive e la proposizione di "un'agenda politica positiva" alla Turchia*, in EP, vol. 5, n. 3, 2020, p. 1511 ss. Le Autrici parlano al riguardo di «intervento sanzionatorio "sui generis"» in quanto finalizzato, tra l'altro, a tutelare la sovranità territoriale di uno Stato membro (p. 1524).

applicazione “fisico” del diritto dell’Unione europea²⁰, la determinazione dei metodi di acquisto e perdita della cittadinanza, che compete, sempre in ossequio al diritto internazionale, agli Stati UE, delimita l’ambito di applicazione soggettiva dell’insieme di disposizioni che danno concretezza alla cittadinanza europea. In questo secondo caso, tuttavia, contrariamente a quanto visto riguardo alla potestà territoriale, la teoria della limitazione ha avuto modo di affermarsi nella giurisprudenza sovranazionale secondo forme molto più marcate²¹.

Già la celebre formula *Micheletti* aveva chiarito – prima ancora che la cittadinanza europea divenisse realtà – che la competenza degli Stati membri in materia di determinazione dei metodi di acquisto e di perdita della cittadinanza dovesse venire «esercitata nel rispetto del diritto comunitario»²². Nel caso di specie, tale vincolo era stato interpretato nel senso di imporre agli Stati l’obbligo di non privare di efficacia il diritto UE con l’assunzione di decisioni oggetto del proprio dominio riservato. La giurisprudenza successiva ha poi evidenziato la necessità che le decisioni assunte dagli Stati membri in grado di incidere sullo statuto della cittadinanza europea risultino conformi al principio generale di proporzionalità²³. Ciò, fatto salvo il potere – sovrano e incompressibile – degli Stati membri di recedere dall’Unione *ex art. 50 TUE*²⁴, determinando in tal modo la perdita automatica dello *status* di cittadini europei per i propri cittadini²⁵.

²⁰ M.E. BARTOLONI, *op. cit.*, nota 39, p. 316.

²¹ B. NASCIBENE, *Nationality Law and the Law of Regional Organisation. Towards New Residence Status?*, Leiden-Boston, 2022, p. 52 ss.; N. NIC SHUIBHNE, *EU Citizenship Law*, Oxford, 2023, p. 110 ss.

²² Corte giust. 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti*, punto 10.

²³ Corte giust. 2 marzo 2010, C-135/08 *Rottman*; 12 marzo 2019, C-221/17, *Tjebbes*; 5 settembre 2023, C-689/21, X. In tema v. S. MARINAI, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionalistici ed europei*, Milano, 2017.

²⁴ Corte giust. 10 dicembre 2018, C-621/18, *Wightman*, punto 50.

²⁵ Corte giust. 9 giugno 2022, C-673/20, *EP*, punto 62. V. E. DAGILYTÉ, *The Promised Land of Milk and Honey? From EU Citizens to Third-Country Nationals after Brexit*, in S. MANTU, P. MINDERHOUND, E. GUILD (eds.), *EU Citizenship and Free Movement Rights. Taking Supranational Citizenship Seriously*, Leiden, 2020, p. 351 ss. Sull’impatto che i valori dell’Unione possono (continuare ad) esercitare sulle prerogative degli Stati da essa fuoriusciti, v. F. CASOLARI, *La proiezione esterna dei valori dell’Unione europea nelle relazioni con un ex Stato membro*, in *Quaderni AISDUE*, An-

È tuttavia la recentissima pronuncia della Corte relativa allo schema di concessione della cittadinanza tramite investimento attuato dalla Repubblica di Malta ad aver messo in evidenza tutto il potenziale che la teoria della limitazione può sprigionare *in subiecta materia*²⁶. Dopo aver saldamente ancorato il regime della cittadinanza europea alla base valoriale dell'Unione per il tramite degli artt. 10 e 11 TUE, che danno concretizzazione al valore della democrazia²⁷ – e i diritti da essa riconosciuti al quadro costituzionale dell'Unione²⁸, la Corte ha ritenuto di potere concludere che: «l'esercizio della competenza degli Stati membri in materia di definizione dei requisiti per la concessione della cittadinanza di uno Stato membro non è, alla stregua della loro competenza in materia di definizione delle condizioni di perdita della cittadinanza, illimitato. La cittadinanza dell'Unione si fonda infatti sui valori comuni contenuti nell'articolo 2 TUE e sulla fiducia reciproca che gli

ticipazione fascicolo Convegno Forum PIUE del 24 ottobre 2024, p. 1 ss.

²⁶ Corte giust. 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione/Malta*. Per alcuni primi commenti alla pronuncia, v. C. DELLI CARRI, *La "mercificazione" della cittadinanza è contraria al diritto dell'Unione europea. Note a margine della sentenza C-181/23 della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, vol. 1, n. 2, 2025, p. 1 ss.; D. KOCHENOV, *Never Mind the Law, Again: Commission v. Malta (C-181/23)*, in G. BUGEDO MONTERO (ed.), *EU Citizenship's New Boundaries: Commission v. Malta*, Symposium EU Law Live, July 2025, p. 21 ss.; D. KOCHENOV, G. ÍÑIGUEZ, *EU Citizenship's New Essentialism*, in *ELR*, vol. 50, n. 4, 2025, p. 455 ss.; M. CHAMON, *Commission v Malta (C-181/23) and the Trilemma of EU Citizenship*, *ivi*, p. 475 ss.; R. O'NEILL, *A Stitch in Time? Mutual Trust as the EU's Fix-All in Case C-183/23 Commission v Malta*, in *EP*, vol. 10, n. 2, 2025, p. 463 ss.; S. PEERS, *Pirates of the Mediterranean Meet Judges of the Kirchberg: The CJEU Rules on Malta's Investor Citizenship Law*, *EU Law Analysis*, 30 April 2025, eulawanalysis.blogspot.com/2025/04/pirates-of-mediterranean-meet-judges-of.html; S. POLI, *The End of the Reserved Domain on Citizenship Attribution?*, in G. BUGEDO MONTERO (ed.), *EU Citizenship's New Boundaries: Commission v. Malta*, cit., p. 33 ss.; L. D. SPIEKER, *It's Solidarity, Stupid! In Defence of Commission v Malta*, in *VBlog*, 7 May 2025, verfassungsblog.de/its-solidarity-stupid/.

²⁷ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 89. Secondo M. CHAMON, *op. cit.*, p. 484, «it rather seems that the Court did not have a specific value in mind but rather the ethos reflected in the values listed in art. 2 TEU». S. POLI, *op. cit.*, p. 36 ritiene invece che «[t]he only possible value to which the Court might refer in context of Article 2 is solidarity». In conformità, v. anche R. O'NEILL, *op. cit.*, p. 486, e L. D. SPIEKER, *op. cit.*

²⁸ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 91.

Stati membri si accordano quanto al fatto che nessuno di essi eserciti tale competenza in un modo che sia manifestamente incompatibile con la natura stessa della cittadinanza dell'Unione»²⁹. Ne deriva – sempre secondo la Corte – che la commercializzazione (per estensione) della cittadinanza europea ad opera degli Stati membri si pone in conflitto con il fondamento valoriale dell'Unione, dando pertanto vita ad una violazione dell'art. 4, par. 3, TUE³⁰.

Occorre segnalare che l'Avv. gen. Collins aveva espresso, nelle proprie conclusioni sul caso, una posizione diametralmente opposta a quella poi recepita dalla Corte nella sentenza. Secondo l'Avv. gen., infatti, la limitazione delle prerogative sovrane degli Stati membri in tema di attribuzione della cittadinanza, che deriva dalla loro partecipazione all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, non avrebbe potuto imporre ad essi la previsione di un vincolo effettivo – o *genuine link* – con i singoli diverso da quello (eventualmente) individuato (unilateralmente) da detti Stati³¹. Pertanto, il ricorso presentato dalla Commissione doveva considerarsi – a detta dell'Avv. gen. – privo di fondamento.

Sono, in effetti, le premesse da cui prendono le mosse l'Avv. gen. e la Corte ad essere radicalmente differenti. Nelle proprie conclusioni, l'Avv. gen. non riconduce esplicitamente la cittadinanza europea alla base valoriale dell'Unione – l'art. 2 TUE è sì menzionato nel documen-

²⁹ *Ivi*, punto 95.

³⁰ *Ivi*, punti 94 e 100.

³¹ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins, del 4 ottobre 2024, C-181/23, *Commissione/Malta*, punti 55 e 58. Sulla rilevanza del *genuine link* nell'attribuzione della cittadinanza da parte degli Stati membri, v., di recente, S. MARINAI, *L'incidenza del genuine link nei rapporti tra cittadinanza statale e cittadinanza dell'Unione europea*, in *DUE*, n. 3, 2023, p. 1 ss., che così conclude la sua indagine: «Non può però essere sostenuto, a nostro avviso, che il diritto dell'Unione europea imponga agli Stati membri di concedere la cittadinanza solo a condizione che l'interessato abbia un collegamento effettivo con il loro territorio» (p. 32). Diverso discorso vale per il rilievo che tale legame può acquisire nell'individuazione dei titolari del diritto di elettorato attivo e passivo per le elezioni europee. La Corte di giustizia ha chiarito al riguardo che il diritto primario dell'Unione non si oppone a che gli Stati membri concedano tale diritto «a determinate persone che possiedono *stretti legami con essi*, pur non essendo loro cittadini o cittadini dell'Unione residenti sul loro territorio». Cfr. Corte giust. 12 settembre 2006, C-145/04, *Spagna/Regno Unito*, punto 78; corsivo aggiunto.

to, ma solo in relazione agli argomenti addotti dalla Repubblica di Malta³². Collins si limita a verificare quale impatto abbia prodotto la cittadinanza UE sulla «prerogativa sovrana di uno Stato membro di concedere o di revocare la cittadinanza»³³. Ciò, muovendo dalla premessa che, come più volte ribadito dalla Corte di giustizia sin dalla celebre pronuncia nel caso *Grzelczyk*³⁴, «lo *status* di cittadino dell'Unione è "destinato" ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri»³⁵. Come detto, invece, è proprio all'incorporazione della cittadinanza UE nella base valoriale dell'Unione che la Corte riconduce la limitazione delle prerogative statali in merito all'adozione di schemi volti all'acquisizione della cittadinanza tramite investimento. Detto in altri termini, il margine di discrezionalità che l'Avv. gen. riconosce agli Stati risulta sostanzialmente "annullato" dalla Corte di giustizia proprio attraverso l'invocazione della teoria della limitazione, così come applicabile per la protezione dei valori sovranazionali, quasi che questi ultimi potessero "aumentare" la forza cogente della teoria in parola di fatto derubricando le prerogative sovrane dei Paesi membri a mere facoltà.

Tenuto conto dell'oggetto della presente analisi, non interessa in questa sede compiere una valutazione approfondita sulla fondatezza del ragionamento svolto dalla Corte rispetto alla disciplina sostanziale della cittadinanza europea³⁶. Ci si limiterà pertanto ad alcune considerazioni di massima, che risultano funzionali all'indagine in corso. Prendendo le mosse, anzitutto, da una considerazione svolta da Dimitry Kochenov in un caustico commento alla sentenza di cui si discute,

³² In particolare, viene richiamata la tesi, sostenuta dal Paese membro, secondo cui politiche di naturalizzazione adottate dagli Stati UE in spregio al divieto di discriminazione sulla base della c.d. razza o dell'origine etnica violerebbero l'art. 20 TUE, letto in conformità all'art. 2 TUE: conclusioni dell'Avv. gen. Collins, *Commissione/Malta*, sopra citate, punto 37.

³³ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins, *Commissione/Malta*, sopra citate, punto 49. Sull'approccio adottato dall'Avv. gen., v., per tutti, S. COUTTS, *On Mutual Recognition and the Possibilities of a "Single European Polity": The Opinion of AG Collins in Case C-181/23 Commission v Malta*, in *EP*, vol. 9, n. 2, 2024, p. 818 ss.

³⁴ Corte giust. 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31.

³⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Collins, *Commissione/Malta*, sopra citate, punto 43.

³⁶ Sul punto specifico si rimanda ai commenti menzionati *supra*, nota 26.

che appare del tutto condivisibile. L'Autore sostiene che «[t]he divergence of views between the AG and the Court hints at the particularly poor state of EU law on the matter, where legality and legal certainty apparently are not guaranteed and the rules are non-obvious, [...] and where a high degree of politicization prevails»³⁷. Se ne ha riprova in un punto della sentenza, nel quale la Corte – dopo aver ricondotto la cittadinanza UE alla base valoriale di quest'ultima – precisa di aver «più volte dichiarato che lo *status* di cittadino dell'Unione costituisce lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri». A conferma di ciò, essa richiama... la sentenza nel caso *Grzelczyk* e alcuni altri precedenti giurisprudenziali, nei quali tuttavia, come correttamente evidenziato dall'Avv. gen. Collins nelle sue conclusioni, i giudici di Lussemburgo si erano semmai limitati a riconoscere che «lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato a essere» («is destined to be», «a vocation à être») lo *status* fondamentale dei cittadini UE³⁸. La sentenza *Commissione/Malta* sembra, cioè, voler certificare a titolo definitivo, con un uso quantomeno disinvolto dei precedenti giurisprudenziali³⁹, che il

³⁷ D. KOCHENOV, *Never Mind the Law, Again*, cit., p. 21.

³⁸ Per la verità, già nella sentenza X, C-689/21, sopra citata, la Corte aveva compiuto la medesima affermazione. In quel caso, tuttavia, l'argomentazione appariva ancor più problematica dal punto di vista strettamente logico. Nel punto 29 della sentenza, infatti, la Corte ricordava che «l'articolo 20 TFUE conferisce a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro lo *status* di cittadino dell'Unione, il quale è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri» (corsivo aggiunto). Nel punto 38, con un salto logico evidente, i giudici riconoscevano, quindi, che, «come ricordato al punto 29 della presente sentenza, [lo *status* di cittadino dell'Unione europea] costituisce lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri» (corsivo aggiunto). Nel noto parere sull'*Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, invece, la Corte si era limitata a precisare che quelle sulla cittadinanza UE, al pari di quelle sulla libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, sullo spazio di libertà sicurezza e giustizia sulla politica della concorrenza, costituiscono «disposizioni fondamentali» per il perseguimento degli obiettivi dell'Unione: Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punto 172.

³⁹ V. anche D. KOCHENOV, G. ÍÑIGUEZ, *op. cit.*, pp. 464-465. Sull'uso dei precedenti da parte della Corte di giustizia, v. G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford-Portland, 2012. L'Autore segnala in particolare come, «[i]n EU law, [...] the ECJ commonly employs at least one [...] technique of dealing with its own relevant previous decisions: the gradual extension of precedent through the

percorso di affermazione della cittadinanza UE – e dei diritti ad essa riconducibili – si sarebbe ormai compiuto. Per dirla con le parole utilizzate da Niamh Nic Shuibhne, «[t]he deeply evocative idea of Union citizenship as the “fundamental status of nationals of the Member States”» avrebbe, infine, trovato realizzazione⁴⁰.

Se, però, si guarda alla giurisprudenza sul riconoscimento dei diritti di mobilità dei cittadini – ed in particolare al *revirement* operato dalla giurisprudenza *Dano*⁴¹ in favore di un’interpretazione restrittiva delle condizioni fissate dalla Direttiva 2004/38/CE ai fini dell’esercizio di detti diritti – è difficile condividere una simile valutazione⁴². Soprattutto, ciò che risulta più difficile, se si considera quest’ultima giurisprudenza, è accettare l’affermazione compiuta dalla Corte in *Commissione/Malta* secondo cui quel «particolare rapporto di lealtà e solidarietà», che, secondo i giudici di Lussemburgo, deve esistere tra gli Stati e i propri cittadini, «costituisce anche il fondamento dei diritti e degli

use of building blocks and their application to new material facts» (p. 99). V. anche M. A. JACOB, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice: Unfinished Business*, Cambridge, 2014.

⁴⁰ N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 7. Diverso – e certamente poco incline alla accondiscendenza – è il giudizio espresso da Joseph Weiler rispetto a questa formula. Secondo il noto Autore, essa «deve essere annoverata tra i *dicta* più infelici della Corte a partire da *Grzelczyk* (C-184/99) e seguita in tutti gli altri casi sulla cittadinanza. Non importa quante volte sia stata ripetuta; questo non le conferisce alcuna credibilità epistemica. Solo nell’universo orwelliano di 1984 ripetere cinquanta volte una non verità la rende vera. La Corte non ha mai spiegato come sia arrivata a questa conclusione. In realtà si tratta di una pura invenzione giudiziaria che nasce *ex nihilo*». Cfr. J.H.H. WEILER, *Vendesi cittadinanza. Commissione c. Malta: chi, davvero, smercia i valori europei?*, in *QC*, vol. XLIV, n. 2, 2024, p. 454 ss., pp. 459-460.

⁴¹ Corte giust. 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*. Il *revirement* operato dalla sentenza nel caso *Dano* è stato riconfermato nella giurisprudenza più recente: v., per tutte, Corte giust. 15 luglio 2021, *CG*, C-709/20.

⁴² V. F. CASOLARI, *EU Citizenship and Money: A Liaison Dangereuse? – International and EU Legal Issues Concerning the Selling of EU Citizenship*, in *Biblioteca della Libertà*, vol. L, n. 212, 2015, p. 45 ss. Sul mutamento d’approccio – in termini maggiormente restrittivi – posto in essere dalla Corte in tempi relativamente recenti rispetto all’applicazione della direttiva 2004/38/CE, v., per tutti, M. HAAG, *The Court of Justice’s Shift in Interpreting Directive 2004/38 and Union Citizenship: An Illusion of Legislative Intention and Legal Certainty*, in *MJEL*, vol. 32, n. 1, 2025, p. 8 ss.

obblighi che i Trattati riservano ai cittadini dell'Unione»⁴³. È infatti noto che gli elementi solidaristici che erano stati valorizzati dalla Corte nelle pronunce precedenti quella sul caso *Dano*, al fine di favorire un'interpretazione meno rigida dei requisiti previsti dal diritto UE per l'esercizio dei diritti di mobilità connessi alla cittadinanza europea⁴⁴, sono stati da quest'ultima sostanzialmente rimossi⁴⁵. Insomma, la sensazione che si prova leggendo la pronuncia in *Commissione/Malta* è che la Corte – anche alla luce delle importanti conseguenze da essa tratte riguardo alla compressione delle prerogative sovrane degli Stati membri – avrebbe dovuto adottare un atteggiamento di maggior cautela, meglio valutando le implicazioni deducibili *dallo stato attuale di sviluppo del diritto della cittadinanza europea*⁴⁶.

⁴³ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 97.

⁴⁴ Per tutte, v. Corte giust. 19 settembre 2013, C-140/12, *Brey*, punto 72: «[l]a Direttiva 2004/38 ammette quindi una certa solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri, in particolare se le difficoltà [economiche] incontrate dal beneficiario del diritto di soggiorno sono temporanee».

⁴⁵ V., *ex multis*, M. E. BARTOLONI, *La libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi tra principio di non discriminazione e tutela dei sistemi nazionali di welfare*, in *DUDI*, vol. 9, n. 2, 2015, p. 474 ss.; A. McDONNELL, *Equality for Citizens in the EU: Where Did All the Flowers Go?*, in L. S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Cham, 2017, p. 199 ss.; J. PEYRL, *The Judgments of Brey, Dano and Alimanovic. A Case of Derogation or a Need to Solve the Riddle?*, in S. MANTU, P. MINDERHOUND, E. GUILD (eds.), *op. cit.*, p. 105 ss. Osserva S. PEERS, *op. cit.*: «[In *Commission v Malta*] the Court does not mention the rather inconvenient fact that EU citizens face financial thresholds to exercise free movement rights: benefit recipients can move from Hamburg to Hanover, but not from Bucharest to Bremen. While EU free movement law is more generous than the usual immigration law for those of modest means, it is still more stringent than the rules applying to *citizens* of a Member State moving within it – on *financial grounds*. The Court is Captain Renault in *Casablanca*: shocked, shocked to find that citizenship rights are dependent on money in here». Corsivo in testo.

⁴⁶ S. PEERS, *op. cit.* Per altre considerazioni critiche sul ragionamento della Corte, concernenti in particolare i profili attinenti alla mutua fiducia tra gli Stati membri ed al rispetto del principio di leale cooperazione, v. poi S. POLI, *op. cit.*, p. 37.

4. *Valori e (altri) poteri d'imperio*

Questo breve *excursus* giurisprudenziale, volto a ricostruire l'interazione tra la teoria della limitazione e la tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea, non può concludersi senza menzionare la giurisprudenza – per certi versi alluvionale – sprigionatasi dalle riforme dei sistemi giudiziari realizzate in alcuni Paesi dell'Europa centro-orientale⁴⁷. In tutti i casi portati all'attenzione della Corte di giustizia ad essere scrutinato è stato l'esercizio, da parte degli Stati membri, di un'altra potestà ad essi riservata, quella concernente l'organizzazione della giustizia. Basandosi sul precedente (questo sì correttamente individuato!) costituito da *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* – nel quale era stato precisato che l'obbligo, ricadente in capo agli Stati membri *ex art.* 19, par. 1, secondo comma, TUE, di stabilire rimedi giurisdizionali effettivi destinati ad assicurare il rispetto del diritto UE rappresentava in realtà una concretizzazione del valore dello Stato di diritto riconosciuto nell'art. 2 TUE⁴⁸ –, la Corte ha chiarito – con un implicito riferimento alla teoria della limitazione – che, «sebbene [...] l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi, ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione»⁴⁹. Qualche tempo dopo, sempre occupandosi delle riforme in materia di giustizia realizzate da alcuni Paesi membri, la Corte è giunta ad affermare che, «sebbene né l'articolo 2 e l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, né altre disposizioni del diritto dell'Unione impongano agli Stati membri un determinato modello costituzionale, che disciplini le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, in particolare per quanto riguarda la definizione e la delimitazione delle competenze di questi ultimi, tali Stati membri devono nondimeno rispettare, in particolare, i requisiti di indipenden-

⁴⁷ Su tale giurisprudenza, v., per tutti, A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023, p. 193 ss.

⁴⁸ Corte giust. 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, punto 32 ss.

⁴⁹ Corte giust. 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione/Polonia*, punto 102.

za dei giudici che derivano da tali disposizioni del diritto dell'Unione»⁵⁰.

Come si è avuto modo di evidenziare in altra sede⁵¹, la giurisprudenza in parola salda il tema della tutela dell'identità valoriale dell'Unione all'allineamento costituzionale che è richiesto ad uno Stato europeo quando decide di divenire un Paese membro dell'Unione. Per dirla con le parole di Koen Lenaerts e di José Gutiérrez-Fons, in forza di tale allineamento – che il Presidente della Corte di giustizia ha qualificato, in altro contributo⁵², come vero e proprio principio dell'ordinamento sovranazionale – le scelte che gli Stati UE possono decidere di compiere nel definire il proprio modello costituzionale «must, first, be sufficient in themselves to guarantee compliance with those values and, second, not constitute a value regression»⁵³. Si tratta, come può dedursi, di una traiettoria che è comune a tutti gli Stati membri, come comuni sono i valori che essi condividono nell'ambito del processo di integrazione europea, e che dunque concorre a determinare un quadro unitario di limitazione delle prerogative sovrane nazionali.

Questa precisazione permette di evidenziare un ulteriore elemento che, come un fiume carsico, attraversa tutta la giurisprudenza sin qui considerata, emergendo con più evidenza in alcuni ulteriori casi decisi dalla Corte di giustizia. Ci si riferisce al fatto che la limitazione delle prerogative sovrane degli Stati membri alla luce dei valori da essi condivisi previene la possibilità di tendenze unilateralistiche che minino l'uguaglianza di detti Stati davanti ai Trattati e, con essa, l'uniforme applicazione ed il primato del diritto UE. Nel caso *Commissione/Polonia e a.*, per esempio, avente ad oggetto la violazione, da parte di Polonia, Ungheria e Repubblica ceca, delle misure di ricollocazione

⁵⁰ Corte giust. 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.*, punto 229; 22 febbraio 2022, C-430/21, *RS*, punto 43; 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia*, punto 74.

⁵¹ F. CASOLARI, *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo*, in B. CORTESE (a cura di), *Il diritto dell'Unione europea nei rapporti tra ordinamenti: tra collaborazione, integrazione e identità*, Quaderni AISDUE, fascicolo speciale 1/2024, p. 267 ss.

⁵² K. LENAERTS, *Celebrating 20 Years Together*, in *EJ*, n. 2, 2024, p. 172 ss., p. 178.

⁵³ K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *Epilogue. High Hopes: Autonomy and the Identity of the EU*, in *EP*, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1493 ss., p. 1505.

adottate nel corso della c.d. crisi dei rifugiati per dare concreta applicazione al valore della solidarietà sovranazionale (ed al corrispettivo principio codificato nell'art. 80 TFUE), la Corte ha precisato che gli Stati membri non possono procedere ad invocare le proprie prerogative in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna a mo' di riserva generale ai Trattati. La ragione di ciò è semplice e risiede, per l'appunto, nella necessità di garantire un'effettività condivisa del diritto sovranazionale. Invero, secondo la Corte, «[a]mmettere l'esistenza di una riserva del genere, prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal Trattato, rischierebbe di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»⁵⁴.

In linea con questa affermazione, nella pronuncia *Commissione/Malta* sopra richiamata, la Corte, nel rigettare l'argomento formulato dal Paese membro in base al quale solo violazioni gravi dei valori dell'Unione, prodottesi nell'esercizio di prerogative sovrane, determinerebbero un inadempimento del diritto UE, ha precisato che l'accettazione di una simile ricostruzione porterebbe inevitabilmente «a una limitazione degli effetti derivanti dal primato del diritto dell'Unione, che fa parte delle caratteristiche essenziali di quest'ultimo e, quindi, del quadro costituzionale dell'Unione»⁵⁵.

5. *Alcune conclusioni*

In un contributo del 1990, l'attuale Presidente della Corte di giustizia – allora giudice presso il Tribunale di I grado dell'Unione europea – osservava quanto segue: «*The residual powers of the Member States have no reserved status. The Community may indeed exercise its specific, implied or non-specific powers in the fullest way possible, without running into any inherent limitation set to these powers as a result of the sovereignty which the Member States retain as subjects of international law. There simply is no nucleus of sovereignty that the*

⁵⁴ Corte giust. 2 aprile 2020, C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione/Polonia e a.*, punto 143.

⁵⁵ *Commissione/Malta*, sopra citata, punto 83.

Member States can invoke, as such, against the Community»⁵⁶. Significativamente, il ragionamento di Lenaerts risultava ancorato ad una risalente pronuncia della Corte, concernente un caso di infrazione avviato dalla Commissione nei confronti della Francia per il fatto che il Paese, nell'esercizio di una propria competenza (allora) esclusiva (la politica monetaria), era venuto meno ai suoi obblighi in materia di concorrenza nel settore carbossiderurgico. Nella pronuncia, la Corte – con una formula più volte menzionata in questo contributo – aveva precisato che gli Stati membri non possono invocare proprie prerogative al fine di derogare unilateralmente, al di fuori del controllo operato dalle istituzioni sovranazionali, agli obblighi che discendono dai Trattati⁵⁷. A fondamento di tale assunto, ricordava sempre la Corte, si pone «[l]a solidarietà, che sta alla base di questi obblighi come pure del sistema comunitario nel suo complesso, conformemente all'impegno di cui all'articolo 5 del Trattato [oggi art. 4, par. 3, TUE]»⁵⁸.

Con la lungimiranza che ne contraddistingue tuttora l'operato, Koen Lenaerts – nell'analizzare, nel 1990, la dimensione federale del processo di integrazione europea – individuava in quella che sarebbe poi stata denominata la teoria della limitazione e nel suo fondamento giuridico, il principio di leale cooperazione, due fattori determinanti per l'evoluzione dell'ordinamento in un'ottica costituzionalmente orientata.

In questo contributo, si è visto che la forza centripeta che tale teoria può sprigionare è assai significativa. Essa, poi, diviene ancor più potente laddove venga invocata al fine di tutelare i valori su cui l'Unione si fonda. Al punto da divenire una forza quasi irresistibile che, come ben mette in luce la sentenza della Corte di giustizia in *Commissione/Malta*, può giungere a ridurre grandemente – se non addirittura ad annullare – il nocciolo duro delle prerogative sovrane degli Stati membri⁵⁹. A ben vedere, però, proprio questo dovrebbe essere il

⁵⁶ K. LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n. 2, 1990, p. 205 ss., p. 220. Corsivi aggiunti.

⁵⁷ Corte giust. 10 dicembre 1969, 6 e 11/69, *Commissione/Francia*, punti 14-15.

⁵⁸ *Ivi*, punti 16-17.

⁵⁹ *Supra*, par. 3.

limite intrinseco della teoria della limitazione e della sua applicazione. Come ricorda opportunamente Joseph Weiler, «nelle sane dinamiche di tipo federale (di cui l'Unione fa parte), il rispetto dei confini giurisdizionali fondamentali e delle procedure decisionali, anche se *scomode*, è importante quanto il rispetto dei diritti umani»⁶⁰ – per citare uno dei valori su cui l'Unione europea è stata costruita. Ciò diviene ancor più rilevante nella misura in cui l'efficacia della teoria della limitazione – e la sua capacità di incidenza sulle prerogative nazionali – vengono fatte dipendere da valori il cui contenuto e la cui forza cogente non sempre appaiono compiutamente delineati⁶¹.

Per evitare allora che l'approccio *top-down* che emerge dalla giurisprudenza analizzata in questo contributo possa favorire, più che un'effettiva integrazione giuridica, delle dinamiche di disintegrazione⁶², occorre tornare al fondamento della teoria della limitazione, il principio di leale cooperazione, valorizzandone (finalmente!) la natura reciproca al fine di sviluppare un vero spazio europeo di cooperazione che possa proiettarsi anche oltre ai confini consegnati nella lettera dei Trattati⁶³.

ABSTRACT (ita)

Il contributo cerca di valutare in che modo i valori fondamentali dell'Unione europea possono incidere sulle prerogative sovrane degli Stati membri. Ciò alla luce della c.d. teoria della limitazione, vale a dire la dottrina affermata in via giurisprudenziale secondo la quale l'esercizio della competenza riservata agli Stati membri viene limitato in nome della realizzazione degli obiettivi dell'Unione. Con un evidente richiamo ad alcuni degli elementi costitutivi della statualità, e a situazioni giuridiche che il diritto internazionale tutela a seguito dell'acquisto della personalità giuridica da parte di uno Stato,

⁶⁰ J.H.H. WEILER, *op. cit.*, p. 458. Corsivi nel testo.

⁶¹ V. *supra*, note 1, 2, 27 e testo corrispondente.

⁶² Tale rischio è evidenziato anche, proprio in relazione al tema della cittadinanza europea, da C. BARNARD, E. LEINARTE, *The Creation of European Citizenship: Constitutional Miracle or Myopia?*, in CYELS, vol. 24, 2022, p. 24 ss., p. 44.

⁶³ F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, cit., p. 251 ss.

l'indagine guarda anzitutto all'impatto che tale teoria può avere sulla sovranità territoriale degli Stati membri (par. 2). Quindi, il contributo si occupa dell'applicazione della teoria in relazione all'acquisto e perdita della cittadinanza (par. 3). Si prendono poi in considerazione applicazioni della teoria concernenti l'esercizio di ulteriori poteri d'imperio degli Stati membri (par. 4). L'analisi è completata con alcune riflessioni conclusive (par. 5).

ABSTRACT (eng)

This contribution aims to assess how the fundamental values of the European Union may affect the sovereign prerogatives of Member States. This is done in light of the so-called 'framing of powers' doctrine, i.e., the doctrine established by the EU Court of Justice according to which the exercise of powers reserved to Member States may be limited to achieve the objectives of the Union. With explicit reference to some of the constituent elements of statehood and to the legal situations protected by international law following the acquisition of legal personality by a State, the study first examines the impact that this doctrine may have on the territorial sovereignty of Member States (Section 2). The paper then discusses the application of the doctrine concerning the acquisition and loss of citizenship (Section 3). It then examines the applications of the doctrine relating to the exercise of additional prerogatives by Member States (Section 4). The analysis concludes with some final observations (Section 5).

L'ATTUAZIONE IN ITALIA DELLA DIRETTIVA SULLA PIANIFICAZIONE DELLO SPAZIO MARITTIMO

Gianluca Contaldi*

SOMMARIO: 1. Il D.M. 237/2024 di attuazione della direttiva 2014/89, sulla pianificazione dello spazio marittimo. – 2. I caratteri generali della direttiva. – 3. La tendenziale prevalenza della tutela ambientale nel bilanciamento che devono operare le amministrazioni nazionali nella gestione degli spazi marini. – 4. L'attuazione della direttiva in Italia. – 5. *Segue*: le considerazioni ambientali nei piani di gestione delle aree marittime italiane.

1. Il D.M. 237/2024 di attuazione della direttiva 2014/89, sulla pianificazione dello spazio marittimo

Con il Decreto del Ministro per le infrastrutture ed i trasporti n. 237, del 25 settembre 2024, sono stati approvati i piani di gestione dello spazio marittimo italiano. È giunto così a conclusione l'*iter* di attuazione della direttiva 2014/89, sulla pianificazione dello spazio marittimo¹.

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Macerata.

¹ Direttiva 2014/89/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo, in *GUUE L 257 del 28.8.2014*, pp. 135–145. In dottrina v. C. TELESCA, *Pianificazione dello spazio marittimo: stato dell'arte e prospettive evolutive*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2022, p. 137 ss.; N. CARNIMEO, F. CORONA, *La pianificazione spaziale marittima nel diritto dell'Unione europea e la declinazione della normativa unionale nella legislazione italiana*, in *Il Diritto Marittimo*, 2023, p. 5 ss.; C. VITALE, *Il patrimonio culturale e il mare nei piani di gestione per lo spazio marittimo*, in *Aedon*, 2023, p. 82 ss.; ID. (a cura di), *Il «governo» del mare. Tutela del paesaggio e sviluppo sostenibile dalla prospettiva della pianificazione marittima*, Napoli, 2024; M. ROVERSI MONACO, *I piani di gestione dello spazio marittimo e la zona costiera*, in *RQDA*, 2024, p. 93 ss.

Più dettagliatamente, la stesura e la successiva approvazione da parte del Ministro competente si è svolta attraverso una serie di fasi progressive. Innanzitutto, la direttiva venne attuata in Italia con il d.lgs. 17 ottobre 2016, n. 201. Successivamente, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° dicembre 2017, sono state approvate le linee guida contenenti gli indirizzi ed i criteri per la predisposizione dei piani di gestione dello spazio marittimo.

Il punto 13 delle linee guida stabiliva anche quali fossero le tre aree marittime di riferimento, per la predisposizione di altrettanti piani. Dette aree venivano individuate in maniera corrispondente a quelle previste dal legislatore europeo nella direttiva che istituiva una strategia per la gestione dell'ambiente marino². Con riferimento all'Italia, tali aree sono: *i*) il Mare Mediterraneo occidentale; *ii*) il Mare Adriatico; *iii*) il Mar Ionio e il Mare Mediterraneo centrale³.

Infine, con il citato D.M. n. 237, del 25.9.2024, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sono stati approvati i piani di gestione delle tre aree menzionate. In sostanza, un percorso, dall'adozione della direttiva da parte delle istituzioni europee, fino all'approvazione dei piani nazionali, che è durato all'incirca un decennio. Una durata, per certi versi eccezionali, tanto è vero che l'Italia aveva ricevuto una lettera di messa in mora da parte della Commissione europea; ma che è, in realtà, sintomatica dell'estrema complessità di una procedura siffatta, specie per i paesi con ampie superfici prospicienti al mare⁴.

² Art. 4, par. 2, lett. *b*, della direttiva 2008/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino (direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino).

³ È pacifico che una corretta attività di pianificazione degli spazi marittimi debba prendere le mosse da una delimitazione reciproca delle aree di rispettiva competenza; tuttavia, proprio la struttura semichiusa del Mediterraneo ha sempre reso articolata e complessa la delimitazione reciproca dei confini marini (v. G. CATALDI, *Le zone marittime del Mediterraneo: problemi di gestione e di delimitazione*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, XIV Convegno SIDI, Bari, 18-19 giugno 2009, Napoli, 2010, p. 125 ss.; J. ANSONG, E. GIS-SI, H. CALADO, *An Approach to Ecosystem-based Management in Maritime Spatial Planning Process*, in *Ocean & Coastal Management*, vol. 141, 2017, p. 65 ss.).

⁴ Il termine per la stesura dei piani è scaduto il 31 marzo 2021. Analoghe lettere di messa in mora vennero inviate, in data 2 dicembre 2021, a Grecia, Croazia, l'Italia,

All'indomani della sua attuazione, è opportuno ripercorrere il contenuto della direttiva, al fine di verificare se le soluzioni proposte dal legislatore italiano siano effettivamente rispondenti allo spirito della normativa sovranazionale.

2. *I caratteri generali della direttiva*

La pianificazione dello spazio marittimo è uno strumento di attuazione della c.d. “politica marittima integrata” dell’Unione europea. La direttiva 2014/89 mira, infatti, ad istituire un procedimento di composizione dei vari interessi suscettibili di incidere sulla gestione degli spazi marini. Tale procedimento può essere considerato di natura “politica”⁵, perché le entità coinvolte sono amministrazioni centrali e regionali, normalmente rappresentative del governo centrale ovvero di organismi locali a composizione elettiva. Da questo punto di vista, la definizione di politico attribuita al procedimento è pertanto corretta; anche se è opportuno mettere in luce come gli strumenti previsti dalla direttiva, siano maggiormente conformati rispetto allo strumentario tipico del diritto amministrativo, quali l’istituzione di tavoli tecnici di coordinamento ed il coinvolgimento della popolazione attraverso la condivisione dei piani stessi tramite strumenti telematici⁶.

Al riguardo il considerando n. 1, il quale chiarisce che «Il rapido ed elevato incremento della domanda di spazio marittimo per scopi

Cipro e Romania. Al riguardo, i problemi maggiori li ha infatti affrontati la Grecia, la quale non è riuscita a completare l’*iter* in tempo utile per evitare una sentenza di condanna da parte della Corte di giustizia (Corte giust. 27 febbraio 2025, C-128/24, *Commissione/Grecia*).

⁵ Così C. TELESCA, *op. cit.*, p. 138; N. CARNIMEO, F. CORONA, *op. cit.*, p. 6.

⁶ Naturalmente, con l’affermazione contenuta nel testo, non si intende accedere alla tesi dell’esistenza di un supposto diritto amministrativo globale, che consisterebbe nella fissazione di standard e procedimenti globali, suscettibili di produrre effetti giuridici sia sul piano delle relazioni internazionali degli Stati, sia per la loro capacità di influenzare i diritti amministrativi nazionali (secondo la nota impostazione di S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, spec. p. 38 ss.; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; ID. (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, London, 2016; ID., *Varcare le frontiere*, in RTDP, 2023, p. 1056 ss.).

diversi, come *gli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, la prospezione e lo sfruttamento di petrolio e gas naturale, il trasporto marittimo e le attività di pesca, la conservazione degli ecosistemi e della biodiversità, l'estrazione di materie prime, il turismo, gli impianti di acquacoltura e il patrimonio culturale sottomarino*, nonché le molteplici pressioni sulle risorse costiere richiedono una strategia integrata di pianificazione e di gestione»⁷. Come emerge, pertanto, dal testo normativo, la direttiva mira ad istituire un procedimento, nel quale vengono valutati tutti i potenziali usi del mare, quali la pesca, l'attività turistica, la costruzione di impianti per la produzione di energia elettrica, i trasporti, la ricerca scientifica, la posa di cavi sottomarini, la lotta ai cambiamenti climatici e, infine, la conservazione e lo sfruttamento del patrimonio culturale subacqueo, che dovrebbero essere presi tutti collettivamente in considerazione e tra di loro contemporati⁸.

La finalità della direttiva consiste, pertanto, nell'obbligare gli Stati membri a strutturare e porre in essere un procedimento di contemperamento di interessi eterogenei, che insistono su una medesima area di mare e che siano di portata tale da rendere necessario il coinvolgimento di vari livelli politici e amministrativi.

Quale sia lo spazio oggetto dell'attività di pianificazione non è tuttavia chiarito direttamente dal legislatore sovranazionale. Le istituzioni europee provvedono alla delimitazione di questo solo in maniera indiretta, attraverso il riferimento alle fonti internazionali rilevanti per la materia. Il considerando n. 7, della direttiva 2014/89 precisa, infatti, che: «La convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 («UNCLOS») stabilisce nel preambolo che i problemi legati all'uso degli spazi oceanici sono strettamente collegati e devono essere considerati nel loro insieme. La pianificazione degli spazi oceanici costituisce il logico avanzamento e la logica strutturazione degli obblighi e

⁷ Corsivo aggiunto.

⁸ N. CARNIMEO, *Le aree marine protette nella prospettiva europea*, Bari, 2024, p. 223: «La PSM è uno strumento multisettoriale che interessa tutti gli ambiti marittimi. Può servire, in particolare: a mantenere e ripristinare la biodiversità che è alla base degli ecosistemi marini e la loro capacità di ricostruire gli *stock* ittici; a mitigare il cambiamento climatico; ad assicurare il futuro sostenibile della piccola pesca e del turismo sostenibile; a garantire il sostentamento alimentare ed il benessere alle comunità locali».

dell'utilizzo dei diritti concessi nell'ambito dell'UNCLOS nonché uno strumento pratico per assistere gli Stati membri nel rispetto dei loro obblighi».

Quindi, in linea di principio, la direttiva non si preoccupa di definire quale sia l'ambito spaziale oggetto dell'attività pianificatoria. L'ambito geografico di riferimento viene, infatti, delimitato mediante rinvio al testo che costituisce il riferimento normativo per eccellenza del diritto internazionale del mare, ovvero la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay nel 1982, oggi in vigore per una pluralità estremamente ampia di Stati⁹. Si tratta, d'altro canto, di un testo normativo che è frutto di molteplici sessioni di negoziazione, che risulta largamente accettato dalla Comunità internazionale, alla quale partecipano sia l'Unione europea, sia gli Stati membri. Tale testo è, inoltre, considerato in larga parte rispondente al diritto consuetudinario in materia¹⁰, per cui è inevitabile fare ad esso riferimento.

Nella delimitazione dell'area oggetto dell'attività pianificatoria non si può, dal punto di vista empirico e giuridico, prescindere dall'assetto determinato dall'incidenza in materia del diritto internazionale: non fosse altro, perché, esso si pone al di fuori delle competenze europee¹¹.

⁹ Sono, allo stato, centosettanta gli Stati contraenti (per l'elenco, v. il sito United Nations Treaty Collections, treaties.un.org/). L'Unione europea ha aderito alla Convenzione nel 1998 e, conformemente all'art. 2 dell'allegato IX, ha precisato quali siano le parti di propria competenza (98/392/CE: decisione del Consiglio del 23 marzo 1998 concernente la conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 e dell'accordo del 28 luglio 1994 relativo all'attuazione della parte XI della convenzione).

¹⁰ Sia perché le previsioni della Convenzione sul diritto del mare sono sovente norme di codificazione di norme consuetudinarie, sia perché, nei casi in cui le stesse avevano natura di sviluppo progressivo, hanno favorito l'insorgenza di norme generali corrispondenti. V. G. GASPARRO, P. IVALDI, *Il diritto del mare*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, III ed., Torino, 2006, p. 410 ss., p. 412 (nella sesta edizione del medesimo manuale, v. L. SCHIANO DI PEPE, *Il diritto del mare*, Torino, 2021, p. 450 ss., p. 452); A. MERIALDI, S. TREVISANUT, *La protezione dell'ambiente marino*, in A. FODELLA, L. PINESCHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 315 ss., p. 317; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, VIII ed., Milano, 2025, p. 292.

¹¹ V., in questo senso, sia il considerando n. 10 («Al fine di garantire coerenza e

La delimitazione del territorio, sul quale gli Stati esercitano la propria sovranità, è chiaramente una questione che fuoriesce dalle competenze delle istituzioni europee, con la conseguenza che, sul punto, il legislatore sovranazionale non può fare altro che rimettersi alle fonti normative applicabili in materia.

Quindi, le zone oggetto dell'attività pianificatoria sono innanzitutto le zone di mare rispetto alle quali lo Stato costiero esercita una qualche forma di sovranità, con i limiti che ne contraddistinguono l'esercizio in relazione a ciascuna area specifica. La pianificazione ha pertanto ad oggetto il mare territoriale; la zona contigua, nei limiti in cui lo Stato costiero vi esercita i poteri necessari a prevenire il compimento di attività illecite; la piattaforma continentale e, infine, la zona economica esclusiva, nella misura in cui lo Stato costiero l'abbia istituita e vi eserciti le attività funzionali allo sfruttamento delle risorse naturali ivi situate.

L'attività di pianificazione può tuttavia estendersi anche alla costa. Le zone costiere rientrano, infatti, nell'ambito della pianificazione marittima, nella misura in cui ciò sia necessario valutare le interazioni terra-mare e a patto che le stesse non siano oggetto di specifica pianificazione urbanistica o rurale e, infine, che l'inclusione di queste zone venga effettivamente comunicata da parte dello Stato membro¹².

In sostanza, l'idea del legislatore europeo è che il piano di gestione degli spazi marini costituisca una sorta di quadro di riferimento, che dovrebbe logicamente sovraordinare tutte le altre attività pianificato-

chiarezza giuridica, è opportuno che l'ambito geografico della pianificazione dello spazio marittimo sia definito in conformità degli strumenti legislativi dell'Unione già esistenti e del diritto marittimo internazionale, in particolare dell'UNCLOS. La presente direttiva non pregiudica le competenze degli Stati membri in relazione alla giurisdizione e alle frontiere marittime», sia l'art. 2, par. 4, della direttiva 2014/89 («4. La presente direttiva non inficia i diritti sovrani e la giurisdizione degli Stati membri sulle acque marine che derivano dal pertinente diritto internazionale, in particolare dall'UNCLOS. Più specificamente, l'applicazione della presente direttiva non influisce sul delineamento e la delimitazione delle frontiere marittime da parte degli Stati membri in conformità delle pertinenti disposizioni dell'UNCLOS»).

¹² L'Italia, nei piani approvati con il DM 237/2024, ha effettivamente ricompreso anche le zone costiere nell'ambito della pianificazione spaziale marittima, anche se verosimilmente non ha effettuato la prescritta comunicazione alla Commissione europea (v. M. ROVERSI MONACO, *op. cit.*, p. 106 ss.).

rie. Gli eventuali ulteriori piani di gestione, quali quelli per le coste o per l'uso delle fonti energetiche, dovrebbero logicamente rientrare all'interno del piano di gestione degli spazi marini, in modo da evitare usi contraddittori o contrastanti di un medesimo tratto di mare¹³.

Prima di predisporre i relativi programmi, lo Stato deve, inoltre, coinvolgere tutte le entità interessate e, in particolare, sia le collettività che risiedono nelle zone oggetto della pianificazione, sia gli Stati membri e i paesi terzi confinanti o frontisti: sotto questo profilo, la cooperazione internazionale, anche con gli Stati terzi, costituisce indubbiamente un momento rilevante per la corretta implementazione della direttiva¹⁴.

3. La tendenziale prevalenza della tutela ambientale nel bilanciamento che devono operare le amministrazioni nazionali nella gestione degli spazi marini

Apparentemente, la direttiva non stabilisce una gerarchia fra le varie tipologie di interessi oggetto dell'attività pianificatoria. Apparen-

¹³ *Ivi*, p. 101: «Per garantire, come richiesto dal diritto europeo, che il piano di gestione sia un piano integrato, intersettoriale, globale, capace di coordinare le diverse politiche, è necessario che si tratti di un piano sovraordinato rispetto a tutti gli altri strumenti pianificatori che intervengano sul medesimo ambito applicativo. Il carattere sovraordinato del piano di gestione dello spazio marittimo appare una condizione essenziale perché possa dirsi correttamente recepita la direttiva, la cui *ratio* è appunto quella che gli Stati membri adottino una pianificazione dello spazio marittimo capace di dare chiarezza e certezza per gli operatori economici attraverso il coordinamento di diversi atti amministrativi di regolazione delle attività in mare. Il piano di gestione dello spazio marittimo ha, quindi, la natura di "superpiano"».

¹⁴ N. CARNIMEO, F. CORONA, *op. cit.*, p. 16, secondo i quali: «Ciò detto, fra i principi di tipo procedurale, un ruolo di primo piano è ricoperto senz'altro dalla cooperazione fra Stati, che sul piano giuridico si estrinseca in primo luogo nella conclusione e nell'attuazione di accordi internazionali per la tutela dell'ambiente. L'importanza del ruolo ricoperto dalla cooperazione internazionale va riconosciuta non tanto e solo in virtù del carattere transfrontaliero che le questioni attinenti alla pianificazione dello spazio marittimo tendono ad assumere, ma anche (e soprattutto) perché il principio in parola costituisce uno dei capisaldi originari del diritto internazionale della protezione del mare».

temente, gli Stati membri sarebbero liberi di valutare, in piena autonomia, quale sia l'uso prevalente di una determinata zona del mare, in funzione sia delle caratteristiche morfologiche della stessa, sia delle esigenze delle comunità locali, sia di considerazioni di tipo economico o sociale. Tale ripartizione tra i vari usi può avvenire sia in funzione spaziale, sia in ragione di fattori temporali, ripartendo in funzione del susseguirsi delle stagioni e delle esigenze di ciascun periodo dell'anno: in via esemplificativa, una zona utilizzata per la riproduzione delle specie ittiche potrebbe anche venire utilizzata per il trasporto superficiale, una volta che la stagione riproduttiva si sia conclusa; oppure per svolgere ricerche scientifiche e magari seguire le migrazioni delle nuove specie. Così come nulla vieta che una zona utilizzata per l'estrazione delle materie prime venga utilizzata anche per la produzione di energia eolica, in funzione dell'alternanza delle stagioni e della frequenza dei venti in quel tratto marino.

Vi sono, quindi, una pluralità di interessi ed una serie assai diversificata di modalità di composizione degli stessi. Al riguardo, è opportuno porre in luce che l'art. 5 della direttiva non prevede, nella formulazione letterale, alcun ordine gerarchico tra le categorie di interessi coinvolte nella pianificazione. Ai sensi di questa disposizione, infatti, «gli Stati membri tengono in considerazione gli aspetti *economici, sociali e ambientali* al fine di sostenere uno sviluppo e una crescita sostenibili nel settore marittimo, applicando un approccio *ecosistemico*, e di promuovere la coesistenza delle pertinenti attività e dei pertinenti usi».

L'unica prescrizione legislativa è, pertanto, che i diversi interessi debbano essere contemporaneamente perseguiti attraverso un approccio «ecosistemico»¹⁵. Al di là di questa previsione, tuttavia, non sembra

¹⁵ L'approccio ecosistemico è composto di dodici principi ed è stato enunciato, per la prima volta, in occasione della seconda riunione degli Stati parte, che si svolse a Jakarta nel 1995. Lo stesso, tuttavia, è stato definito con precisione solo nel 2000, nel corso della quinta Conferenza delle Parti (COP 5) della Convenzione sulla diversità biologica (decisione V/10), nel corso della quale venne adottata la seguente definizione: «1. The ecosystem approach is a strategy for the integrated management of land, water and living resources that promotes conservation and sustainable use in an equitable way. Thus, the application of the ecosystem approach will help to reach a balance of the three objectives of the Convention: conservation; sustainable use; and the fair and equitable sharing of the benefits arising out of the utilization of genetic re-

che il testo normativo fornisca indicazioni utili. Né, d'altro canto, potrebbe attribuirsi rilievo all'ordine con il quale i predetti interessi vengono elencati. Seppure è evidente che, nella formulazione dell'art. 5, gli interessi economici precedono quelli sociali ed ambientali, in altre disposizioni, gli aspetti ambientali precedono le ulteriori tipologie¹⁶. In sintesi, il testo normativo non fornisce alcun ausilio interpretativo circa le modalità di composizione degli interessi.

L'unica prescrizione effettiva è, appunto, che gli Stati membri debbano adottare un approccio ecosistemico, nel quale tutti gli interessi coinvolti devono essere adeguatamente tenuti presenti. Ovviamente concordiamo con la necessità di un approccio complessivo ed armonioso tra i vari interessi suscettibili di incidere sulla pianificazione dello spazio marittimo. Ma questa affermazione non risolve il dubbio su quale tra le varie tipologie di interessi debba in astratto prevalere o, perlomeno, assumere carattere trasversale, nel senso di influenzare l'intera attività pianificatoria.

Pure nel silenzio della direttiva sul punto, vi sono vari indizi che inducono a privilegiare gli interessi ambientali, eventualmente anche a scapito di quelli economici e sociali, quando essi non siano tra di loro compatibili e allorché non sia possibile pervenire ad uno sfruttamento

sources». Poi tale principio è stato oggetto di successive specificazioni nel corso della COP 6 (decisione VI/12, par. 2 e decisione VI/22, par. 19) ed è stato, quindi, indicato come un assetto prioritario dalla COP 7 (decisione VII/11). Con riferimento al tema oggetto di questo scritto, l'approccio ecosistemico implica «considerare l'ambiente marino in tutte le sue componenti (le acque, le coste, il litorale, le isole, la biodiversità marina ecc.) in maniera unitaria». V. Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *CBD Guidelines, The Ecosystem Approach*, Montreal, 2004; in dottrina v.: A. FODELLA, *Il vertice di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile*, in *RGA*, 2003, p. 385 ss.; B. BOHMAN, *Legal Design for Social-Ecological Resilience*, Cambridge, 2021; V. CARONE, *Il ripristino ecosistemico nell'ordinamento europeo. Profili giuridici ed economico-finanziari del Regolamento (UE) 2024/1991*, in *DPCE*, n. 2, 2025, p. 271 ss. Tutte le decisioni delle COP menzionate in questa nota sono consultabili sul sito della CBD (www.cbd.int/decisions/cop).

¹⁶ Così è, ad esempio, nella formulazione del considerando 16, dell'art. 3, della direttiva («pianificazione dello spazio marittimo», un processo mediante il quale le pertinenti autorità dello Stato membro analizzano e organizzano le attività umane nelle zone marine al fine di conseguire obiettivi *ecologici, economici e sociali*»), dell'art. 6 («gli Stati membri: ... b) tengono conto degli aspetti *ambientali, economici e sociali*»).

degli spazi marini in maniera rispettosa dei principi dello sviluppo sostenibile¹⁷.

A favore di una maggiore rilevanza degli aspetti ambientali depone, innanzitutto, la base giuridica della direttiva. Questa contiene, infatti, dei riferimenti compositi, che pongono, sullo stesso piano, una serie alquanto eterogenea di politiche europee: «visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'articolo 43, paragrafo 2, l'articolo 100, paragrafo 2, l'articolo 192, paragrafo 1, e l'articolo 194, paragrafo 2».

Quindi, la base giuridica comprende sia la politica agricola comune (art. 43 TFUE), sia i trasporti (100), sia l'ambiente (192), sia, infine l'energia (194). La base giuridica, pertanto, non contiene alcun riferimento al mercato interno e alle libertà costitutive di questo. Ne consegue, pertanto, che non tutti gli interessi economici sono posti sullo stesso piano, ma solo quelli strettamente connessi alla pesca, ai trasporti e alla produzione di energia.

In secondo luogo, depongono a favore di una maggiore rilevanza degli aspetti ambientali i considerando 13 e 14 della direttiva 2014/89, i quali, chiaramente antepongono la tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile agli altri aspetti della pianificazione marittima.

Queste previsioni, infatti, considerano l'obiettivo della preservazione dell'ambiente marino, quale viatico per altre tipologie di sfruttamento, quali la pesca, le attività turistiche e quelle ricreative¹⁸.

¹⁷ Per interessanti notazioni sulla rilevanza del principio dello sviluppo sostenibile nell'ordinamento dell'Unione europea, v. M. MONTINI, *L'azione esterna dell'Unione europea per l'attuazione dello sviluppo sostenibile*, Napoli, 2025, p. 73 ss.

¹⁸ Si riportano le parti rilevanti dei considerando menzionati nel testo. Considerando n. 13, direttiva 2014/89: «se si integrano nelle decisioni di pianificazione ecosistemi marini sani e i vari servizi da essi prestati, questi possono apportare considerevoli benefici in termini di produzione alimentare, attività ricreative e turistiche, mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici, controllo delle dinamiche della fascia costiera e prevenzione delle catastrofi»; considerando n. 14: «Al fine di promuovere la crescita sostenibile delle economie marittime, lo sviluppo sostenibile delle zone marine e l'utilizzo sostenibile delle risorse marine, è opportuno che la pianificazione dello spazio marittimo applichi l'approccio ecosistemico di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 2008/56/CE allo scopo di garantire che la pressione collettiva di tutte le attività sia mantenuta entro livelli compatibili con il conseguimento di un buono stato ecologico e che non sia compromessa la capacità degli ecosistemi marini di reagire ai

D'altro canto, le stesse disposizioni fanno chiaramente riferimento a taluni principi tipici della politica ambientale, quali il principio di precauzione e a quello di prevenzione¹⁹. Quindi, sempre a favore di una prevalenza dei principi propri della politica ambientale depone la circostanza che la direttiva in esame mira a dare attuazione alla direttiva 2008/56, che costituisce un elemento fondamentale per l'attuazione della politica marittima integrata. La direttiva da ultimo citata ha, infatti, lo scopo di istituire un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente. Essa si fonda solo sull'art. 175 del Trattato CE (ora art. 192 TFUE), in materia di tutela dell'ambiente. La direttiva di base costituisce un pilastro nel quadro della politica marittima integrata dell'Unione europea²⁰. Essa prevedeva che gli Stati membri, entro un determinato periodo di tempo (ormai trascorso), procedessero ad effettuare una ricognizione dell'assetto ecologico dei mari sui quali esercitavano i propri poteri sovrani, tenendo conto di una serie di parametri, definiti nell'allegato I alla direttiva, che comprendevano lo stato di conservazione della biodiversità, la quantità di specie non indigene introdotte dall'uomo, l'integrità dei fondi marini, la quantità e la tipologia degli agenti inquinanti. Una volta effettuata tale ricognizione gli Stati avrebbero poi dovuto procedere a proporre

cambiamenti causati dalle attività umane, contribuendo nel contempo all'uso sostenibile dei beni e dei servizi marini da parte delle generazioni presenti e future».

¹⁹ Considerando n. 14.

²⁰ La politica marittima integrata è stata lanciata dalla Commissione europea con una comunicazione, nel corso del 2007 (comunicazione della Commissione, del 10 ottobre 2007, Una politica marittima integrata per l'Unione europea {COM(2007) 574 definitivo} {SEC(2007) 1278} {SEC(2007) 1279} {SEC(2007) 1280} {SEC(2007) 1283}, COM(2007) 575 definitivo). Essa mira a «a favorire lo sviluppo sostenibile di tutte le attività marittime e le regioni costiere migliorando il coordinamento delle politiche che interessano gli oceani, i mari, le isole, le regioni costiere e ultraperiferiche e i settori marittimi e sviluppando strumenti trasversali» (v. il sito www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/121/politica-marittima-integrata-dell-unione-europea). Gli obiettivi della politica marittima integrata sono alquanto eterogenei, ma nella sostanza mirano a favorire lo sviluppo economico delle regioni costiere e insulari, mantenendo al contempo un ambiente sostenibile. In dottrina, v. gli scritti raccolti nella parte II del volume L. CARBALLO PIÑEIRO (coord.), *Retos presentes y futuros de la Política Marítima Integrada de la Unión Europea*, Spagna, 2017.

una serie esaustiva di traguardi ambientali, conseguibili entro un ristretto arco temporale.

In sintesi, i riferimenti testuali sono piuttosto convergenti nel senso che la tutela dell'ambiente debba perlomeno assumere un carattere trasversale nel contesto della pianificazione. Gli obiettivi ambientali - ed in particolare quelli posti a base dello sviluppo sostenibile - devono quindi caratterizzare ogni attività umana (inclusi i trasporti, la pesca, le attività turistiche) che trovi collocazione nella gestione di un determinato spazio marittimo.

Sempre a favore di questa lettura, devono poi aggiungersi ulteriori dati desumibili dall'ordinamento sovranazionale complessivamente considerato e dall'ordinamento internazionale.

Per quanto concerne il primo, è evidente che l'ordinamento dell'Unione europea si sia evoluto verso una tutela sempre più elevata dell'ambiente: più precisamente, rispetto alla direttiva del 2014 sulla pianificazione dello spazio marittimo, il legislatore europeo ha indirizzato i propri sforzi, più che alla protezione dell'ambiente in sé, soprattutto verso la lotta ai cambiamenti climatici. Verosimilmente questa svolta è avvenuta con la ratifica dell'Accordo di Parigi²¹ e si è successivamente consolidata con l'adozione del c.d. *Green Deal*²². In effetti, in

²¹ Decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici.

²² Il *Green Deal* è una strategia, lanciata dalla Commissione europea nel corso del 2019, con la quale l'esecutivo europeo mira ad elaborare proposte normative per raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica nel 2050 (comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final). In dottrina, v., anche per ulteriori riferimenti, M. C. CARTA, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *EJ*, n. 4, 2020, p. 54 ss.; A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *RQDA*, 2021, p. 4 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *DP*, 2021, p. 415 ss.; S. PALEARI, *The Impact of the European Green Deal on EU Environmental Policy*, in *The Journal of Environment & Development*, 2022, p. 196 ss.; D. BEVILACQUA, *La normativa europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *RTDP*, 2022, p. 297 ss.; E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *CMLR*, 2022, p. 19 ss.; C. PESCE, *La dimensione esterna del Green Deal: profili attuativi ed evolutivi*, in *SIE*, 2022, p. 529 ss.; A. FESTA, *Ver-*

molteplici documenti successivi all'adozione di tale programma, le istituzioni europee hanno considerato la c.d. *blue economy*, quale un motore di sviluppo economico e quale strumento di attuazione del predetto programma ecologico²³. La stessa concezione di un'economia del mare non può infatti prescindere dalla preservazione dell'ambiente marino, il quale non può essere considerato, come in passato, alla stregua di un serbatoio di risorse illimitate²⁴. Il mare deve essere tutelato, sia per salvaguardare l'ambiente e l'aria circostante, ma anche per consentirne uno sfruttamento effettivo pure in senso economico.

Già nella comunicazione della Commissione del 2019, con la quale venne appunto lanciato il programma in questione, si individuavano lo sfruttamento dei trasporti marittimi e la politica comune agricola e della pesca, come strumenti per il raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica. La stessa comunicazione, infatti, poneva in luce come la pianificazione degli spazi marittimi e lo sviluppo delle energie rinnovabili *offshore* fossero degli strumenti per la lotta ai cambiamenti climatici²⁵. In sintesi, la pianificazione degli spazi marittimi era consi-

so l'obiettivo climatico del 2030: su alcuni sviluppi attuativi del Green Deal europeo attraverso norme vincolanti. Il pacchetto "Fit for 55%", in *EJ*, n. 1, 2024, p. 117 ss.; M. E. HARRIS, *The Normative Values of the European Green Deal*, *ivi*, n. 2, 2024, p. 116 ss.

²³ La stessa Commissione europea, nel *press corner* nel quale diffondeva la notizia di avere inviato, in data 2 dicembre 2021, cinque lettere di messa in mora per la mancata attuazione della direttiva, affermava che: «La pianificazione dello spazio marittimo mira a organizzare le attività umane nelle zone marine in modo da conseguire vari obiettivi ecologici, economici e sociali. Tra questi figurano lo sviluppo di un'economia blu sostenibile, l'uso sostenibile delle risorse marine e la conservazione di ecosistemi marini sani e della biodiversità. La corretta attuazione della direttiva è fondamentale per conseguire tali obiettivi nel quadro del Green Deal europeo» (v. il sito: ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_21_6201).

²⁴ V. M. C. CARTA, *La Blue Economy dell'Unione europea: evoluzione e prospettive di un nuovo modello economico "circolare" green e blue oriented*, in *EJ*, n. 2, 2024, p. 475 ss., spec. p. 479, secondo la quale il mare non può più essere considerato «come bacini di risorse illimitate o, ancor peggio, alla stregua di depositi gratuiti di rifiuti».

²⁵ «La Commissione analizzerà le conclusioni della relazione speciale sugli oceani del gruppo di esperti internazionali sui cambiamenti climatici e proporrà misure da applicare al settore marittimo. Saranno incluse le modalità per gestire lo spazio marittimo in modo più sostenibile, in particolare per contribuire a sfruttare il potenziale in crescita delle energie rinnovabili offshore» (comunicazione della Commissione europea, *Il Green Deal europeo*, cit., pp. 15-16).

derata, fin dall'ideazione del *Green Deal*, un viatico per una crescita più sostenibile e per lo sviluppo di energie rinnovabili²⁶.

Questa idea di fondo viene poi ripresa in una comunicazione successiva, nella quale la Commissione individuava la sussistenza di uno stretto legame tra la conservazione della biodiversità e la lotta al cambiamento climatico. Nella specie, in una comunicazione del 2020, la Commissione europea afferma chiaramente che: «La crisi della biodiversità e la crisi climatica sono intrinsecamente legate. I cambiamenti climatici, attraverso siccità, inondazioni e incendi boschivi, accelerano la distruzione dell'ambiente naturale, che a sua volta, insieme all'uso non sostenibile della natura, è uno dei fattori alla base dei cambiamenti climatici. Tuttavia, se le crisi sono legate, lo sono anche le soluzioni. È la natura, alleato vitale nella lotta ai cambiamenti climatici, che regola il clima, e le soluzioni basate su di essa - come la protezione e il ripristino delle zone umide, delle torbiere e degli ecosistemi costieri, o la *gestione sostenibile di zone marine* [...] saranno determinanti per la riduzione delle emissioni e l'adattamento ai cambiamenti climatici»²⁷.

In linea con questa impostazione, poi, la Commissione individuava la creazione, entro il 2030, del 30% delle aree marine protette per raggiungere l'obiettivo di un'adeguata conservazione dell'habitat naturale²⁸. In quest'ambito, la pianificazione spaziale marittima è chiaramente

²⁶ V. J. M. SOBRINO HEREDIA, *La Política Marítima Integrada se tiñe de verde: la dimensión oceánica del Pacto Verde Europeo*, in F. PROL FERNÁNDEZ (coord.), *Pesca marítima y crecimiento sostenible: análisis en clave jurídica*, Barcelona, 2021, p. 21 ss.; M. C. CARTA, *The Role of a Climate-Neutral and Sustainable Blue Economy in the Context of the Challenges of the European Green Deal*, in S. VEZZANI, M. C. CARTA (eds.), *International and European Union Law in the Face of Climate Change*, Torino, 2024, p. 69 ss., spec. p. 75 ss.

²⁷ Corsivo aggiunto.

²⁸ Comunicazione della Commissione, del 20 maggio 2020, Strategia dell'Ue sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita, COM/2020/380 final, p. 6: «Proteggere legalmente almeno il 30 % della superficie terrestre dell'UE e il 30 % dei suoi mari e integrare i corridoi ecologici in una vera e propria rete naturalistica transeuropea». L'obiettivo del 30% è stato inoltre approvato nel corso della COP XV, che si è svolta dal 7 al 19 dicembre 2022, a Montreal, in Canada (si tratta, nella specie, del Target 3; v. il sito www.cbd.int/gbf/targets/3). Tale obiettivo è stato poi recepito dall'art. 5 del regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2024, sul ripristino della natura e che modifica il regolamento (UE)

te concepita come uno strumento per raggiungere l'obiettivo della conservazione della biodiversità e quale mezzo per la lotta ai cambiamenti climatici²⁹.

Ancor più chiaramente, poi, in una comunicazione del 2021, la Commissione collega gli obiettivi del *Green Deal* con lo sviluppo della c.d. *blue economy*, sul presupposto che solo un'economia del mare orientata verso la decarbonizzazione e la riduzione delle emissioni antropiche, possa creare le opportunità per sfruttare gli spazi marini anche a fini economici³⁰.

D'altro canto, nella stessa relazione sull'attuazione della direttiva 89/2014 sulla pianificazione dello spazio marittimo, nel corso del 2022, la Commissione riconosceva che: «La pianificazione dello spazio marittimo è uno strumento essenziale per conseguire gli obiettivi di buono stato ecologico previsti dalla direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino per le acque dell'UE e contribuire a preservare la biodiversità»³¹.

In questo contesto, gli atti normativi che sono stati adottati dal legislatore sovranazionale, quali, in particolare la c.d. legge sul clima³², le

2022/869 (c.d. *Nature Restoration Law*) ed è divenuto, pertanto, vincolante per gli Stati membri.

²⁹ COM/2020/380 final, cit.

³⁰ Comunicazione della Commissione, del 17 maggio 2021, Un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE. Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile, COM(2021) 240 final, par. 2.1: «Un'economia blu sostenibile offre numerose soluzioni per conseguire gli obiettivi del Green Deal europeo. È necessaria una riduzione delle emissioni di carbonio in molte delle attività in corso e focalizzare al contempo l'attenzione su nuove attività neutrali dal punto di vista delle emissioni di carbonio. L'economia blu può contribuire alla neutralità in termini di emissioni di carbonio attraverso lo sviluppo di energie rinnovabili prodotte in mare (offshore) e rendendo più ecologici i trasporti marittimi e i porti».

³¹ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio che illustra i progressi compiuti nell'attuazione della direttiva 2014/89/UE che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo, 11 maggio 2022, COM(2022) 185 final, p. 17.

³² Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»). Come è noto, detto regolamento stabilisce in capo agli Stati membri degli obiettivi di riduzione delle emissioni climalteranti molto ambi-

modifiche apportate alla direttiva sulle energie rinnovabili nel corso del 2024³³ e, infine, il regolamento sul ristoro della natura³⁴ devono essere considerati quali elementi normativi che contribuiscono a caratterizzare in senso fortemente protezionistico dell'ambiente tutto l'ordinamento dell'Unione europea³⁵.

Da ultimo, propende nel senso di una lettura orientata nel senso di attribuire prevalenza agli obiettivi ambientali il riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, contenuto in varie disposizioni del testo normativo³⁶.

Si è infatti già detto come il riferimento al sistema UNCLOS rappresenti un elemento imprescindibile in questa materia. Esso costituisce il quadro giuridico nel quale collocare ogni attività pianificatoria degli Stati membri.

Il sistema UNCLOS, tuttavia, alla stregua di altre fonti internazionali pattizie, specie se multilaterali, deve letto alla luce del sistema al quale appartiene³⁷. Ovvero, tenendo conto della prospettiva evolutiva

ziosi (verosimilmente più estesi di quelli richiesti dall'Accordo di Parigi): del 55% entro il 2030 e della c.d. neutralità climatica entro il 2050.

³³ Direttiva (UE) 2024/1711 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che modifica le direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 per quanto riguarda il miglioramento dell'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione.

³⁴ Regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento europeo e del Consiglio, cit. Il legame tra la c.d. *Nature Restoration Law* e la lotta ai cambiamenti climatici e la tutela della biodiversità emerge chiaramente dal considerando 1: «È necessario stabilire a livello dell'Unione norme sul ripristino degli ecosistemi al fine di garantire il recupero di una natura ricca di biodiversità e resilienza in tutto il territorio dell'Unione. Il ripristino degli ecosistemi contribuisce inoltre agli obiettivi dell'Unione in materia di mitigazione dei cambiamenti climatici e di adattamento ai medesimi».

³⁵ La centralità del Green Deal, quale strumento di riduzione delle emissioni climateranti, è stata, da ultimo, ribadita anche dalla Presidente von der Leyen nel *Discorso sullo stato dell'Unione*, 10 settembre 2025, p. 12 (il discorso è consultabile al sito:

ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/it/speech_25_2053/SPEECH_25_2053_EN.pdf).

³⁶ Così anche N. CARNIMEO, *op. cit.*, p. 245, secondo il quale: «La Convenzione di Montego Bay può costituire una solida base giuridica per la PSM, soprattutto per le finalità ambientali».

³⁷ L'interpretazione evolutiva, anche se non è espressamente riconosciuta quale metodo autonomo nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, è am-

dello stesso. In altri termini, il sistema va verosimilmente accolto nella sua interezza, ivi incluso il meccanismo deputato per la sua interpretazione.

Come è noto, la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare dispone di un proprio Tribunale, che è l'organo competente ad interpretarne le disposizioni. In tale ambito, la giurisprudenza del Tribunale costituisce il diritto vivente al quale fare riferimento per leggere la Convenzione ed attualizzare la stessa alle esigenze emerse successivamente alla sua negoziazione.

Il Tribunale del diritto del mare, già in diverse occasioni, aveva letto in maniera evolutiva gli obblighi discendenti dagli articoli 192 e 193 della Convenzione sul diritto del mare. Dette disposizioni, inserite all'interno della parte XII della Convenzione, dedicata, per l'appunto, alla conservazione dell'ambiente marino, sono state lette in modo da attribuire un rilievo prioritario, rispetto ad altri usi del mare, alla tutela dell'ambiente³⁸.

Così, ad esempio, nel caso M/V Louisa, il Tribunale ebbe a dichiarare l'art. 192 della Convenzione «imposes an obligation on States to

messa nel diritto internazionale generale ed è sovente praticata da varie giurisdizioni internazionali (v. P. M. DUPUY, *Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 124 ss.; R. K. GARDINER, *Treaty Interpretation*, II ed., Oxford, 2015, spec. p. 251 ss.; L. ACCONCIAMESSA, *L'efficacia inter-temporale dell'interpretazione evolutiva dei trattati sui diritti umani*, in *RDI*, 2025, p. 429 ss.). Tale metodo è utilizzato con una certa frequenza dalla Corte internazionale di giustizia, spesso proprio per tenere conto delle sopravvenute esigenze ambientali (v. la sentenza 25 settembre 1997, Ungheria/Slovacchia - caso *Gabčíkovo-Nagymaros*). La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea vi ha fatto riferimento, seppure in maniera molto sintetica, allorché ha dovuto fare applicazione, all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, di fonti internazionali pattizie (v. Corte giust. 17 giugno 2010, C-31/09, *Bolbol*, punto 48).

³⁸ Già in un risalente arresto, in via esemplificativa, il Tribunale aveva attribuito rilievo preminente all'obbligo di conservazione delle risorse viventi, quale strumento per la conservazione dell'ambiente marino: «...the conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment» (*Southern Bluefin Tuna - New Zealand/Japan; Australia/Japan*), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 295, par. 70).

protect and preserve the marine environment»³⁹. E ancora più chiaramente, in altra occasione, il Tribunale ha affermato che l'art. 193 della UNCLOS attribuisce il diritto agli Stati contraenti di sfruttare le risorse naturali, ma compatibilmente con il dovere di preservare l'ambiente marino⁴⁰.

In questo contesto, poi, particolare rilievo occorre assegnare al parere reso dal Tribunale in materia di obblighi climatici. In detto parere, come è noto, il Tribunale ha considerato che gli Stati contraenti sono soggetti ad un'obbligazione di *due diligence* di ridurre le fonti di inquinamento antropiche al fine di raggiungere l'obiettivo, fissato dall'Accordo di Parigi, del contenimento dell'aumento della temperatura terrestre entro 1,5 gradi⁴¹.

³⁹ Caso M/V "Louisa" (*Saint Vincent and the Grenadines/Kingdom of Spain*), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p. 70, par. 76.

⁴⁰ *Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire)*, Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 160, par. 70: «article 193 of the Convention provides that States have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and it also states that this right is to be exercised 'in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment'».

⁴¹ International Tribunal of the Sea, *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, caso n. 31, 21 maggio 2024, spec. par. 241: «Best available science informs that anthropogenic GHG emissions pose a high risk in terms of foreseeability and severity of harm to the marine environment. As noted above [...], the IPCC, in its 2023 Synthesis Report, concludes that "[r]isks and projected adverse impacts and related losses and damages from climate change escalate with every increment of global warming [...]" (2023 Synthesis Report, p. 14). There is also broad agreement within the scientific community that if global temperature increases exceed 1.5°C, severe consequences for the marine environment would ensue. In light of such information, the Tribunal considers that the standard of due diligence States must exercise in relation to marine pollution from anthropogenic GHG emissions needs to be stringent. However, its implementation may vary according to States' capabilities and available resources. Such implementation requires a State with greater capabilities and sufficient resources to do more than a State not so well placed. Nonetheless, implementing the obligation of due diligence requires even the latter State to do whatever it can in accordance with its capabilities and available resources to prevent, reduce and control marine pollution from anthropogenic GHG emissions».

Da ultimo, la stessa Corte internazionale di giustizia, nel parere sugli obblighi climatici degli Stati, ha affermato che gli Stati contraenti della Convenzione sul diritto del mare hanno «an obligation to adopt measures to protect and preserve the marine environment, including from the adverse effects of climate change»⁴². Secondo la Corte, infatti, tale obbligo discende direttamente dall'art. 194 della Convenzione UNCLOS di preservare l'ambiente marino: si tratta, quindi, di un obbligo di condotta, ma che gli Stati devono perseguire con tutti i mezzi a loro disposizione e che tale obbligo è stringente.

Nel corso di quest'anno, infine, l'Unione europea e diversi Stati membri hanno, poi, ratificato la Convenzione BBNJ (Biodiversity Beyond National Jurisdiction), che ha come scopo prevalente la conservazione della biodiversità e dell'ambiente marino nell'alto mare⁴³. Sotto questo profilo, la Convenzione costituisce un completamento della stessa Convenzione UNCLOS, nella misura in cui mira a fornire una regolamentazione di aspetti non disciplinati dalla Convenzione di Montego Bay. La Convenzione BBNJ ha appena conseguito il numero di ratifiche necessarie ed è pertanto prossima ad entrare in vigore⁴⁴. In questo contesto, la stessa decisione dell'Unione europea di parteciparvi rende manifesto l'interesse del legislatore sovranazionale e delle isti-

⁴² Corte internazionale di giustizia, parere 23 luglio 2025, *Obligations of States in Respect of Climate Change*, spec. parr. 247-249.

⁴³ Per l'Unione europea v. la decisione (UE) 2024/1830 del Consiglio, del 17 giugno 2024, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo, nel quadro della convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, relativo alla conservazione e all'uso sostenibile della biodiversità marina delle zone non soggette a giurisdizione nazionale. Oltre all'Unione, hanno depositato il proprio strumento di ratifica dodici Stati membri (tra i quali manca tuttora l'Italia). La Commissione europea, nel frattempo, ha presentato una proposta di direttiva con lo scopo di dare attuazione alla Convenzione BBNJ nell'ordinamento dell'Unione europea (COM(2025) 173 final, Bruxelles, 24.4.2025).

⁴⁴ La Convenzione è aperta alla firma fino al 20 settembre 2025. Essa entrerà in vigore il 120° giorno successivo al deposito del sessantesimo strumento di ratifica: la sessantesima ratifica è stata quella del Marocco, che è avvenuta in data 19 settembre 2025. Attualmente le ratifiche sono settantacinque (per l'aggiornamento costante dello stato delle ratifiche v. il sito: https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?chapter=21&clang=_en&mtdsg_no=XXI-10&src=TREATY).

tuzioni europee di adottare strumenti effettivi di protezione della biodiversità e, ove possibile, di agire quale attore sul piano delle relazioni internazionali per promuovere i predetti valori⁴⁵.

A questo punto possiamo trarre le fila del discorso. Nonostante il fatto che l'elencazione degli obiettivi da perseguire attraverso la pianificazione spaziale marittima sia formulato in maniera apparentemente neutrale, ponendo sullo stesso piano tanto gli obiettivi economici, quanto quelli sociali e quelli ambientali, diversi elementi testuali e sistematici inducono a concludere che la tutela dell'ambiente marino debba assumere carattere di priorità nel contesto dell'attività di pianificazione. Militano, infatti, in tal senso, la base giuridica adottata, l'evoluzione dell'ordinamento sovranazionale e, infine, la stessa interpretazione evolutiva del testo internazionale che costituisce la cornice all'interno della quale si deve localizzare qualunque attività pianificatoria degli Stati membri, ovvero la Convenzione UNCLOS. Tutti questi indizi ci spingono a considerare la tutela ambientale in maniera privilegiata nel contesto dell'attività di pianificazione dello spazio marittimo, nel senso che la stessa costituisce una sorta di obiettivo trasversale ovvero di portata tale da caratterizzare qualunque uso alternativi del mare. Sia per ragioni giuridiche, ma anche, in definitiva, per ragioni empiriche: perché solo la conservazione del mare in buono stato consente di sfruttare lo specchio d'acqua anche ad altre finalità - quali la

⁴⁵ Non ci sembra, tuttavia, che possano assumere autonomo rilievo, nella definizione dei piani nazionali predisposti ai sensi della direttiva 2014/89, anche i principi enunciati dalla Convenzione BBNJ. Questa conclusione si impone per una serie di ragioni. In primo luogo, perché non tutti gli Stati membri l'hanno ratificata e, in linea di principio, sembra da escludere che tutte le disposizioni di detto strumento corrispondano all'assetto del diritto consuetudinario in materia: la Convenzione, pertanto, ai sensi dell'art. 216, par. 2, TFUE, produrrà effetto solo sul piano dell'ordinamento dell'Unione europea, nei limiti delle competenze attribuite. In secondo luogo, perché la stessa attività pianificatoria ha ad oggetto le aree che sono soggette alla giurisdizione di uno Stato membro (art. 2, par. 1, dir. 89/2014). La Convenzione BBNJ, al contrario, si occupa esclusivamente della conservazione della biodiversità e dell'ambiente marino nell'alto mare (art. 2 della Convenzione). In dottrina v. gli scritti raccolti nel volume a cura di G. M. FARNELLI, *Biodiversità e mare: il traguardo dell'Accordo BBNJ*, Bologna, 2024; M. BUCCARELLA, *Il Trattato sull'alto mare e l'impegno della comunità internazionale e dell'Unione europea per l'emergenza oceani. Dal mare liberum al mare nostrum?*, in *Rivistapolitica.eu*, 2024, p. 279 ss.

pesca, l'acquacoltura e le attività turistico-ricreative - e di sviluppare l'economia ed il benessere delle popolazioni situate lungo le coste o in stretto collegamento con le stesse.

Tra i vari obiettivi ambientali, sono poi soprattutto gli obiettivi della lotta al cambiamento climatico e quelli della conservazione della biodiversità che assumono carattere prevalente. Anche se tali finalità non emergono chiaramente dalla formulazione della direttiva, la stessa evoluzione dell'ordinamento sovranazionale e delle fonti internazionali rilevanti, impongono all'interprete di leggere gli obblighi discendenti dalla direttiva del 2014 alla luce di un'interpretazione evolutiva e della crescente attenzione del diritto internazionale ed europeo verso gli obiettivi della conservazione della biodiversità e della lotta al cambiamento climatico⁴⁶.

Ovviamente, la prevalenza di detti obiettivi non implica che questi debbano costantemente prevalere a scapito di tutti gli altri usi alternativi del mare. Molto più semplicemente, la lettura ermeneutica proposta implica che questi due obiettivi presentino una sorta di valenza orizzontale; ovvero che gli stessi debbano essere comunque tenuti presenti, anche quando si perseguono obiettivi economici e sociali. In altri termini, che ogni qual volta le autorità propendano per un uso spaziale e temporale di segno prevalentemente economico, debbano necessariamente valutare l'impatto che queste producono sulla conservazione della biodiversità e sul cambiamento climatico e, nei limiti del possibile, fare quanto in loro potere per attenuare tale impatto.

Ciò posto, possiamo passare a vedere quale è stata l'attuazione della direttiva da parte dell'Italia.

4. *L'attuazione della direttiva in Italia*

Se quanto abbiamo detto nel precedente paragrafo è corretto, è agevole constatare che l'attuazione da parte dell'Italia, non sembra avere tenuto sempre in debita considerazione le esigenze ambientali.

⁴⁶ Giustamente si parla, a tale proposito, di "climatizzazione" del diritto internazionale (v. O. FERACI, *Contenzioso climatico e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2025, p. 22 s.).

Più precisamente, la tutela dell'ambiente è ovviamente presente; ma questa, nell'attuazione italiana, non assume quella caratura trasversale che dovrebbe caratterizzare tutte le politiche che incidono sullo sfruttamento del mare e che, conseguentemente, rientrano nel complesso delle attività pianificatoria. La protezione dell'ambiente marino è, infatti, considerata alla stregua di uno degli obiettivi della pianificazione, ma apparentemente non si pone in posizione sovraordinata rispetto agli altri.

Come si è rilevato, l'Italia ha dato attuazione alla direttiva in più riprese. Innanzitutto, il primo recepimento della direttiva avvenne con il d.lgs. 201/2016. In detta occasione, il legislatore designò quale Autorità competente il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, al quale vennero affidati una pluralità di compiti, che spaziavano dalla ricognizione dello stato iniziale dei mari, all'invio dei piani di gestione alla Commissione europea e agli altri Stati membri, ai contatti con il Parlamento nazionale. Inoltre, con il medesimo provvedimento legislativo venne istituito il Tavolo interministeriale di coordinamento, composto da rappresentanti provenienti dalle amministrazioni centrali coinvolte e dalla Conferenza delle Regioni, che si doveva occupare di elaborare le linee guida, necessarie per orientare le amministrazioni nell'individuazione degli interessi perseguibili e nella predisposizione dei piani.

Il decreto legislativo del 2016, al riguardo, poneva in adeguato rilievo gli interessi ambientali, i quali si presentavano, correttamente, come un obiettivo trasversale. L'art. 4, del d.lgs. 201/2016, infatti, prevedeva espressamente che: «La pianificazione dello spazio marittimo intende contribuire allo sviluppo sostenibile dei settori energetici del mare, dei trasporti marittimi, della pesca e dell'acquacoltura, per la conservazione, la tutela e il miglioramento dell'ambiente, compresa la resilienza all'impatto del cambiamento climatico, promuovendo e garantendo la coesistenza delle pertinenti attività e dei pertinenti usi». Quindi detta disposizione, sulla falsariga della direttiva, correttamente poneva lo sviluppo sostenibile e la resilienza al cambiamento climatico, quali obiettivi da perseguire congiuntamente agli altri usi del mare.

Tale approccio era tuttavia smentito da altra disposizione, che, al contrario non prevedeva alcuna specifica attenzione per la tutela dell'ambiente marino: nella specie, l'art. 6, primo comma, del d.lgs.

201/2016 conteneva un lungo elenco di attività - che comprendevano la pesca, l'acquacoltura, i trasporti, le infrastrutture, l'estrazione di materie prime - rispetto alle quali, come unico strumento di tutela ambientale, si prevedeva l'istituzione dei «siti di conservazione della natura e di specie naturali e zone protette».

In altri termini, mancava, nello stesso strumento legislativo, la previsione di attività dirette specificamente alla tutela dell'ambiente marino. Si assiste piuttosto ad un vero e proprio rovesciamento di prospettiva rispetto all'impostazione desumibile dalla direttiva. Il legislatore nazionale si preoccupa, infatti, di stabilire quali siano le attività che risultano più vantaggiose per lo sfruttamento economico del mare, ponendo la tutela dell'ambiente marino solo alla stregua di uno degli elementi da prendere in considerazione, ma quasi in un momento successivo rispetto all'individuazione dell'uso prioritario di un dato tratto di mare.

Le linee guida del 2017 seguono, in definitiva, il medesimo approccio. Le linee guida, di fatto, non contengono un ordine di priorità degli interessi coinvolti.

Il punto 3 delle linee guida, infatti poneva, sullo stesso piano, interessi estremamente eterogenei, nell'ambito dei quali, quelli ambientali, apparivano chiaramente recessivi, sia per collocazione all'interno della lista, sia per mancanza di specificità rispetto agli obiettivi economici.

Si può, infatti, leggere in questa disposizione che: «I piani di gestione dello spazio marittimo, nell'indicazione degli obiettivi sopra richiamati, mireranno a sviluppare proposte, direttive e raccomandazioni per un processo operativo e transfrontaliero di pianificazione marittima che:

- a) permetta lo sviluppo di diverse attività marittime [...];
- b) aumenti la fiducia per investimenti in infrastrutture e in altre attività economiche [...]. Ciò contribuirà a rafforzare lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili e delle relative reti, istituire zone marine protette e agevolare gli investimenti nel petrolio e nel gas;
- c) accresca il coordinamento tra le amministrazioni [...];
- d) promuova un'effettiva cooperazione transfrontaliera;
- e) accresca la coerenza tra la pianificazione dello spazio marino e terrestre [...];

f) favorisca lo sviluppo sostenibile dell'acquacoltura tenendo in considerazione le zone prioritarie per l'acquacoltura (AZA);

g) contribuisca ad un nuovo approccio nella gestione della pesca riconoscendone allo stesso tempo la valenza socioeconomica e culturale;

h) protegga l'ambiente tramite l'individuazione precoce dell'impatto e delle opportunità per un uso polivalente dello spazio;

i) promuova forme di fruizione turistica sostenibile [...];

j) promuova la qualità progettuale degli interventi di ampliamento e/o adeguamento delle aree portuali [...];

k) promuova la gestione integrata dei bacini idrografici e delle aree costiere quale presupposto essenziale per il contrasto dei fenomeni di erosione degli arenili;

l) salvaguardi e valorizzi il patrimonio archeologico sommerso [...] e paesaggistico delle fasce costiere, anche ai fini di una offerta turistica di qualità [...]»⁴⁷.

In sintesi, la tutela dell'ambiente appare solo in ottava posizione, insieme ad una serie alquanto eterogenea di interessi, in genere connotati da finalità prevalentemente economiche. A ciò si aggiunga che gli interessi ambientali sono presi in considerazione, dal legislatore, nel loro insieme, senza attribuire alcuna prevalenza a quelli climatici e di conservazione della biodiversità.

Tale assetto, un po' confusionario, diretto a non porre effettivamente in luce le esigenze dello sviluppo sostenibile, della lotta al cambiamento climatico e della conservazione della biodiversità, appare in realtà parzialmente superato nei singoli piani. In relazione a tale aspetto, i piani affermano chiaramente che vi sono alcuni obiettivi a carattere trasversale e sovraordinati rispetto agli altri: tali sarebbero, per l'appunto, lo sviluppo sostenibile, la protezione dell'ambiente e la conservazione delle risorse naturali⁴⁸. Tuttavia, al di là di questa afferma-

⁴⁷ Corsivo aggiunto.

⁴⁸ «Le tematiche “Sviluppo sostenibile”, “Protezione ambiente e risorse naturali” e “Paesaggio e patrimonio culturale” rappresentano principi trasversali e sovraordinati a tutti gli obiettivi di Piano. Le tematiche “Protezione ambiente e risorse naturali” e “Paesaggio e patrimonio culturale” vengono considerate anche come specifici usi del mare ed in tal senso utilizzate nella Fase 4 di pianificazione» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani - Area Marittima “Adriatico”, Capitolo 5 – Fase 3, p. 6).

zione di principio, i singoli piani di gestione delle tre macroaree italiane, non sembrano offrire soluzioni concrete, direttamente intese a tutelare l'ambiente.

A dimostrazione di tale assunto, dobbiamo ora procedere a valutare la rilevanza degli obiettivi ambientali all'interno dei singoli piani di gestione degli spazi marini.

5. Segue: *le considerazioni ambientali nei piani di gestione delle aree marittime italiane*

Come si è riferito nell'introduzione, con il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 25 settembre 2024, sono stati approvati i piani di gestione delle tre aree marine italiane. Queste si identificano, rispettivamente, nell'area tirrenica, in quella ionica e, infine in quella adriatica.

Dal punto di vista della delimitazione territoriale vale la pena di porre in luce come l'Italia abbia scelto di ricomprendere nell'attività pianificatoria, oltre ovviamente al mare territoriale, anche la zona archeologica, la zona economica esclusiva e delle zone di protezione ecologica⁴⁹.

La zona archeologica è un tratto di mare di 24 miglia marine, coincidente con la zona contigua, all'interno della quale lo Stato costiero può esercitare poteri di pubblica sicurezza per la prevenzione del contrabbando di beni appartenenti al patrimonio storico, artistico, culturale ed eventualmente agire per il loro recupero⁵⁰.

⁴⁹ Nei piani approvati con il DM 237/2024, l'Italia si occupa anche della gestione del patrimonio culturale subacqueo. In maniera, tuttavia, dissonante rispetto all'assetto realizzato con il DM 237/2024, è attualmente in discussione davanti al Parlamento un disegno di legge per l'istituzione della c.d. "dimensione subacquea". Si tratta, per la verità, di una scelta alquanto criticabile, dal momento che tale zona non corrisponde ad alcuna delle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (v. in dottrina I. CARACCILO, *"Dimensione subacquea" nel DDL n. 1462 e Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982*, in corso di pubblicazione in *Club atlantico di Napoli, La dimensione subacquea*, Napoli, 2025).

⁵⁰ La zona archeologica (definizione utilizzata per la prima volta dal prof. Tullio Treves, nel corso dei lavori di stesura della Convenzione di Montego Bay: *La nona ses-*

L'Italia ha poi incluso, nei piani di gestione approvati, anche la zona economica esclusiva, istituita con l. 14/2001, anche se non ha ancora concluso gli opportuni accordi con tutti i paesi confinanti nel Mediterraneo⁵¹. In questo contesto, ovviamente, i piani di gestione italiani vincolano le autorità amministrative nostrane, ma non possono chiaramente produrre effetti giuridici per gli Stati terzi confinanti o frontisti che si trovino ad una distanza inferiore del limite massimo delle rispettive zone economiche esclusive⁵².

sione, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 63 ss.), discenderebbe dal combinato disposto dell'art. 33 della Convenzione sul diritto del mare (il quale prevede, per l'appunto, l'istituzione della zona contigua) e dell'art. 303, par. 2, che consente allo Stato di costiero di esercitare talune prerogative a tutela del proprio patrimonio culturale. V. M. J. AZNAR, *The Contiguous Zone as an Archaeological Maritime Zone*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2014, p. 1 ss.; M. R. CALAMITA, *La Convenzione UNESCO del 2001 sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, in E. BARONCINI (a cura di), *Il diritto internazionale e la protezione del patrimonio culturale mondiale*, Bologna, 2019, p. 157 ss., spec. p. 164; U. LEANZA, I. CARACCIOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parti speciali*, Torino, III ed., 2020, p. 237 ss.; C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 302

⁵¹ La necessità di concludere siffatti accordi di reciproca delimitazione, alla luce del carattere semichiuso del Mediterraneo, discende dagli articoli 74, 123 e 300 della UNCLOS, i quali prevedono che «gli Stati rivieraschi debbano risolvere in buona fede — eventualmente tramite organizzazioni internazionali regionali — i problemi di delimitazione tra le rispettive zone economiche esclusive, assumendo un approccio cooperativo e di reciproca comprensione» (v. A. LEANDRO, *Verso una zona economica esclusiva italiana*, in *RDI*, 2021, p. 1081 ss., spec. p. 1084; G. CATALDI, *La legge che autorizza la creazione di una ZEE italiana*, in A. CALIGIURI, I. PAPANICOLOPULU, L. SCHIANO DI PEPE, R. VIRZO (a cura di), *Italia e diritto del mare*, Napoli, 2023, p. 65 ss.).

⁵² M. ROVERSI MONACO, *op. cit.*, p. 97. L'Italia, finora, ha concluso un accordo di delimitazione con la Grecia, in data 9 giugno 2020 (reso esecutivo con l. 1° giugno 2021 n. 93, G.U. 24 giugno 2021 n. 149, p. 1 ss.) e con la Croazia (legge 15 maggio 2023, n. 62, Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Croazia sulla delimitazione delle zone economiche esclusive, fatto a Roma il 24 maggio 2022, in G.U., n. 129 del 5 giugno 2023). In dottrina v. I. PAPANICOLOPULU, *Prime osservazioni sull'accordo di delimitazione tra Grecia e Italia del 9 giugno 2020*, *SIDIBlog*, 18 giugno 2020; F. CAFFIO, *Quali confini per la nostra zona economica esclusiva*, in A. LEANDRO (a cura di), *La zona economica esclusiva italiana: ragioni, ambito, delimitazioni e sfide*, Bari, 2021, p. 75 ss.; M. MANCINI, *The Agreement between Greece and Italy on the Delimitation of Their Respective Maritime Zones: an Italian Perspec-*

Infine, l'Italia ha istituito delle zone di protezione ecologica, che si estendono oltre il limite del mare territoriale, che sono dedicate soprattutto alla protezione dall'inquinamento⁵³.

Per quanto concerne, più specificamente la struttura dei piani, questi si articolano in sei "fasi". Nella prima di queste vi è una sorta di mappatura delle zone marine e delle caratteristiche morfologiche delle stesse; nella seconda i piani provvedono all'analisi dell'interazione fra usi del mare e impatti che queste determinano sulle componenti ambientali; nella terza è stata effettuata la definizione degli obiettivi strategici⁵⁴. Nella quarta fase, i piani entrano nel vivo ed individuano le sub zone – all'interno di ciascuna delle tre macroaree nelle quali si suddividono i piani – per l'esercizio delle singole attività. Nella quinta fase, si prevede il monitoraggio dell'attuazione del piano. Infine, nella sesta e conclusiva fase, si stabiliscono le misure per il consolidamento, l'attuazione e l'aggiornamento dei Piani.

Fin dalla prima fase, ovvero quella della mappatura, i piani di gestione degli spazi marini prendono indubbiamente atto dei problemi indotti dal cambiamento climatico. In via esemplificativa, nel piano di gestione del Mare Adriatico – che, a causa della sua struttura morfologica chiusa, si presenta come maggiormente sensibile all'aumento della temperatura – si mette in rilievo che i fenomeni di inondazione e di

tive, in *IYIL*, 2020, p. 283 ss.

⁵³ «In conformità a quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite del diritto del mare nonché dall'accordo di applicazione della Parte XI della convenzione stessa fatto a New York il 29 luglio 1994, è stata promulgata la Legge 8 febbraio 2006, n. 61 (pubblicata sulla G.U. n. 52 del 03.03.2006) che ha previsto la istituzione di "Zone di Protezione Ecologica", oltre le 24 miglia marine dalle linee di base del mare territoriale italiano» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 3 – Fase 1, p. 11). La possibilità di estensione al di là del mare territoriale dipende da accordi conclusi con i paesi confinanti e/o frontisti.

⁵⁴ Per la precisione la terza fase è dedicata alla «definizione di obiettivi strategici e di una Visione che li esprima in modo integrato e proiettato verso il futuro è uno dei passaggi fondamentali del processo di costruzione dei Piani dello Spazio Marittimo (PSM) delle tre Aree Marittime. La Visione rappresenta allo stesso tempo la sintesi degli obiettivi strategici di Piano e una dichiarazione di riferimento per definire in maniera più puntuale gli obiettivi stessi che con il loro conseguimento consentono attuare la Visione» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 5 – Fase 3, p. 5).

aumento del livello del mare sono strettamente collegati ai cambiamenti climatici. Si può infatti leggere che: «(l)e caratteristiche morfologiche, idrodinamiche, geodinamiche e la pressione antropica delle piane costiere fanno di questi ambienti zone molto vulnerabili agli effetti delle mareggiate e dell'innalzamento del livello del mare legato cambiamenti climatici in atto. I sistemi litoranei, infatti, nell'ultimo secolo sono stati oggetto di un'intensa urbanizzazione che, oltre ad elevare il livello di vulnerabilità in queste aree, ha anche determinato l'abbattimento di ampi settori di dune costiere unico baluardo naturale all'ingressione marina. [...] Stante gli attuali valori di innalzamento del livello del mare a livello globale, che registrano un'accelerazione allarmante, pari a 3,4 mm l'anno solo negli ultimi due decenni, si sottolinea che, se non ci sarà un drastico cambio di rotta nelle emissioni dei gas a effetto serra, l'aumento atteso del livello del mare entro il 2100 modificherà irreversibilmente la morfologia attuale del territorio italiano, con una previsione di allagamento fino a 5.500 km² di pianura costiera, dove si concentra oltre la metà della popolazione italiana [...]. L'arretramento delle coste è forse il rischio costiero più monitorato, soprattutto per l'impatto che esso comporta all'economia turistica. L'erosione dei litorali, infatti, determina la riduzione degli spazi adibiti ad attività balneari e ricreative che, in alcune aree come lungo la costiera romagnola, rappresentano un contributo importato al PIL della regione»⁵⁵.

A leggere tali affermazioni, sembra agevole rilevare come anche la mappatura condotta nell'ambito della c.d. fase 1 della pianificazione, risulti, per certi versi, deludente: essa sembra infatti anteporre lo sfruttamento economico alla tutela dell'ambiente in sé, laddove afferma in maniera netta che l'arretramento delle coste apporterà un danno sensibile alle attività ricreative che si svolgono lungo le coste. Tanto è vero che, a fronte dei fenomeni di erosione della costa indotti dal cambiamento climatico, i piani propongono eminentemente delle misure di adattamento, come la creazione artificiale di scogliere ovvero degli apporti di sedimenti di spiagge sottomarine per recuperare il terreno

⁵⁵ I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 3 – Fase 1, p. 38-41.

portato via dalle mareggiate⁵⁶, mentre sono assai laconici riguardo alle eventuali attività di mitigazione⁵⁷.

Con riferimento alla fase due, dedicata all'individuazione degli usi specificamente praticabili in determinate tratte di mare, i piani individuano dodici diverse tipologie di attività, che comprendono, i trasporti marittimi, il turismo costiero, la produzione di energia elettrica, l'allocazione di cavi sottomarini, l'acquacoltura, la pesca, la protezione dell'ambiente attraverso la creazione di aree marine protette, la creazione di energia attraverso fonti alternative; la ricerca scientifica⁵⁸.

⁵⁶ I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 3 – Fase 1, rispettivamente, pp. 47 e 45.

⁵⁷ Mentre la "mitigazione" implica un intervento sulle cause che inducono il cambiamento climatico, l'"adattamento" richiede un intervento degli Stati per cercare di contenere gli effetti nocivi indotti dall'aumento della temperatura. In altri termini, se la mitigazione richiede un'azione di carattere preventivo, l'adattamento presuppone eminentemente un intervento di tipo "successivo", allorché le conseguenze del cambiamento climatico vengono avvertite. La distinzione tra mitigazione e adattamento era estremamente vaga ed indeterminata nel precedente Accordo di Kyoto, del 1997. In passato, infatti, l'attenzione del legislatore internazionale era focalizzata soprattutto sulle attività di mitigazione ovvero su quelle dirette a prevenire l'incremento della temperatura. Man mano che si constataba il fallimento dei sistemi di cooperazione internazionale posti in essere per contenere l'aumento della temperatura, l'attenzione dei redattori dei trattati sul clima si è progressivamente focalizzata anche sulle misure di adattamento. Al riguardo l'Accordo di Parigi è molto chiaro circa la necessaria coesistenza di due tipologie di misure (mitigazione e adattamento). Queste sono, infatti, previste in due disposizioni diverse (rispettivamente: art. 4, per la mitigazione; art. 7, per l'adattamento) e sono, pertanto, oggetto di obblighi di natura diversa. Su tale evoluzione normativa v. G. G. NUCERA, *Le misure di adattamento al cambiamento climatico tra obblighi internazionali e tutela dei diritti umani*, Torino, 2023, p. 125 ss. e p. 168 ss.

⁵⁸ In relazione a ciascuna tipologia di uso degli spazi marini, i redattori dei piani mirano ad individuare le coppie di usi compatibili, sia in funzione spaziale, sia in funzione di una ripartizione temporale: «Sono altresì individuate molteplici coppie di usi semi-compatibili, ovvero di usi che possono occupare lo stesso spazio marino senza creare significative interferenze o senza imporre reciproche limitazioni, anche in considerazione di misure spaziali e/o temporali. È il caso, ad esempio, del settore dei trasporti marittimi, semi-compatibile con le attività di pesca (sia pesca artigianale che pesca attuata mediante reti da traino) in quanto entrambe le attività hanno carattere mobile e l'interferenza è dunque limitata nel tempo. Semi-compatibili possono essere anche due usi, tra i quali si sviluppano sia forme di sinergia che di conflitto. Ancora con-

Come è agevole rilevare, sulla base dell'elenco ora riportato, non vi sono previsioni specificamente dedicate alla tutela dell'ambiente ed in particolare della biodiversità. L'unica previsione è l'individuazione di determinate zone – le Aree Marine Protette – nelle quali determinate attività (pesca a strascico, trasporti, estrazione di idrocarburi, inquinamento da rifiuti plastici, inquinamento sonoro o luminoso) non possono avere luogo a causa della diffusione o della riproduzione di determinate specie.

D'altro canto, si tratta di un obiettivo già stabilito a livello sovranazionale, dal momento che già fonti europee e internazionali, sia di *soft law*, sia vincolanti, prevedono la costituzione di aree protette per il 30% della superficie marittima⁵⁹. È difficile affermare, in astratto, se questa sia una misura sufficiente anche per tutelare la biodiversità e la neutralità climatica. Certamente sorprende che sia l'unico strumento specificamente previsto dal legislatore e che lo stesso sia collocato in una posizione piuttosto recessiva (è il nono obiettivo su dodici)⁶⁰. Inoltre, tali zone non vengono individuate nell'ambito dei piani predisposti: talune di queste sono già esistenti, mentre per le altre dovrà essere costituita un'apposita commissione di studio per procedere alla loro localizzazione⁶¹.

siderando il settore dei trasporti marittimi, si considera ad esempio semi-compatibilità con in turismo in quanto la presenza di un terminal crocieristico favorisce il turismo costiero e marittimo di quella regione portando un gran numero di visitatori, ma si possono creare delle conflittualità in termini di congestione del traffico e sovrapposizione con le infrastrutture turistiche» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 4 – Fase 2, p. 8).

⁵⁹ V. i riferimenti *supra*, nota 28.

⁶⁰ In senso critico, rispetto ad un'attuazione tardiva ed in definitiva non idonea a conseguire il risultato della protezione del 30% della superficie marittima, v. N. CAR-NIMEO, *op. cit.*, p. 297 ss.

⁶¹ Così, ad esempio, in relazione alle acque antistanti il Veneto, il piano prevede l'«Attivazione di un gruppo di lavoro regionale per l'identificazione di aree potenzialmente idonee al raggiungimento del target del 30% di aree soggette a misure di protezione (Strategia Europea per la Biodiversità) – di cui un terzo (10%) da sottoporre a stretta protezione - con particolare riferimento a potenziali aree dove istituire altre efficaci misure spaziali di protezione/conservazione della biodiversità (OECMs) differenti dalle aree protette» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 6 – Fase 4, p. 224, in relazione all'obiettivo "Raggiungere e man-

Veniamo ora agli aspetti specificamente dedicati al raggiungimento degli obiettivi della conservazione della biodiversità e del conseguimento della neutralità climatica. Sul punto, è opportuno distinguere le previsioni dei piani in materia di energia da quelle specificamente dedicate alla riduzione delle emissioni climalteranti.

Per quanto concerne la transizione energetica, i piani di gestione degli spazi marini identificano chiaramente le aree destinate all'estrazione delle materie prime, quali gas e risorse naturali. Tuttavia, a ciò provvedono in maniera indiretta, attraverso il rinvio ai piani specifici, i quali provvedono alla mappatura delle piattaforme esistenti per l'estrazione delle fonti fossili e all'istituzione delle nuove⁶².

In questo modo, l'attività di pianificazione dello spazio marittimo ha finito, sotto questo profilo, per non assolvere alla funzione per la quale essa era previsto: quella di costituire una sorta di "superpiano", all'interno del quale dovevano trovare spazio tutte le ulteriori attività gestorie. Al contrario, è lo stesso piano che rinvia, a propria volta, ad altri strumenti per il suo stesso completamento.

La medesima tecnica viene, d'altro canto, seguita anche per lo sfruttamento del mare per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Al riguardo, infatti, il piano rinvia ad ulteriori valutazioni, tanto la creazione dei parchi eolici off-shore⁶³, quanto il riuso delle

tenere gli obiettivi ambientali derivanti dalla direttiva quadro della strategia marina (MSFD) e dalla direttiva acque – Area A2 - Veneto (Dir. 2000/60/CE)".

⁶² Si tratta nella specie, del Piano Per La Transizione Energetica Sostenibile Delle Aree Idonee (PITESAI), redatto ai sensi dell'art. 11-ter della Legge 11 febbraio 2019, n. 12. Il Piano ha il fine di individuare un quadro definito di riferimento delle aree ove è consentito lo svolgimento delle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi sul territorio nazionale, volto a valorizzare la sostenibilità ambientale, sociale ed economica delle stesse.

⁶³ I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 3 – Fase 1, p. 64 s.: «Sulla base di quanto previsto dal PNIEC inviato alla CE nel luglio 2023, su cui attualmente è in corso una nuova consultazione ed una presumibile revisione, l'Italia intende perseguire un obiettivo di copertura, nel 2030, del 40% del consumo finale lordo di energia, stimato in 100 Mtep al 2030, da fonti rinnovabili (PNIEC, 2023). Questo nelle more del recepimento della nuova direttiva (UE)2023/2413 sulle rinnovabili che stabilisce un obiettivo del 42.5% di energia da fonti rinnovabili al 2030, in linea con l'obiettivo del 45% proposto dalla CE nella Comunicazione REPower EU (COM (2022)230 final). Il PNIEC stabilisce un obiettivo di

piattaforme estrattive dismesse a seguito dell'esaurimento dei relativi giacimenti petroliferi⁶⁴, per la produzione di energie rinnovabili⁶⁵.

Con riferimento, infine, alla lotta ai cambiamenti climatici, non risulta chiara l'interrelazione tra tale obiettivo e gli strumenti per perseguirla. Il punto, tuttavia, è che dopo avere riconosciuto che la lotta al cambiamento climatico costituisce un obiettivo di carattere generale, da perseguire a livello nazionale, di fatto, nei piani ora approvati, si rinvia ad altre fasi⁶⁶, non ancora ben definite neppure dal punto di vi-

2.1 GW di potenza installata al 2023, attraverso lo sviluppo dei settori della produzione di fonti rinnovabili di energia dal mare con particolare riferimento a moto ondoso, maree e correnti, solare. Tuttavia, ad oggi non esistono impianti attivi lungo le coste e nei mari italiani, ad eccezione dell'impianto situato nell'area immediatamente antistante il porto di Taranto [...].».

⁶⁴ «A tale proposito è stato promosso dal MIMIT uno studio per la valutazione dei potenziali delle risorse rinnovabili in mare nell'intorno delle piattaforme. Da questo studio ne deriva che i potenziali in mare da solare, eolico, onde e maree sono economicamente vantaggiosi se utilizzati per la compensazione della flessibilità della produzione da fonti rinnovabili e pertanto necessitano anche di un sistema di conversione, trasporto e stoccaggio» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 3 – Fase 1, p. 72).

⁶⁵ Evidentemente, nella consapevolezza dell'insufficienza di queste previsioni rispetto ad esigenze che si pongono come immediate, nell'ambito delle parti dedicate allo sviluppo economico delle aree marine, i piani di gestione degli spazi marini prevedono la creazione di linee di conduzione dell'energia elettrica internazionali. Tali sono almeno tre: l'Elettrodotto Italia-Slovenia EL-308; l'Elettrodotto Italia-Grecia; l'Elettrodotto Adriatic link [ndr.: ancora in fase di realizzazione] (I Piani dello Spazio Marittimo italiani- Area Marittima "Adriatico", Capitolo 3 – Fase 1, p. 74)

⁶⁶ «In sinergia con le azioni previste dal Piano del Mare 2023-2025 verrà predisposto un Piano d'Azione per lo sviluppo sostenibile dell'economia del mare a livello nazionale, da attuare in coordinamento con l'attuazione dei Piani di Gestione dello Spazio Marittimo, al fine di fornire impulso strutturato allo sviluppo sostenibile dell'economia del mare italiana, a breve, medio e lungo termine. Il Piano d'azione viene sviluppato anche sulla base dei risultati dello studio sulla caratterizzazione socio-economica e sulle tendenze evolutive dell'economia del mare. Tenendo conto delle previsioni e dell'attuazione del PNIEC, nonché delle indicazioni del Rapporto della "Commissione cambiamenti climatici, infrastrutture e mobilità sostenibili" (MIT, 2022), elaborare uno studio sull'impatto dei cambiamenti climatici sui Piani marittimi nazionali e sulle relative misure di adattamento da considerare in una valutazione di medio termine dei Piani PSM. Lo studio considererà un approccio multi-scala, valutando nell'analisi e nelle soluzioni anche le dimensioni di area marittima, sub-area,

sta temporale, la realizzazione di uno studio circa gli impatti delle infrastrutture e dei trasporti sui cambiamenti climatici e affida tale compito ad un apposito gruppo di lavoro che comprenderà anche le regioni interessate⁶⁷.

In sintesi, nonostante il lungo percorso normativo, i piani ora approvati non integrano una pianificazione degli spazi marittimi esaustiva. Anzi, sul piano dell'individuazione degli strumenti concreti di tutela dell'ambiente marino, risultano non del tutto soddisfacenti. Essi si pongono quasi come fasi intermedie di un procedimento tuttora in essere, rispetto al quale dobbiamo ancora attendere gli esiti, per riuscire a valutare la piena efficacia e la rispondenza dello stesso agli obiettivi prefissati dal legislatore sovranazionale.

ABSTRACT (ita)

Il lavoro analizza le principali linee direttrici della direttiva 2014/89/UE sulla pianificazione dello spazio marittimo e la successiva attuazione della stessa nell'ordinamento italiano. In particolare, l'autore ritiene che la direttiva debba essere letta, in maniera evolutiva, nel contesto dell'ordinamento dell'Unione europea e delle norme internazionali di riferimento. La lettura di questi due sistemi normativi sembra indicare all'interprete la necessità di privilegiare la tutela ambientale, quale obiettivo trasversale che deve essere necessariamente tenuto presente nel complesso dell'attività di pianificazione dello spa-

area locale» (I Piani dello Spazio Marittimo italiani - Area Marittima "Adriatico", Capitolo 6 – Fase 4, p. 193, Misure di livello nazionale - in relazione allo Sviluppo sostenibile).

⁶⁷ «Costituire un Gruppo di lavoro tra le Regioni costiere finalizzato ad indentificare bisogni e strategie comuni per sfruttare appieno le opportunità che gli obiettivi del Green Deal Europeo offrono per lo sviluppo dei territori e delle aree marittime. Il Gruppo di lavoro vedrà anche la possibilità di lavorare per sottogruppi, uno per ciascuna area marittima, per focalizzare le necessarie specificità. Verranno affrontate le principali tematiche inerenti alla dimensione marino/marittima del Green Deal Europeo tra cui: mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, protezione della biodiversità e restauro ambientale, pesca e acqua-coltura, economia circolare blu, disinquinamento del mare e della costa». (I Piani dello Spazio Marittimo italiani - Area Marittima "Adriatico", Capitolo 6 – Fase 4, p. 194, Misure di livello nazionale - in relazione allo Sviluppo sostenibile).

zio marittimo. L'attuazione che vi ha dato il legislatore italiano, dapprima con le linee guida nel 2017 e, successivamente, con il decreto ministeriale n. 237 del 25 settembre 2024, non sembra attribuire adeguato riscontro alle esigenze della tutela ambientale. Questa conclusione si impone per un duplice ordine di motivi. Innanzitutto, perché gli strumenti di attuazione inquadrano la tutela dell'ambiente nel novero degli obiettivi da perseguire, senza attribuire allo stesso un rilievo superiore rispetto alle altre finalità; dall'altro, perché ne rinviando l'effettivo conseguimento ad ulteriori studi e ad attività future.

ABSTRACT (eng)

The paper analyses the main aspects of Directive 2014/89/EU on maritime spatial planning and its implementation by the Italian legislator. In particular, the author believes that the directive should be read, according to evolutionary interpretation, in the context of the European Union legal system and to the relevant international provisions. These two legal orders seem to indicate to the interpreter the need to prioritise environmental protection as a cross-cutting objective that must necessarily be taken into account in all maritime spatial planning activities. The implementation of the directive by the Italian legislator, through Ministerial Decree No. 237 of 25 September 2024, does not seem to have adequately addressed the needs of environmental protection because, on the one hand, it relegates environmental protection to one of the objectives to be pursued, without attributing particular importance to it; and, on the other hand, it defers its pursuit to further studies and future activities.

INVESTIMENTI ESTERI DIRETTI E *GOLDEN POWER*, OGGI*

Daniele Gallo**

SOMMARIO: 1. Perimetrazione dell'indagine. – 2. Il regolamento UE n. 452/2019 sugli investimenti esteri diretti, anche nella prospettiva della disciplina italiana sul *golden power*. – 3. La proposta di modifica del regolamento UE n. 452/2019 sugli investimenti esteri diretti e le possibili ricadute sul “modello italiano”. – 4. Il rapporto tra il regolamento UE n. 452/2019, il *golden power* e il regolamento CE n. 139/2004 relativo alle concentrazioni tra imprese. – 5. Conclusioni.

1. *Perimetrazione dell'indagine*

Il punto di vista scelto in questo contributo è quello dei rapporti, più o meno tesi, tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano, con riferimento al rispetto delle norme UE sul mercato interno contenute negli articoli 49 ss. TFUE (libertà di stabilimento) e 63 ss. TFUE (libera circolazione dei capitali) e alla promozione e limitazione degli investimenti esteri diretti in seno all'Unione¹.

* Il contributo costituisce la versione rielaborata e aggiornata (alla luce degli sviluppi di ottobre e novembre 2025) dell'intervento svolto, il 26 settembre 2025, a Courmayeur, Centro congressi, Sala Mont Blanc, in occasione del XXXVIII Convegno di studio in onore di Adolfo Beria di Argentine nel 25° anniversario dalla scomparsa “*Golden power e autorità di vigilanza: rapporti tra Stato e mercato*”, in corso di pubblicazione nella collana *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, a cura di P. Montalenti e M. Notari. L'autore ringrazia i professori F. Ghezzi, A. Sacco Ginevri e la dott.ssa C. Burelli per il dialogo che ha preceduto il completamento del lavoro.

** Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Luiss Guido Carli di Roma.

¹ Ci si limita a rinviare, in merito al controllo degli investimenti esteri diretti in seno all'Unione, ai seguenti riferimenti bibliografici: J. DE KOK, *Towards a European Framework for Foreign Investment Reviews*, in *ELR*, n. 1, 2019, p. 24 ss.; A. DIMOPOLOUS, *European Union*, in M. KRAJEWSKI, R. T. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham-Northampton, 2019, p. 434 ss.; G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in *RRM*, n. 1, 2019, p.

I profili scelti sono tre.

2 ss.; J. SNELL, *EU Foreign Direct Investment Screening: Europe qui protege?*, in *ELR*, n. 2, 2019, p. 137 ss.; S. VELLUCCI, *The New Regulation on the Screening of FDI: The Quest for a Balance to Protect EU's Essential Interests*, in *DCI*, n. 1, 2019, p. 123 ss.; M. CREMONA, *Regulating FDI in the EU Legal Framework*, in *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, in J. H. J. BOURGEOIS (ed.), Alphen aan den rijn, 2020, p. 31 ss.; S. HINDELANG, A. MOBERG, *The Art of Casting Political Dissent in Law: The EU's Framework for the Screening of Foreign Direct Investment*, in *CMLR*, n. 1, 2020, p. 1427 ss.; A. DIMOPOULOS, *EU Investment Agreements: A New Model for the Future*, in J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, 2021, p. 2263 ss.; B. THORBJØRN DANIEL, *Comment on "In Search for an EU Competence to Establish an Investment Screening Mechanism and Restricting Effects Flowing from Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and Other EU Primary Law"*, *ibidem*, p. 467 ss.; C. HERRMANN, M. HOFFMANN, *Investment in the European Union: Competences, Structures, Responsibility and Policy*, *ibidem*, p. 2213 ss.; J. WARCHOL, *The Birth of the EU Screening Regulation*, *ibidem*, p. 53 ss.; L. LONARDO, *EU Law Against Hybrid Threats: A First Assessment*, in *EP*, n. 2, 2021, p. 1075 ss.; L. S. OTTO, *What Is a Foreign Direct Investment? Understanding Third Country Direct Investments Conceptually and in Practise*, in S. HINDELANG, A. MOBERG (eds.), *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions 2020: a Common European Law on Investment Screening (CELIS)*, Cham, 2021, p. 507 ss.; M. BLUNGENBERG, F. BLANDFORD, *Investment Screening – a New Era of European Protectionism?*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO, *Law and Practice of the Common Commercial Policy: The First 10 Years after the Treaty of Lisbon*, *Studies in EU External Relations*, Leiden, 2021, p. 167 ss.; M. NETTESHEIM, *Screening for What Threat: Preserving "Public Order and Security", Securing Reciprocity in International Trade, or Supporting Certain Social, Environmental, or Industrial Policies?*, in S. HINDELANG, A. MOBERG (eds.), *op. cit.*, p. 481 ss.; S. SIMON, *Investment Screening: The Return of Protectionism? A Political Account*, *ibidem*, p. 43 ss.; T. VERELLEN, *When Integration by Stealth Meets Public Security: The EU Foreign Direct Investment Screening Regulation*, in *LIEI*, n. 1, 2021, p. 19 ss.; D. GALLO, *Sovranità (europea?) e controllo degli investimenti esteri*, in *Atti convegni AISDUE*, n. 10, 2022, p. 19 ss.; M. MISRA, *Thinking Past Naivete: Investment Screening by the EU as a Problem of (Mis)trust in International Relations*, in *European Foreign Affairs Review*, special issue, 2023, p. 117 ss.; S. ROBERT, *Foreign Investment Control Procedures as a Tool to Enforce EU Strategic Autonomy*, in *EP*, n. 2, 2023, p. 513 ss.; T. VERELLEN, A. HOFER, *The Unilateral Turn in EU Trade and Investment Policy*, in *European Foreign Affairs Review*, special issue, 2023, p. 1 ss.; S. POLI, D. GALLO, *Enhancing European Technological Sovereignty: The Foreign Investment Screening Regulation and Beyond*, in A. ARMSTRONG, J. SCOTT, A. THIES (eds.), *Liber Marise Cremona*, Oxford, 2024, p. 215 ss.

Il primo è centrato su alcune caratteristiche del regolamento UE n. 452/2019 sul controllo degli investimenti esteri diretti, con qualche cenno svolto anche in merito al connesso tema della compatibilità del *golden power* italiano² con il di-

² Cfr., nella giurisprudenza italiana, TAR Lazio sent. 13 aprile 2022, n. 4488; Cons. Stato sent. 9 gennaio 2023, n. 289, n. 4488; Corte cost. sent. 15 giugno 2024, n. 105; TAR Lazio sent. 12 luglio 2025, n. 13748. Per alcuni dati recenti sulla pratica del *golden power* in Italia si vedano M. CARPAGNANO, *Cosa è successo in materia di Golden Power nel secondo trimestre 2025*, in *Osservatorio Golden Power*, 2025; A. SACCO GINEVRI, A. GEMMI, L. LORENZON, *CELIS Country Note on Italy*, in *CELIS*, 2025, dove è scritto che «the European Regulation on FDI absorbed 508 notifications and 140 pre-notifications; defence and national security 55 notifications and 10 pre-notifications; and the other 10 notifications concerned 5G technology. More than half of the 2023 transactions were found to be outside the scope of application, with a higher percentage of inapplicability for pre-notifications. Cases of vetoes and opposition were reduced to half compared to 2022, from four to two (Safran/Microtecnica and Petro Mat Fzco/FbmHudson Italiana – regarding the latter Bergamobased company, the current government also opposed the sale to BM Carpenterie Oil & Gas S.r.l. and Officine Piccoli S.a.). At the same time, there was a slight increase in the use of mitigation measures “reflecting the increase in the number of transactions received and the changed international context,” that is, marked by efforts to de-risk strategic dependencies on states such as Russia and China in light of the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine». Per un approfondimento sull'anno 2024 cfr. Senato della Repubblica, *LXV n. 3 - Relazione concernente l'attività svolta dal Governo in materia di poteri speciali (“Golden power”), riferita all'anno 2024*, comunicata alla Presidenza il 30 giugno 2025, 26, dove si riporta che «in relazione ai procedimenti notificati dalle imprese nell'anno 2024, l'Italia ha trasmesso 68 notifiche riguardanti investimenti diretti esteri, di cui 4 notifiche sono state trasmesse nel corso del 2025». In dottrina, sul *golden power* italiano si vedano, *ex multis*, R. ANGELINI, *Stato dell'arte e profili evolutivi dei poteri speciali: al crocevia del golden power*, in *Rivista di diritto societario*, n. 3, 2018, p. 681 ss.; A. SACCO GINEVRI, *L'espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*, in *RTDE*, 2019, p. 151 ss.; G. NAPOLITANO, *L'irresistibile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*, in *GDA*, 2019, p. 549 ss.; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato ai tempi del Covid-19*, in *GCOM*, n. 2, 2021, p. 282 ss.; F. FIORDIPONTI, *La situazione d'emergenza, necessità e occasione per potenziare i meccanismi di golden power*, in *dirittobancario.it*, 2021, p. 1 ss.; G. SABATINO, *The ‘Golden Power’ on Foreign Investments in EU Law in the Light of Covid Crisis*, in *European Company Law*, n. 6, 2021, p. 189 ss.; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *RTDP*, n. 3, 2022, p. 743 ss.; L. BELVISO, *Golden Power: profili di diritto amministrativo*, Torino, 2022; C. SERENI LUCARELLI, *L'esercizio dei golden powers: criticità attuali e prospettive future*, in *GCOM*, n. 6, 2023, p. 1011 ss.; M. CLARICH, *La disciplina del golden power tra Stato, mercato ed equilibri geopolitici*, in *ivi*, n. 4, 2024, p. 702 ss.;

ritto dell'Unione³.

Il secondo profilo riguarda la proposta di modifica del regolamento UE n. 452/2019⁴, del 25 gennaio 2024, dal giugno 2025 oggetto di negoziati tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione nel quadro del c.d. trilogio⁵.

Il terzo e ultimo profilo concerne la relazione tra il regolamento UE n. 452/2019, il regolamento CE n. 139/2004 relativo alle concentrazioni tra imprese⁶ e l'ordinamento italiano, vista in particolare alla luce della recente vicenda *BpM/Unicredit*⁷.

M. SCIPIONE, *Il golden power come strumento attivo per una politica industriale "sostenibile"*, *ivi*, n. 4, 2024, p. 838 ss.

³ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione. Sul tema si vedano le riflessioni già svolte in D. GALLO, *Sovranità (europea?)*, cit.; S. POLI, D. GALLO, *op. cit.*

⁴ COM(2024) 23 final del 24 gennaio 2024, proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo al controllo degli investimenti esteri nell'Unione, che abroga il regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento e del Consiglio.

⁵ Cfr. la *news* della Commissione europea dal titolo "*Interinstitutional talks begin on EU's revised FDI screening mechanism*", 17 giugno 2025. Si vedano, altresì, le riflessioni di H. SCHRAMM, P. AGGARWAL, *CELIS Update on Investment Screening and Economic Security – June 2025*, in *CELIS*, 2025, reperibile online; L. HOENKHOHL, *From Fragmentation to Harmonisation, From Investment to Security? - Entering the Trilogues on the Revision of the FDI Screening Regulation*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 2025.

⁶ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni").

⁷ Sul caso cfr. *Unicredit lancia offerta pubblica di scambio volontaria su Banco Bpm. Orcl: non abbiamo ambizioni su Mps*, 2024, in *Il Sole 24 ore*, 2024, per un ultimo aggiornamento, cfr. *Unicredit, inviata lettera Ue a Italia: obblighi su offerta Banco Bpm violano regole*, in *Il Sole 24 ore*, 2025; *UniCredit: riaccende scontro golden power, banca va al Consiglio di Stato*, in *Il Sole 24 ore*, 2025; *Golden power, la Ue apre la procedura di infrazione contro l'Italia*, in *Il Sole 24 ore*, 2025. Si rinvia, inoltre, al DPCM del 23 aprile 2025 recante l'esercizio di poteri speciali, con prescrizioni, in relazione all'offerta di scambio volontaria, da parte di Unicredit, avente ad oggetto la totalità delle azioni di Banco BPM S.p.a., e alla notizia circa l'invio di una lettera di messa in mora all'Italia nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2025) 2152: Commissione europea, Pacchetto infrazioni di novembre: decisioni principali, 8. Stabilità finanziaria, servizi finanziari e Unione dei mercati dei capitali, La Commissione invita l'ITALIA a con-

La duplice finalità dell'analisi consiste nell'illustrare i tratti fondamentali del regolamento UE e gli aspetti, problematici e non, della disciplina interna sul *golden power*⁸, anche tenuto conto degli obblighi imposti a Stati e imprese ai sensi del regolamento CE n. 139/2004, e nel verificare se, ed eventualmente in che termini, esista un problema di illegittimità del diritto italiano, dal punto di vista del diritto UE.

2. Il regolamento UE n. 452/2019 sugli investimenti esteri diretti, anche nella prospettiva della disciplina italiana sul golden power

Con riguardo al primo profilo sopra indicato, vanno svolte sette considerazioni.

La prima: il regolamento segna un momento di svolta rispetto al passato, essendo il segnale di un ordine giuridico, quello europeo⁹, il quale, seppure con ritardo, ha intercettato e inquadrato fenomeni e

formarsi alla normativa bancaria dell'UE, 2025, p. 10. Cfr., tra le fonti di natura giornalistica, *Golden power su banche, Ue apre procedura di infrazione per l'Italia*, in *Il Sole 24ore*.

⁸ Sul tema della compatibilità del *golden power* italiano con il diritto UE nel settore bancario si vedano le riflessioni di D. GALLO, *La questione della compatibilità dei golden powers in Italia, oggi, con il diritto dell'Unione europea: il caso delle banche*, in *RRM*, n. 1, 2021, p. 26 ss.; R. LENER, *Golden powers e investimenti esteri nelle infrastrutture finanziarie*, in *RTDE*, n. 2, 2020, p. 228 ss.; M. PIGNATTI, *Golden power ed enti creditizi: le ragioni di un difficile rapporto*, Torino, 2025. Sulla vicenda BpM/Unicredit si veda L. PICOTTI, *Risiko bancario e Golden Power: l'intervento del governo su Unicredit-Banco Bpm*, in *Osservatorio Golden Power*, 2025. In giurisprudenza cfr. TAR Lazio sent. 12 luglio 2025, n. 13748, cit. Cfr., tra le fonti di natura giornalistica, F. MICHELETTI, *Brussels dismisses Italy's security fears over UniCredit merger*, in *politico.eu*, 2025; F. MICHELETTI, *Italian court hands Meloni partial victory in UniCredit banking merger battle*, *ivi*, 2025; F. MICHELETTI, *Brussels on a collision course with Rome over Italian bank mergers*, *ivi*, 2025; F. MICHELETTI, *Von der Leyen tries to keep Meloni onside by stalling action over banking saga*, in *ivi*, 2025; G. BARBATTI, *Unicredit presenta ricorso contro il golden power del governo: che succede ora, possibile misura Ue*, in *Euronews*, 2025.

⁹ D. GALLO, *Ordine giuridico del mercato 2.0 e Unione europea*, in *EJ*, n. 2, 2023, p. 136 ss.; D. GALLO, P. DE PASQUALE, *Intervista a Enrico Letta: "Speed, security and solidarity. Così l'Unione europea potrà affrontare le sfide future"*, in questa *Rivista*, n. 1, 2025, p. 161 ss.

trasformazioni in atto nel mercato unico, tra cui la proliferazione di operatori commerciali extra-UE, diversi dei quali riconducibili sostanzialmente a Paesi terzi, in particolare alla Cina¹⁰, in settori strategici e d'interesse generale nei Paesi membri dell'Unione. Il regolamento, pur non mirando ad armonizzare il controllo degli investimenti esteri diretti ai sensi dell'art. 114 TFUE, rappresenta, senza dubbio, un passo in avanti verso una maggiore cooperazione tra Unione e Stati membri e una maggiore integrazione tra ordinamenti nazionali in tema di investimenti esteri diretti e *screening*. In particolare, le istituzioni UE anticipano quanto avvenuto durante la crisi da covid in altre aree, soprattutto nella materia degli aiuti di Stato¹¹ e in un ambito strettamente

¹⁰ Si vedano, *ex multis*, F. BASSAN, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, Cheltenham-Northampton, 2011; F. BASSAN, *Sovereign wealth funds: A definition and classification*, in *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, in F. BASSAN, *op. cit.*, p. 41 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*, n. 4, 2016, p. 459 ss. Da ultimo, sul punto, cfr. nei *mass media* A. BARBERA, *Stretta sugli investimenti di Pechino. Bruxelles studia il Golden power*, in *La Stampa*, 2025.

¹¹ Cfr. comunicazione della Commissione sul quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19, soggetta a modifiche attraverso gli atti seguenti: Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19; Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19; Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19; Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine; Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine; Sesta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

collegato agli investimenti esteri diretti qual è quello delle sovvenzioni estere¹²; sovvenzioni che non raramente vengono (direttamente o indirettamente) concesse da Stati terzi a soggetti che investono nel territorio europeo. In particolare, il regolamento anticipa una tendenza nella misura in cui l'Unione interviene, comprimendo la portata del fenomeno della globalizzazione, per assicurare il contemperamento tra interessi confliggenti, sicurezza e autonomia strategica dell'Unione¹³, da un lato, e, dall'altro, l'apertura agli investimenti esteri¹⁴; contempera-

¹² Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

¹³ Sulla strategia economica europea si vedano M. DAMEN, *EU Strategic Autonomy 2013–2023: From Concept to Capacity*, in *European Parliamentary Research Service*, 2022, p. 1 ss.; T. GEHRKE, *EU Open Strategic Autonomy and the Trappings of Geoeconomics*, in *European Foreign Affairs Review*, 2022, p. 61 ss.; F. HOFFMEISTER, *Strategic Autonomy in the European Union's External Relations Law*, in *CMLR*, n. 3, 2023, p. 667 ss.; J. MIRÓ, *Responding to the Global Disorder: The EU's Quest for Open Strategic Autonomy*, in *Global Society*, n. 2, 2023, p. 315 ss.; S. ROBERT, *Foreign Investment Control Procedures as a Tool to Enforce EU Strategic Autonomy*, in *EP*, n. 2, 2023, p. 513 ss.; A. STEINBACH, *The EU's Turn to "Strategic Autonomy": Leeway for Policy Action and Points of Conflict*, in *EJIL*, n. 4, 2023, p. 973 ss. Con particolare attenzione al settore tecnologico si vedano L. FLORIDI, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in *Philosophy & Technology*, n. 3, 2020, p. 369 ss.; E. CELESTE, *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives*, in F. FABBRINI, E. CELESTE, J. QUINN, *Data Protection Beyond Borders. Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, Portland, 2021, p. 211 ss.; S. POLI, *Il rafforzamento della sovranità tecnologica europea e il problema delle basi giuridiche*, in *Post di AISDUE*, n. 5, 2021, p. 69 ss.; M. VARJU, *The Protection of Technology Sovereignty in the EU: Policy, Powers and the Legal Reality*, in *ELR*, n. 4, 2022, p. 568 ss.; C. BEAUCILLON, *Strategic Autonomy: A New Identity for the EU as a Global Actor*, in *EP*, n. 2, 2023, p. 417 ss.; S. POLI, *Reinforcing Europe's Technological Sovereignty Through Trade Measures: The EU and Member States' Shared Sovereignty*, *ibidem*, p. 429 ss.; N. A. SMUHA, *Digital Sovereignty in the European Union: Five Challenges from a Normative Perspective*, in G. BARRETT, P. C. MÜLLER-GRAFF, J. P. RAGEADE, V. VADÁSZ (eds.), *European Sovereignty: The Legal Dimension*, Cham, 2024, p. 127 ss. Sulla connessione tra sovranità tecnologica e sicurezza economica si vedano C. BERTRAND, *La souveraineté numérique européenne: une «pensée en acte»?*, in *RTDEur*, 2021, p. 249 ss.; D. GALLO, S. POLI, *op. cit.*

¹⁴ Si veda, recentemente, O. PALLOTTA, G. M. POLITO, *Intervista a Roberto Chieppa: "Mercato interno, golden power e autonomia strategica europea: quale equilibrio?"*, in questa *Rivista*, n. 2, 2025, p. 487 ss.

mento che informa anche il Rapporto Letta¹⁵ e il Rapporto Draghi¹⁶.

La seconda considerazione: il regolamento comunitarizza esigenze improntate alla protezione della sicurezza¹⁷ e all'ordine pubblico. Il regolamento, quindi, eleva, a livello del diritto UE, alcuni valori dal piano, derogatorio e nazionale, a quello, *positivo*, della regola europea condivisa. Ciò avviene attraverso lo strumento procedurale, cioè attraverso un meccanismo di cooperazione che mette in relazione gli Stati con la Commissione e gli Stati tra loro. In quest'ottica, e per garantire l'effetto utile del regolamento, è scritto che le autorità nazionali devono evitare l'elusione del controllo introdotto grazie al regolamento rispetto a situazioni nelle quali l'investitore è di proprietà di una persona fisica o giuridica di un Paese terzo o controllata da quest'ultimo¹⁸.

La terza considerazione: il fatto che il regolamento includa molteplici settori dai chiari connotati economici¹⁹, non limitandosi alla dife-

¹⁵ E. LETTA, *Much More Than a Market*, 2024, pp. 66 e 135.

¹⁶ M. DRAGHI, *The future of European competitiveness Part A - A competitiveness strategy for Europe*, Bruxelles, 2024, p. 20; M. DRAGHI, *The future of European competitiveness Part B - In-depth analysis and recommendations*, 2024, p. 222.

¹⁷ Per alcune osservazioni sulle nozioni di sicurezza nazionale e sovranazionale, viste alla luce delle trasformazioni attuali, si vedano, *inter alia*, F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in *Post di AISDUE*, n. 7, 2019, p. 95 ss.; F. CASOLARI, *Supranational Security and National Security in Light of the EU Strategic Autonomy Doctrine: The EU-Member States Security Nexus Revisited*, in *European Foreign Affairs Review*, n. 4, 2023, p. 323 ss.

¹⁸ Cfr. il considerando 10 del regolamento n. 452/2019, nella parte in cui è affermato che «Gli Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo, dovrebbero provvedere, nel rispetto del diritto dell'Unione, alle misure necessarie ad evitare l'elusione dei loro meccanismi di controllo e delle relative decisioni»; cfr. altresì l'art. 3, par. 6: «gli Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo mantengono, modificano o adottano le misure necessarie a individuare e prevenire l'elusione dei meccanismi di controllo e delle decisioni di controllo».

¹⁹ L'art. 4 del regolamento elenca i fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione nel valutare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico. In particolare, il par. 1 consente di considerare gli effetti potenziali su: «a) infrastrutture critiche, fisiche o virtuali, tra cui energia, trasporti, acqua, salute, comunicazioni, media, trattamento o archiviazione dei dati, infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, nonché strutture sensibili e investimenti in terreni o immobili essenziali per il loro utilizzo; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso, quali quelli di cui all'art. 2, punto

sa, va letto alla luce della più recente politica europea connotata dalla ricerca e dalla salvaguardia della sicurezza economica²⁰. Nozione quest'ultima il cui significato non è così scontato: in primo luogo, la sicurezza economica²¹ non è più un ossimoro, come pareva fosse fino a

1, del regolamento (CE) n. 428/2009, comprendenti l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché nanotecnologie e biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui energia, materie prime e sicurezza alimentare.»

²⁰ COM(2024) 26 final del 24 gennaio 2024, proposta di raccomandazione del Consiglio relativa al rafforzamento della sicurezza della ricerca. Cfr., altresì, COM(2024) 22 final del 24 gennaio 2024, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio Impulso alla sicurezza economica dell'Europa: introduzione a cinque nuove iniziative, p. 1, con cui la Commissione stabilisce «un'impostazione globale in tema di sicurezza economica europea» adottando cinque nuove iniziative, parte del c.d. "pacchetto": COM(2024) 23 final del 24 gennaio 2024, cit.; COM(2024) 24 final del 24 gennaio 2024, Libro bianco sul controllo delle esportazioni; COM(2024) 25 final del 24 gennaio 2024, Libro bianco sugli investimenti in uscita; COM(2024) 26 final del 24 gennaio 2024, cit.; COM(2024) 27 final del 24 gennaio 2024, Libro bianco sulle opzioni per migliorare il sostegno alla ricerca e allo sviluppo che coinvolgono tecnologie con potenziale duplice uso.

²¹ Sulle origini del concetto di sicurezza economica si vedano C. R. NEU, C. Wolf, *The economic dimensions of national security*, in RAND, 1994, p. 1 ss.; V. CABLE, *What Is International Economic Security?*, in *Royal Institute of International Affairs*, n. 2, 1995, p. 305 ss.; M. PAULSEN, *The Past, Present, And Potential Of Economic Security*, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 50, 2025, p. 1 ss. Sul nesso tra investimenti esteri e sicurezza, economica e non, in Europa e non solo, si vedano E. GRAHAM, P. KRUGMAZ, *Foreign direct investment in the United States*, Washington, 1995; T. H. MORAN, L. OLDENSKI, *Foreign direct investment in the United States: benefits, suspicions, and risks with special attention to FDI from China*, Washington, 2013; J. VELTERN, *FDI Screening Mechanisms on the Grounds of 'Security or Public Order' and 'Public Policy or Public Security'*, in J. VELTEN (ed.), *European Yearbook of International Economic Law, Screening Foreign Direct Investment in the EU*, vol. 26, Cham, 2022, p. 57 ss.; J. VELTERN, *Flexibility for FDI Screening on Broader Grounds Than 'Security or Public Order'*, *ibidem*, p. 127 ss.; C. CELLERINO, *L'UE tra sicurezza militare e sicurezza economica: ruolo, limiti e potenzialità della disciplina UE sul controllo alle esportazioni dei beni a duplice uso*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, p. 2 ss.; W. ZWARTKRUIS, *Foreign Direct Investment and Security: What is Actually the Problem?*, in J. HILLEBRAND POHL, T. PAPADOPOULOS, J. WIESENTHAL, *National Security and Investment Controls*, Cham, 2024, p. 27 ss.; G. DIMITROPOULOS, *Regulating Sovereign-Driven Investments in International Trade and Investment Agreements: The Role of Investment*

qualche anno fa. Quel che per decenni è stato insegnato agli studenti secondo cui la sicurezza è causa legittima di restrizione del mercato se l'obiettivo non è economico, se, dunque, non è associato alla salvaguardia di una politica industriale,²² deve essere relativizzato: oggi, la sicurezza economica diventa valore e finalità dell'ordinamento dell'Unione. A dimostrazione della caratterizzazione economica del concetto di sicurezza nel regolamento è sufficiente ricordare il riferimento ivi contenuto all'infrastruttura finanziaria, di cui al suo art. 4, par. 1, lett. d). Un concetto, quello d'infrastruttura finanziaria, interpretato, dal legislatore di parecchi Stati membri, incluso quello italiano, nel senso di ricomprendervi il settore creditizio-assicurativo²³.

Screening Mechanisms, in J. CHAISE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy – Volume I*, Singapore, 2020, p. 165 ss.; M. PADON, N. CUSIMANO, *The Future of International Trade and the European Economic Security Strategy*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, p. 79 ss.; J. ZEMÁNEK, *National and European Sovereignty in the European Union: An Irresoluble Conflict? The Position of the Czech Constitutional Court*, in G. BARRETT, P. C. MULLER-GRAFF, J.P. RAGEADE, V. VADÁSZ (eds.), *European Sovereignty: The Legal Dimension*, 2024, Cham, p. 103 ss.; L. LONARDO, *Internal market meets geopolitics: recent case law on freedom of establishment*, in questa *Rivista*, n. 3, 2025, p. 1 ss.

²² Si tratta della cosiddetta “*doctrine of non economic considerations*”, su cui si vedano, per tutti, L. DANIELE, *Diritto del Mercato Unico europeo e dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, Milano, 2025, in particolare p. 263; C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2025, in particolare pp. 514, 534-535, 574; 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. 86 ss.

²³ Cfr., quanto all'Italia, l'art. 2, par. 5, del decreto legge del 15 marzo 2012, n. 21, convertito in legge 11 maggio 2012, n. 56, il quale prevede che: «[...] nei settori delle comunicazioni, dell'energia, dei trasporti, della salute, agroalimentare e finanziario, ivi incluso quello creditizio e assicurativo, sono soggetti all'obbligo di notifica di cui al primo periodo anche gli acquisti, a qualsiasi titolo, di partecipazioni da parte di soggetti appartenenti all'Unione europea, ivi compresi quelli residenti in Italia, di rilevanza tale da determinare l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società la cui partecipazione è oggetto dell'acquisto, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile e del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58». Si veda, per uno sguardo comparato, H. SCHRAMM, *CELIS Update on Investment Screening and Economic Security – April 2025*, in *CELIS*, 2025; F. JALINOUS, O. BERG, *Foreign direct investment reviews 2025: A global perspective*, in

In secondo luogo, la nozione di sicurezza economica, oramai tratto costitutivo del diritto dell'Unione, apre a considerazioni nuove, in punto di diritto, considerato che l'art. 4, par. 2 TUE²⁴, una delle norme costituzionali chiavi del diritto primario in materia di distribuzione delle competenze tra Unione e autorità nazionali, esplicitamente riserva la sicurezza alla competenza esclusiva degli Stati e lo fa collocandola a fianco alla locuzione «identità nazionale», andando oltre quanto prevede l'art. 346, par. 1, lett. b) TFUE²⁵. Pertanto, mentre il concetto “classico” di sicurezza è riconducibile alla sovranità degli Stati, alla loro giurisdizione, quello di sicurezza economica va necessariamente inquadrato nella competenza dell'Unione²⁶.

A titolo esemplificativo, è chiaro che al cuore dell'*affaire* Unicredit e BPM²⁷ si situò la stabilità finanziaria, quale finalità, differente dal mero interesse finanziario, che è economica e non economica nel contempo, e che, secondo la Corte di giustizia, costituisce «un interesse pubblico superiore»²⁸. Nella Comunicazione della Commissione, del 26 marzo 2020, intitolata «Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capi-

White&Case, 2025.

²⁴ «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro». Cfr. nella sterminata dottrina, *inter alia*, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati Membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, in particolare pp. 142-155.

²⁵ «b) Ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari».

²⁶ E. LETTA, *op. cit.*, p. 134: «Economic security is pivotal for the Single Market's future».

²⁷ Cfr. in giurisprudenza TAR Lazio sent. n. 13748/2025, cit.

²⁸ Corte giust. 13 settembre 2022, C-45/21, *Banka Slovenije*, punto 79; 30 settembre 2016, C-526/14, *Tadej Kotnik e a. contro Državni zbor Republike Slovenije*, punto 69.

tali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452», al punto 4 è affermato che è «possibile adottare misure restrittive per affrontare minacce alla stabilità finanziaria»²⁹. Quanto scritto è prova che, attualmente, a differenza del passato, restrizioni al mercato sono compatibili con il diritto UE anche qualora siano dettate «da motivi di ordine economico che perseguono un obiettivo d'interesse generale», come affermato nelle sentenze *Essent*³⁰ e *Xella*³¹. Riecheggia, di conseguenza, la natura mista, economica e non, della norma europea *par excellence* in tema di intervento pubblico nell'economia: l'art. 106, par. 2, TFUE sui servizi di interesse economico generale³². La stabilità finanziaria si atteggia a finalità intermedia e strumentale al perseguimento dello scopo, ultimo, di garantire il risparmio e l'erogazione di servizi essenziali prestati dalle banche a favore della collettività. Se si trattasse di obiettivo puramente economico, lo Stato non potrebbe autonomamente derogare alle norme sul mercato interno; trattandosi di obiettivo, in ultima istanza, non economico, questa possibilità esiste, pur nel rispetto, evidentemente, del principio di proporzionalità.

La quarta considerazione: la Commissione, ai sensi degli articoli 6, 7 e 8 del regolamento, ha il potere di adottare pareri rispetto agli investimenti esteri diretti che le sono notificati, ma anche rispetto a investimenti che non sono oggetto di un controllo nazionale (e che dunque non le sono stati notificati) e indipendentemente dal fatto che altri Sta-

²⁹ 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 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti).

³⁰ Corte giust. 11 settembre 2014, C-204/12 a C-208/12, *Essent Belgium NV contro Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits – en Gasmarkt*, punti 53, 89, 104.

³¹ Corte giust. 13 luglio 2023, C-106/22, *Xella Magyarország*, punto 65.

³² «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

ti membri abbiano formulato osservazioni. I pareri, per un verso, sono un importante strumento a disposizione dell'Unione; per altro verso, la Corte di giustizia non si è ancora pronunciata sul *se* il parere possa essere sottoposto al controllo, diretto o indiretto, della Corte di giustizia, rispettivamente, ai sensi dell'art. 263 TFUE (ricorso per annullamento) e dell'art. 267 par. 1, lett. b) TFUE (rinvio pregiudiziale di validità). Sono atti non vincolanti, dal momento che lo Stato che effettua il controllo deve tenerli in debita considerazione ma può discostarsene³³, di natura endoprocedimentale³⁴, insuscettibili di limitare *de iure* la discrezionalità degli Stati membri e adottati nell'ambito di un procedimento composito che si conclude con una decisione dell'autorità nazionale, non della Commissione. Da qui la conclusione, in ossequio alla giurisprudenza UE³⁵, che i pareri non possono essere oggetto di un

³³ Cfr. l'art. 6, par. 9 del regolamento: «lo Stato membro che effettua il controllo tiene in debita considerazione le osservazioni degli altri Stati membri di cui al paragrafo 2 e il parere della Commissione di cui al paragrafo 3. La decisione di controllo finale è adottata dallo Stato membro che effettua il controllo». Allo stesso modo, l'art. 7, par. 7, dispone che: «lo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato tiene in debita considerazione le osservazioni degli altri Stati membri e il parere della Commissione». Diversamente, in caso di investimenti esteri diretti suscettibili di incidere su progetti o programmi di interesse dell'Unione, l'art. 8, par. 2, lett. c) introduce un vero e proprio obbligo di “comply or explain”, prevedendo che: «lo Stato membro in cui l'investimento estero diretto è in programma o è stato realizzato prende nella massima considerazione il parere della Commissione e fornisce a quest'ultima una spiegazione qualora non lo segua».

³⁴ Sull'efficacia, *de facto* vincolante, degli atti di *soft law*, si richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia, *ex multis*, cfr. Corte giust. 11 settembre 2003, C-207/01, *Altair Chimica*, punto 41; 15 settembre 2016, C-28/15, *Koninklijke KPN e altri*, punto 41; *Balgarska Narodna Banka*, sopra citata, punto 80. In dottrina si veda A. D'AGNONE, *Il regolamento 2019/452 che istituisce un quadro per lo screening degli investimenti esteri diretti: uno strumento in evoluzione*, in *Quaderni AISDUE*, anticipazione fascicolo, 2025, p. 1 ss.

³⁵ Cfr., in tale senso, Corte giust. 13 dicembre 1989, C-322/88, *Grimaldi*, punto 8; 13 giugno 2017, C-258/14, *Florescu e a.*, punto 30; 20 febbraio 2018, C-16/16 P, *Belgio/Commissione*, punto 44; 27 febbraio 2018, C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*, punti 44, 46; 14 maggio 2019, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M e a.* (Revoca dello status di rifugiato), punto 71; 25 marzo 2021, C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, punti 82 e 83; 15 luglio 2021, C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF) contro Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, punti 54 e 55.

ricorso per annullamento esperibile né dagli Stati coinvolti, dove l'investimento è effettuato, né, a *fortiori*, dagli investitori extra-UE o dalle società *targets*. D'altra parte, come si evince dall'esame della giurisprudenza UE³⁶, il giudice nazionale potrebbe rivolgersi alla Corte di giustizia *ex art. 267 par. 1, lett. b)* TFUE, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale di validità, per verificare se il parere reso dalla Commissione sia in contrasto con l'ordinamento UE. Insomma, l'investitore extra-UE, così come l'impresa *target*, avrebbero a disposizione lo strumento del ricorso indiretto, piuttosto che percorrere la via offerta dall'art. 263 TFUE.

La quinta considerazione: nel considerando 13 del regolamento è stabilito che Stato e Commissione tengono conto «della possibilità che un investitore estero sia controllato direttamente o indirettamente, ad esempio attraverso finanziamenti consistenti, comprese le sovvenzioni, da parte del governo di un paese terzo»³⁷. Ovviamente, non c'è dubbio che i motivi della sicurezza e dell'ordine pubblico assumano contorni ancora più estesi se l'investimento proviene dai c.d. investitori sovrani, alcuni dei quali collegati a governi di Paesi terzi dove la *rule of law*, eufemisticamente, presenta sfumature diverse da quelle che invece presenta nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione. 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. È un'inversione, in ragione della prove-

³⁶ Sul punto, da ultimo, cfr. *BBF c. ACPR*, sopra citata, punti 54 e 55, dove la Corte dichiara che: «il fatto che, come emerge dai punti da 39 a 49 della presente sentenza, gli orientamenti controversi siano privi di effetti giuridici vincolanti non è quindi tale da escludere la competenza della Corte a pronunciarsi sulla loro validità nell'ambito della presente causa». Si vedano le considerazioni di J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *DUE*, n. 2, 2022, p. 425 ss.; M. DOMINA, *The Broadening 'Soft Law' Powers of the European Banking Authority*, in *European Company Law*, n. 2, 2022, p. 22 ss.

³⁷ Cfr. altresì l'art. 2, par. 4, lett. a) del regolamento: «Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione tengono altresì conto, in particolare, se: a) l'investitore estero sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, inclusi organismi statali o forze armate, di un paese terzo, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti».

nienza dell'investitore, rispetto a quanto prescrive l'art. 345 TFUE³⁸ in tema di neutralità circa il regime di proprietà delle imprese³⁹.

La sesta considerazione: come l'Italia, altri paesi⁴⁰ oramai prevedono un trattamento differenziato, in termini di obblighi di notifica, a seconda che gli investitori siano europei oppure extra UE. La disciplina in vigore in Italia, in particolare negli articoli 1 e 2 del decreto-legge n. 21 del 15 marzo 2012, in effetti, individua un regime meno favorevole nel caso in cui gli investitori siano extra-UE rispetto al trattamento riservato agli investitori UE. Per i primi: notifica per le partecipazioni che attribuiscono una quota almeno pari al 10%; per i secondi: notifica per partecipazioni che determinano l'insediamento stabile dell'acquirente in ragione dell'assunzione del controllo della società. Che un tale trattamento differenziato sia giustificato lo si ricava da quanto stabiliscono gli Orientamenti del marzo 2020, che espressamente ammettono che le restrizioni nei confronti di investitori extra-UE siano soggette a criteri di controllo più pervasivi di quelli applicabili alle restrizioni nei confronti di investitori europei. Come osservato in relazione alla nozione, comunitaria, di sicurezza economica, questa netta differenziazione cristallizzata a livello europeo, in spregio di quanto stabilisce testualmente l'art. 63 TFUE sulla libera circolazione dei capitali, applicabile ugualmente a europei ed extra UE, va sottolineata ed è anch'essa una novità, fatto salvo quanto la Corte di giustizia aveva affermato in *Test Claimants* e *Orange European Smallcap Fund* nel (solo) settore fiscale⁴¹.

La settima e ultima considerazione: la circostanza che l'ordinamento italiano preveda un trattamento differenziato tra europei ed

³⁸ L'art. 345 TFUE così dispone: «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

³⁹ 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.; G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti*, cit.

⁴⁰ Cfr. l'art. 55, par. 2, della *Außenwirtschaftsverordnung* (AWV) tedesca; la legge sugli investimenti esteri polacca Dz. U. 2015 1272.

⁴¹ Corte giust. 13 marzo 2007, C-524/04, *Test Claimants*, punti 93-96; Corte giust. 20 maggio 2008, C-194/06, *Staatssecretaris van Financiën contro Orange European Smallcap Fund NV*, punti 48 e 49.

extra UE pone evidentemente un problema a monte: la normativa italiana sui *golden powers*, in parte non così dissimile dalla più risalente normativa italiana sulle *golden shares*⁴², nell'applicarsi anche a soggetti europei, inclusi italiani, cioè società incorporate nell'ordinamento italiano, è in contrasto con il diritto UE? La domanda è di sicura rilevanza non soltanto nella prospettiva del diritto italiano, ma anche perché altri paesi presentano normative analoghe, anche se con sfumature, più o meno significative, differenti⁴³. Le perplessità, volte a evidenziare

⁴² Nella sterminata letteratura sia consentito un rinvio a D. GALLO, *Corte di giustizia, golden shares e investimenti sovrani*, in *DCI*, n. 4, 2013, p. 916 ss.

⁴³ L'art. 1, comma 3 *bis* del decreto legge convertito con modificazioni dalla legge 11 maggio 2012, n. 56 recita: «qualora l'acquisto delle partecipazioni di cui al comma 1, lettere a) e c), sia effettuato da un soggetto esterno all'Unione europea, di cui all'articolo 2, comma 5-*bis*, il Governo può considerare altresì le seguenti circostanze: a) che l'acquirente sia direttamente o indirettamente controllato dall'amministrazione pubblica, compresi organismi statali o forze armate, di un Paese non appartenente all'Unione europea, anche attraverso l'assetto proprietario o finanziamenti consistenti». In particolare, l'art. 2, comma 5-*bis*, definisce soggetto estero «5-*bis*. Per le finalità di cui all'articolo 1 e al presente articolo, per soggetto esterno all'Unione europea si intende: a) qualsiasi persona fisica che non abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea; b) qualsiasi persona fisica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea e che non abbia la residenza, la dimora abituale ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; c) qualsiasi persona giuridica che non abbia la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo o che non sia comunque ivi stabilita; d) qualsiasi persona giuridica che abbia stabilito la sede legale o dell'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, o che sia comunque ivi stabilita, e che risulti controllata, direttamente o indirettamente, da una persona fisica o da una persona giuridica di cui alle lettere a), b) e c); e) qualsiasi persona fisica o persona giuridica che abbia la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo che abbia stabilito la residenza, la dimora abituale, la sede legale o dell'amministrazione ovvero il centro di attività principale in uno Stato membro dell'Unione europea, o che sia comunque ivi stabilita, qualora sussistano elementi che indichino un comportamento elusivo rispetto all'applicazione della disciplina di cui al presente decreto». Cfr. la nota 37 per alcuni esempi di ordinamenti che estendono l'obbligo di notifica a investitori europei, prevedendo delle soglie differenti da quelle previste per gli investitori extra-UE. Tra gli ordinamenti che hanno per oggetto anche gli investimenti europei, pur non prevedendo soglie diverse rispetto agli

l'indole protezionistica e contraria al mercato interno, nei confronti dell'ordinamento italiano, perciò, sarebbero trasferibili anche ad altri ordinamenti. Sul piano della giustificazione dei *golden powers* e della loro proporzionalità, potrebbe dirsi che un conto è la restrizione, di tipo temporaneo, originariamente prevista durante il covid-19 in Italia e un altro è la restrizione, di natura non temporanea, come quella attualmente in vigore⁴⁴. Tuttavia, proprio la prassi in molti Paesi membri, così come la particolare attenzione rivolta dalle istituzioni UE alla sicurezza economica, illustrata sopra, va nel senso di ritenere che la compatibilità del *golden power* con il diritto UE con riguardo agli investitori europei dipende, in concreto, dalle loro caratteristiche, sul piano del diritto societario e dei rapporti con soggetti privati e pubblici extra-UE, e dal tipo di acquisizione che intendono effettuare.

3. *La proposta di modifica del regolamento UE n. 452/2019 sugli investimenti esteri diretti e le possibili ricadute sul “modello italiano”*

La problematica evidenziata nel § 2 apre alla trattazione del secondo profilo oggetto di questa riflessione. Il profilo verte, come anticipato nel § 1, sulla proposta di un nuovo regolamento in tema di investimenti esteri diretti adottata dalla Commissione nel gennaio 2024, la quale, per com'è attualmente formulata, andrebbe a imporre (non “semplicemente” a raccomandare, come prefigurato nel regolamento) l'introduzione di un meccanismo di *screening* in tutti i Paesi, inclusa la Croazia, che ne è tuttora sprovvista, nonché Cipro, il cui meccanismo

investimenti extra-UE, cfr. la *Emergency Ordinance* ungherese 46/2022; la sezione 1, par. 2, della legge 2023:560 svedese; quanto alla Francia, l'art. R151-1 del decreto n. 2019-1590.

⁴⁴ Al riguardo, si vedano le osservazioni di R. CHIEPPA, *Conclusioni*, in *Foreign Direct Investment Screenings - Il controllo degli investimenti esteri diretti*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *op. cit.*, p. 188 ss.; A. SACCO GINEVRI, *I golden powers fra Stato e mercato*, cit.; R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del Golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione del 20 maggio 2022 n. 51*, in *federalismi.it*, 2022, p. 2 ss.; J. FORTUNA, *L'espansione della disciplina e dei casi di applicazione dei golden powers nella dimensione europea e italiana tra crisi pandemica, eventi geopolitici e cybersecurity*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1, 2025, p. 157 ss.

entrerà in vigore nell'aprile 2026, e la Grecia, dotata di un regime di recentissima attuazione⁴⁵.

La proposta⁴⁶ è parte di un pacchetto di misure adottate dalla Commissione⁴⁷, le quali, per un verso, differentemente dalla proposta, non sono legislative, e, per l'altro, come la proposta, rispondono al duplice obiettivo, che si situa al cuore della Strategia europea per la sicurezza economica del 20 giugno 2023⁴⁸, di rafforzare la competitività in Europa e, nel contempo, tutelare gli interessi europei in settori chiave, tenuto conto altresì dell'esigenza di reciprocità nei rapporti con Paesi terzi⁴⁹. Una proposta dall'indole palesemente armonizzatri-

⁴⁵ Si vedano P. CHRISTOFIDES, T. PAPADOPOULOS, *A New Cyprus Foreign Direct Investment Screening Legislative Bill Incoming*, in CELIS, 2025, reperibile online; H. SCHRAMM, M. A. SIMIUC, *CELIS Update on Investment Screening and Economic Security – November 2025*, in CELIS, 2025. Per dati, statistiche e informazioni cfr. COM(2025) 632 final del 14 ottobre 2025, Quinta relazione annuale sul controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, p. 9; SWD(2025) 296 final del 14.10.2025, *Commission Staff Working Document Screening of FDI into the Union and its Member States Accompanying the document Report From The Commission To The European Parliament And The Council Fifth Annual Report on the screening of foreign direct investments into the Union*, p. 6. Per un commento alla relazione e per una panoramica generale si veda il commento di F. DOPPEN, A. HILL, *The Devil is in the Details – The Real Screening Report*, in CELIS, 2025.

⁴⁶ Sulla proposta si veda D. GALLO, *La recente proposta della Commissione sul controllo degli investimenti esteri diretti, il principio di sussidiarietà e il Parlamento italiano*, in EJ, 2024, p. 148 ss.

⁴⁷ Si veda M. PADOVAN, N. CUSIMANO, *The Future of International Trade and the European Economic Security Strategy*, in *Global Trade and Customs Journal*, n. 2, 2025, p. 79 ss.

⁴⁸ Cfr. JOIN(2023) 20 final del 20 giugno 2023, comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sulla "Strategia Europea per la Sicurezza Economica".

⁴⁹ Raccomandazione (UE) 2025/63 della Commissione sul riesame degli investimenti in uscita in settori tecnologici critici per la sicurezza economica dell'Unione. Si tratta di atti dai contorni parecchio rivoluzionari, perlomeno in potenza; su questa problematica si vedano L. STITZ, *The EU towards the screening of outbound investments*, in EJ, 2024, p. 1 ss.; J. FECHTER, *Next-level Screening? The Case of Outbound Investment Screening*, in J. H. POHL, T. PAPADOPOULOS, J. WIESENTHAL, J. WARCHOL, *Weaponising Investments*, Cham, 2023, p. 79 ss.; V. VINCI, *Il riesame degli investimenti in uscita nei settori tecnologici critici nell'ambito della strategia europea per la sicurezza economica*, in RRM, n. 1, 2025, p. 268 ss.

ce; ne è prova che l'art. 114 TFUE⁵⁰ è individuata come nuova base giuridica, insieme all'art. 207 TFUE sulla politica commerciale comune⁵¹. L'armonizzazione passa per la correzione di alcuni aspetti critici del regolamento: semplifica, armonizza, riduce gli oneri e i costi per Stati e imprese, soprattutto per quelle che intendono notificare operazioni in più di uno Stato membro, e rende più trasparenti le procedure che coinvolgono lo Stato ospite dell'investimento, gli altri Stati e l'Unione, nel solco di quanto rilevato nello *special report* del dicembre 2023 dalla Corte dei Conti europea⁵². In quest'ottica, la proposta individua nuove regole uniformi volte a guidare, in maniera più efficiente, Stati e Commissione, quanto ai termini e alle procedure per fornire osservazioni e pareri sugli investimenti esteri notificati, agli obblighi di informazione e alle prescrizioni comuni applicabili ai meccanismi di controllo, rispettivamente, negli articoli 8, 10 e 11. Inoltre, diversamente da quanto stabiliscono gli articoli 6 e 7 del regolamento, secondo cui lo Stato ospite dell'investimento estero deve "soltanto" prendere in dovuta considerazione i commenti e i pareri ricevuti in merito a detto investimento, senza essere obbligato a informare gli altri Stati e la Commissione delle decisioni prese a seguito di detti commenti e pa-

⁵⁰ Cfr. l'art. 114 TFUE: «salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

⁵¹ Al riguardo, l'art. 207, par. 1 TFUE dispone che: «la politica commerciale comune si basa su principi uniformi, in particolare per quanto riguarda le modifiche tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di beni e servizi, nonché gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'armonizzazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di difesa commerciale, comprese quelle da adottare in caso di dumping e sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione».

⁵² Cfr. Corte dei conti europea, *Report: Relazione speciale 27/2023: Controllo degli investimenti diretti esteri nell'UE – Il quadro è stato istituito, ma i suoi notevoli limiti impediscono una gestione efficace dei rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico*, 2023, p. 1 ss.

rerì, l'art. 7, parr. 5 e 8, della proposta richiede allo Stato notificante di cooperare, *sul serio*, cioè di dare seguito ai commenti e ai pareri provenienti, rispettivamente, dagli altri Stati e dalla Commissione ed eventualmente – non essendo tali richieste vincolanti – motivare le ragioni di una diversa posizione rispetto a quella adottata da Stati e Commissione⁵³.

La proposta è innovativa anche e soprattutto perché non ha per oggetto soltanto l'investimento effettuato dal soggetto extra-UE, come previsto nel regolamento n. 452/2019. Infatti, sottoposti allo *screening* devono essere, come riconosciuto nell'art. 2 della proposta, anche gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati da un investitore estero «attraverso la propria impresa figlia nell'Unione». Rientrano, quindi, gli investimenti con «controllo estero», a prescindere dalla nazionalità dell'impresa che li effettua.

Sotto questo punto di vista, la proposta parrebbe collocarsi nel solco di ordinamenti, come quello italiano, che estendono la notifica e il *golden power* ad attori europei, come osservato nel § 2. Tuttavia, in primo luogo, un conto è che la condizione per l'attivazione dello *screening* sia il controllo esercitato dall'impresa extra UE sul soggetto europeo, un altro è che si prescinda dal controllo, come nel caso della disciplina italiana. In secondo luogo, nel sopra richiamato caso *Xella*, la Corte di giustizia ha escluso che l'acquirente, società di diritto ungherese, costituita cioè nell'Unione, potesse essere qualificato come investitore estero, non rilevando la provenienza degli azionisti, nemmeno laddove vi fosse un socio di controllo extra UE⁵⁴. Del resto, il regolamento contiene una sola possibile eccezione al divieto di sua applicazione a soggetti europei nell'art. 3, par. 6, nella misura in cui è affermato che «gli Stati membri che dispongono di un meccanismo di controllo mantengono, modificano o adottano le misure necessarie a individuare e prevenire l'elusione dei meccanismi di controllo e delle decisioni di controllo».

Ciò detto, anche alla luce delle conclusioni, innovative ed evoluti-

⁵³ Cfr. altresì l'art. 8, lett. c) del regolamento.

⁵⁴ Cfr. l'approccio formalista della Corte di giustizia in *Xella*, cit., punti 47-49; *contra*, cfr. le conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta del 30 marzo 2023, *Xella*, cit., punti 42 e 43, 49.

ve, dell'Avv. generale Ćapeta in *Xella*, secondo la quale «il regolamento sul controllo degli IED [...] ingloba qualsiasi tipo di investimento possibile mediante il quale un investitore estero acquisisce il controllo di un'impresa dell'Unione»⁵⁵, c'è da chiedersi se l'impostazione della Corte, del tutto indifferente all'azionariato dell'investitore, pertanto formalista e, in questo senso, opposto al criterio sostanzialistico che si trova generalmente al cuore della giurisprudenza UE in tema di mercato interno e abuso del diritto, sia destinata ad essere modificata, come preconizzato nella proposta, o perfino abbandonata. *Xella*, peraltro, è sentenza resa non dalla Grande Sezione della Corte di giustizia, bensì dalla Sezione seconda, che potrebbe quindi essere messa in discussione dalla stessa Corte attraverso una pronuncia resa dalla Grande Sezione, appunto. In effetti, di *revirements* i giudici UE ne hanno praticati diversi, anche recentemente⁵⁶. La proposta, letta anche alla luce dell'attuale contesto geopolitico, in particolare dei tesi rapporti tra Unione e Stati Uniti, segna un'evoluzione che non può essere trascurata. Insomma, il pensiero va a situazioni nelle quali gli investitori, comprese banche, di nazionalità di uno dei Paesi membri dell'Unione, presentano un azionariato di oltre il 50 % e più extra-UE, a volte con identica nazionalità, come nel caso dei fondi statunitensi che decidono in blocco in senso convergente in merito alle operazioni più strategiche dell'impresa, nomina del Consiglio di amministrazione inclusa⁵⁷.

4. *Il rapporto tra il regolamento UE n. 452/2019, il golden power e il regolamento CE n. 139/2004 relativo alle concentrazioni tra imprese*

Il terzo e ultimo profilo menzionato nel § 1 riguarda il rapporto tra concentrazioni e *golden powers*, nella prospettiva dell'ordinamento ita-

⁵⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Ćapeta del 30 marzo 2023, *Xella*, cit., punto 42.

⁵⁶ Tra i più risalenti cfr. Corte giust. 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Keck*; recentemente, cfr. Corte giust. 8 marzo 2022, C-205/20, *NE*. Si veda D. SARMIENTO, *The 'Overruling Technique' at the Court of Justice of The European Union*, in *EJLS*, 2023, p. 107 ss.

⁵⁷ Per un'indagine in dottrina sulla cosiddetta *horizontal/common ownership doctrine* si veda F. GHEZZI, *Common Ownership, obiettivi ESG e fenomeni collusivi: qualche riflessione sulla recente esperienza americana*, in *RRM*, n. 1, 2025, p. 34 ss.

liano⁵⁸, alla luce della vicenda BpM/Unicredit. Una vicenda che mette in luce che, laddove si tratta di una concentrazione, il *golden power* può essere oggetto d'esame e contestazione da parte della Commissione anche in assenza di una comunicazione diretta a quest'ultima da parte dello Stato. L'Italia, infatti, non ha mai comunicato l'attivazione del *golden power* per mezzo del DPCM del 23 aprile 2025 alla Commissione. L'art. 21 del regolamento n. 139/2004, infatti, per un verso, stabilisce che la tutela della sicurezza nazionale consente agli Stati di tutelare interessi differenti da quelli salvaguardati dal regolamento, per l'altro, laddove la normativa interna impatti sul diritto *antitrust*, impone che lo Stato proceda a comunicare l'introduzione di detta normativa alla Commissione, la quale, come noto, ha competenza esclusiva in materia⁵⁹. Se tale comunicazione non è effettuata, la Commissione può

⁵⁸ Si vedano, recentemente, F. GHEZZI, *Golden Power e disciplina della concorrenza*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, in corso di pubblicazione; A. LICASTRO, *Salvaguardia dell'autonomia strategica dell'Unione europea e tutela della competitività del mercato unico. La linea sottile fra golden power e antitrust*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 2, 2025, p. 593 ss. e gli ampi riferimenti bibliografici ivi contenuti. Si vedano altresì gli studi a livello europeo e internazionale, tra cui L. DI VIA, L. PASQUALE, *Controllo degli investimenti stranieri e antitrust. Un matrimonio che s'ha da fare*, in *MCR*, n. 1, 2020, p. 99 ss.; K. GOMEZ, A. GOURGOURINIS, C. TITI (eds.), *European Yearbook of International Economic Law. Special Issue: International Investment Law and Competition Law*, Cham, 2020; P. FINCKERBERG BROMAN, *The parallel development of FDI and Competition Policy*, in P. FINCKERBERG BROMAN, *Weaponizing EU State Aid Law to Impact the Future of EU Investment Policy in the Global Context*, Cham, 2023, p. 38 ss.

⁵⁹ L'art. 21 del regolamento n. 139/2004 recita: «1. Il presente regolamento è il solo applicabile alle concentrazioni quali definite dall'articolo 3, e i regolamenti (CE) n. 1/2003, (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 4056/86(10) e (CEE) n. 3975/87 del Consiglio non sono applicabili, fuorché per imprese comuni che non hanno dimensione comunitaria ed hanno per oggetto o per effetto il coordinamento del comportamento concorrenziale di imprese che restano indipendenti. 2. Fatto salvo il controllo da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per adottare le decisioni previste dal presente regolamento. 3. Gli Stati membri non applicano la loro normativa nazionale sulla concorrenza alle concentrazioni di dimensione comunitaria. Il primo comma lascia impregiudicato il potere degli Stati membri di procedere alle indagini necessarie all'applicazione dell'art. 4, par. 4, e dell'art. 9, par. 2, e di prendere, dopo il rinvio, conformemente all'art. 9, par. 3, primo comma, lettera b), o par. 5, le misure strettamente necessarie in applicazione dell'art. 9, par. 8. 4. Nonostante i parr. 2 e 3,

intervenire sulla base di dati in suo possesso se ritiene che il diritto UE, non solamente quello *antitrust* evidentemente ma anche altri principi e altre norme, come quelle sul mercato interno, sia stato violato. È quanto la Commissione ha fatto, come noto, con la sua dettagliata comunicazione, indirizzata al Governo italiano, adottata il 14 luglio scorso, ai sensi dell'art. 21, par. 4, del regolamento n. 139/2004⁶⁰, sulla base dell'assunto che il *golden power* possa essere fatto rientrare nella disciplina *antitrust*, cioè sia riconducibile alla normativa concorrenziale, e che comunque detto regolamento possa essere ritenuto violato in ragione dell'incompatibilità del sopra richiamato DPCM in merito all'OPS di Unicredit, con le norme UE sulla libertà di stabilimento e sulla libera circolazione dei capitali, di cui agli articoli 49 ss. e 63 ss. TFUE, rispettivamente.

Al riguardo, è di particolare interesse rilevare che la Commissione, in particolare la DG FISMA, anziché la DG COMP, che aveva invece iniziato la procedura ai sensi del regolamento n. 139/2004, ha scelto una strada diversa rispetto a quella di dare seguito alla comunicazione sopra richiamata nell'ambito di quest'ultimo regolamento. La Com-

gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. Sono considerati interessi legittimi ai sensi del primo comma la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali. Qualsiasi altro interesse pubblico è comunicato dallo Stato membro interessato alla Commissione ed accettato dalla stessa, previo esame della sua compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario, prima che i provvedimenti de cui sopra possano essere presi. La Commissione notifica la sua decisione allo Stato membro interessato entro 25 giorni lavorativi dalla data della suddetta comunicazione».

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 21, par. 4, del regolamento n. 139/2004: «nonostante i paragrafi 2 e 3, gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. Sono considerati interessi legittimi ai sensi del primo comma la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali. Qualsiasi altro interesse pubblico è comunicato dallo Stato membro interessato alla Commissione ed accettato dalla stessa, previo esame della sua compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario, prima che i provvedimenti de cui sopra possano essere presi. La Commissione notifica la sua decisione allo Stato membro interessato entro 25 giorni lavorativi dalla data della suddetta comunicazione».

missione, infatti, il 21 novembre 2025, ha inviato una lettera di messa in mora al governo italiano, nell'ambito della procedura *ex art. 258 TFUE*⁶¹, con la quale l'istituzione europea ha messo sotto esame la disciplina italiana, nel suo complesso⁶². Al riguardo, vanno svolte alcune riflessioni. La prima: non c'è una prassi centrata sul regolamento n. 139/2004 e sulla procedura d'infrazione⁶³. Si tratta, dunque, di un precedente importante perché permetterà di valutare estensione e limiti del *golden power* italiano, con implicazioni per altri paesi, in una situazione nuova, con riguardo al settore bancario, rispetto a soggetti (acquirente e *target*) ambedue nazionali. Una situazione nuova perché il caso ungherese, che è stato sovente citato nei *media*⁶⁴, giunto alla

⁶¹ Su tale procedura si vedano, *inter alia*, *amplius*, L. PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017; C. BURELLI, *La discrezionalità della Commissione europea nelle procedure di infrazione*, Torino, 2024.

⁶² Cfr. *Infrazione Ue all'Italia per il golden power sulle banche*. Giorgetti: 'Supereremo le obiezioni', in ANSA, 2025, reperibile online; V. MAYO, *Golden Power, la Commissione Ue avvia una procedura di infrazione contro l'Italia*, in Euronews, 2025, reperibile online; *Golden power, la Ue apre la procedura di infrazione contro l'Italia*, in *Il Sole 24 ore*, reperibile online.

⁶³ Cfr., tuttavia, seppure al di fuori *in toto* del regolamento sulle concentrazioni, l'invio di una lettera di messa in mora, il 17 luglio 2025, da parte della Commissione, alla Spagna (INFR(2025)2121) a causa dell'intervento del Governo spagnolo nell'operazione di acquisizione lanciata da BBVA nei confronti di Banco Sabadell, ritenuto potenzialmente incompatibile con il regolamento sul meccanismo di vigilanza unico (Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi), con la direttiva sui requisiti patrimoniali (direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE), nonché con gli artt. 49 e 63 TFUE. Cfr. Commissione europea, *Pacchetto infrazioni di luglio: decisioni principali*, 8. *Stabilità finanziaria, servizi finanziari e Unione dei mercati dei capitali - La Commissione invita la Spagna a conformarsi alla normativa bancaria dell'UE e alle libertà fondamentali del mercato unico*, p. 1 ss. Cfr., per maggiori informazioni, F. MICHELETTI, *Spain violated EU rules by meddling in banking merger, says Brussels*, in *politico.eu*, 2025; J. AGUADO, *EU challenges Spain for hindering BBVA's Sabadell bid*, in *Reuters*, 2025; *Brussels gives Spain legal warning for blocking BBVA-Sabadell bank merger*, in *Financial Times*, 2025; E. PARRA, *Una fusione bancaria che è diventata un caso politico in Spagna*, in *il Post*, 2025.

⁶⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, M. CARPAGNANO, *Con il caso Unicredit-Banco Bpm*

Commissione tre anni fa⁶⁵, riguardava, differentemente dal caso di Unicredit, in primo luogo, una società austriaca (*Vienna Insurance Group AG Wiener Versicherung Gruppe - VIG*) con azionariato interamente UE, non prevalentemente extra-UE, in secondo luogo, un veto, anziché un'autorizzazione condizionata al rispetto di alcune prescrizioni, in terzo luogo, un'acquisizione priva di qualsivoglia profilo di illegittimità circa i rapporti con Paesi terzi sanzionati dall'Unione, Russia inclusa. La seconda riflessione: la scelta, effettuata dalla Commissione, di fare leva sull'art. 258 TFUE, anziché sul regolamento n. 139/2004, sembra poggiarsi su una circostanza in particolare: il ritiro dell'OPS, come noto, da parte di Unicredit, il 23 luglio 2025.⁶⁶ L'attivazione di una procedura ai sensi del regolamento n. 39/2004 centrata sulla vicenda BpM/Unicredit, così come di una procedura d'infrazione avente per oggetto *soltanto* quest'ultima vicenda, avrebbe potuto sollevare parecchie criticità; infatti, avrebbe potuto revocare in dubbio quello che pare essere un assioma del diritto UE, cioè che l'esistenza di una violazione attuale e concreta del diritto UE è precondizione per l'intervento della Commissione. Violazione che, appunto, ritirata l'offerta, avrebbe potuto non essere considerata concreta e attuale, stante la circostanza che il DPCM, seppure ancora in vigore, è inefficace e quindi che l'offerta non può più essere reiterata nella forma originaria, con la conseguenza che il DPCM ha oramai definitivamente esaurito i suoi effetti. Da qui i rischi, chiaramente ben noti alla Commissione, di eventuali ricorsi, da parte di soggetti privati, avverso

il Golden Power arriva alla prova dell'Europa. Ecco perché, in *Milano Finanza*.

⁶⁵ Cfr. Caso M.10494 - VIG/AEGON CEE del 21 febbraio 2022, Regulation (Ec) No 139/2004 Merger Procedure Article 21(4). Cfr., altresì, Sintesi della decisione della Commissione del 21 febbraio 2022 relativa all'art. 21, par. 4, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (Caso M.10494 – VIG/AEGON CEE (procedura articolo 21)) del 4 gennaio 2021; Commissione europea, *Mergers: Commission finds that Hungary's veto over the acquisition of AEGON's Hungarian subsidiaries by VIG breached Article 21 of the EU Merger Regulation*, 2022, *Commission investigates Hungary's decision to veto VIG/AEGON transaction for possible breach of Article 21 of the EU Merger Regulation*, in *ELL*, 2021.

⁶⁶ Cfr. il comunicato stampa UniCredit del 22 luglio 2025, nel quale il ritiro dell'offerta è stato giustificato dal Consiglio di Amministrazione in quanto le condizioni relative all'autorizzazione *Golden Power* cui era vincolata l'offerta stessa non sono risultate soddisfatte.

la decisione *ex art.* 21 del regolamento n. 39/2004, nell'ambito di una procedura per annullamento, oppure di rinvii pregiudiziali di validità ai sensi dell'art. 267 TFUE. La terza riflessione: la Commissione avrebbe potuto cumulare la procedura d'infrazione e la procedura ai sensi del regolamento n. 39/2004⁶⁷, ma non l'ha fatto. Sembra, invece, che, nello scegliere la sola via dell'infrazione, abbia voluto mettere sotto esame, come sopra ricordato, l'intera disciplina sul *golden power*. La circostanza, che emerge dalla pubblicazione del pacchetto infrazioni di novembre, che anche il DPCM e la vicenda BpM/Unicredit siano oggetto della procedura *ex art.* 258 TFUE sembra dover essere interpretata nel senso che la Commissione potrebbe esigere un intervento di natura normativa in merito al DPCM, più specificamente la sua revoca o abrogazione, per poter generare effetti *erga omnes* e garantire una maggiore certezza del diritto. La quarta e ultima riflessione: la Commissione, convinta della violazione del diritto UE da parte del governo italiano, considerata l'ineffettività del DPCM, parrebbe, in effetti, aver seguito la via meno problematica in punto di diritto⁶⁸. Sotto il profilo politico, in senso lato, la vicenda assume rilievo paradigmatico per comprendere la traiettoria del diritto *antitrust* e sul mercato interno, alla prova della geopolitica, tra sviluppo e limiti del processo d'integrazione e ritorno dello Stato nell'economia.

5. Conclusioni

Due osservazioni conclusive alla luce di quanto scritto fin qui: l'unica via realisticamente a disposizione degli Stati membri, intenzio-

⁶⁷ Come osservato in letteratura, in merito al ricorso per annullamento, con considerazioni valide per altri ricorsi, nulla osta, nei Trattati, a che possa realizzarsi il cumulo tra procedura d'infrazione e altri procedimenti dinanzi alla Corte di giustizia; si veda K. LENAERTS, K. GUTMAN, J. T. NOWAK, *EU Procedural Law*, Oxford, 2023, p. 95 ss.

⁶⁸ La Corte di giustizia ha già dichiarato ricevibili ricorsi della Commissione, *ex art.* 258 TFUE, rispetto a ipotesi nelle quali la violazione era stata sanata, ma nella fase successiva all'emanazione del parere motivato previsto da detta norma, come avvenuto nel caso Corte giust. 19 giugno 2023, C-420/01, *Commissione/Italia*; cfr. altresì 27 ottobre 2005, C-525/03, *Commissione/Italia*.

nati ad applicare i *golden powers* nei confronti di investitori extra-UE ed europei, inclusi quelli “domestici”, è dimostrare che la disciplina interna sia improntata alla salvaguardia della sicurezza, soprattutto se il settore in gioco, come quello bancario, al centro del dibattito in Italia e non solo, ha connotazioni economiche e non economiche che naturalmente si intrecciano. In questo senso, l’ampia varietà di ambiti coperti dal regolamento, da arma che l’Unione ha forgiato per contrastare gli investimenti extra-UE, potrebbe paradossalmente indurre gli Stati a servirsi del regolamento al fine di restringere il mercato interno. La seconda osservazione conclusiva: è chiaro che l’indagine sulla proporzionalità della misura restrittiva assuma, nella pratica, un peso decisivo. In effetti, è proprio intorno a queste categorie e nozioni, quella di sicurezza e quella di proporzionalità, che verosimilmente si svilupperà l’interazione tra ordinamento UE e ordinamenti nazionali negli anni a venire.

ABSTRACT (ita)

Il contributo è centrato sullo studio della (controversa) relazione tra ordinamento dell’Unione europea e ordinamento italiano, con riferimento al rispetto delle norme UE sul mercato interno contenute negli articoli 49 ss. TFUE (libertà di stabilimento) e 63 ss. TFUE (libera circolazione dei capitali) e alla promozione e limitazione degli investimenti esteri diretti in seno all’Unione. In particolare, il primo profilo di interesse consiste nel regolamento UE n. 452/2019, visto nella prospettiva della compatibilità del *golden power* italiano con il diritto dell’Unione. Il secondo profilo riguarda la proposta di modifica del regolamento UE n. 452/2019, del 25 gennaio 2024. Il terzo profilo concerne la relazione tra il regolamento UE n. 452/2019 e il diritto *antitrust*, dal punto di vista della vicenda *BpM/Unicredit*. Nel verificare se problemi di conformità della disciplina attualmente in vigore in Italia sui *golden power* al diritto UE esistono, ci si concentrerà sugli attuali sviluppi circa la procedura d’infrazione recentemente avviata dalla Commissione nei confronti dello Stato italiano.

ABSTRACT (eng)

The contribution focuses on the study of the (controversial) relationship between the EU legal order and the Italian legal order, with particular reference to compliance with EU internal market rules set out in Articles 49 ff. TFEU (freedom of establishment) and 63 ff. TFEU (free movement of capital), and to the promotion and restriction of foreign direct investment within the Union. In particular, the first area of interest concerns EU Regulation No. 452/2019, examined from the perspective of the compatibility of the Italian “golden power” regime with EU law. The second area concerns the proposal to amend Regulation No. 452/2019 of 25 January 2024. The third area addresses the relationship between Regulation No. 452/2019 and antitrust law, through the lens of the *BpM/UniCredit* case. In assessing whether there are problems of conformity between the Italian golden power framework currently in force and EU law, the analysis will focus on the latest developments relating to the infringement procedure recently opened by the Commission against the Italian State.

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DEGLI ATTI ADOTTATI
DALLA PROCURA EUROPEA AL VAGLIO DELLA CORTE DI
GIUSTIZIA: DALLA SENTENZA *G.K. E A.* ALLA PRONUNCIA
*EPPO/I.R.O. E F.J.L.R.**

Miriana Lanotte**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il controllo giurisdizionale nella forma della preventiva autorizzazione giudiziaria degli atti investigativi EPPO: la causa *G.K. e a.* – 3. *Segue*: profili critici. L'applicazione estensiva (forse troppo?) dei tradizionali paradigmi della cooperazione giudiziaria penale all'EPPO. – 4. Il controllo giurisdizionale nella forma dell'impugnazione degli atti di indagine dell'EPPO: le cause *EPPO/I.R.O. e F.J.L.R.* – 5. *Segue*: profili critici. L'(in)evoluzione interpretativa conduce all'(in)efficacia delle indagini EPPO? – 6. Conclusioni: prudenza della Corte e occasioni mancate.

1. *Introduzione*

Il regolamento che istituisce la Procura europea (d'ora in avanti EPPO)¹ ha disegnato – diversamente dalle proposte più ambiziose del-

* Il testo rappresenta la versione scritta della relazione presentata al Convegno "Protezione dell'interesse finanziario UE attraverso la recente giurisprudenza della Corte di giustizia", tenutosi all'Università di Teramo il 15 maggio 2025, nell'ambito della JM Chair "DECrim" - Deepening European Criminal justice (Grant Agreement (GA) - 101127336), co-funded by the EU ERASMUS-2027 programme, under the European Union Jean Monnet Chair Programme Section (ERASMUS-JMO-2023-CHAIR). L'A. desidera ringraziare la Prof.ssa Emanuela Pistoia e il Prof. Alessandro Nato per l'invito graditissimo a contribuire e il Prof. Gianluca Contaldi per i suoi preziosi commenti

** Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Alma Mater Università di Bologna.

¹ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, che attua una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea. Per una analisi complessiva, cfr. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in AP, 2017, p. 1 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Cham, 2018; K. LIGETI, M. J. ANTUNES, F. GIUFFRIDA, *The Eu-*

la dottrina² – un modello di procura «integrato»³, «multilivello»⁴ e «ibrido»⁵ in cui EPPO, sebbene sia un organo indivisibile che opera

ropean Public Prosecutor's Office at Launch, Milan, 2020; V. MITSILEGAS, *European prosecution between cooperation and integration: the European Public Prosecutor's Office and the rule of law*, in *MJECL*, n. 2, 2021, p. 245 ss.; A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *SP*, 2021, p. 33 ss.; G. DE AMICIS, *Competenza e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice*, in *Legislazione penale*, 2022, p. 1 ss.

² Si tratta di un modello molto diverso rispetto a quello proposto nei progetti accademici precedenti alla proposta della Commissione, quali le due versioni del *Corpus Juris* (*Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, Paris, 1997 e il *Corpus juris* 2000, cfr. M. DELMAS-MARTY, J. A. E. VERVAELE (sous la direction de), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000, vol. I. La versione tradotta è di G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Corpus juris* 2000. *Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 195 ss.) e lo *European Model Rules for the Procedure of the Future European Public Prosecutor's Office*. I progetti puntavano ad una armonizzazione del diritto processuale con un effettivo superamento dei confini statali quali limiti spaziali di esplicazione dell'attività d'indagine. La differenza tra il modello proposto dalla dottrina e quello proposto dalla Commissione (cfr. proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, COM (2013) 534final, 17 luglio 2013) e delle criticità di quest'ultimo è stata evidenziata da M. CAIANIELLO, *L'istituzione del Pubblico ministero europeo tra esigenze di efficienza e necessità di semplificazione*, in G. GRASSO ET AL. (a cura di), *Le sfide di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 597 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The Potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 121 ss. e anche con riferimento alla versione del testo della proposta del 2016 (28 ottobre 2016, doc. No. 13459/16), sul quale si legga lo studio di A. WEYEMBERGH, C. BRIÈRE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Bruxelles, 2016, PE 556.950.

³ In questi termini, K. LIGETI, A. MARLETTA, *The European Public Prosecutor's Office: What Role for Olaf in the Future?*, in Z. DURDEVIC, E. IVICEVIC KARAS (eds.), *European Criminal Procedure Law in Service of Protection of European Union Financial Interests: State of Play and Challenges*, Zagreb, 2016, p. 57.

⁴ M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, n. 21, 2013, p. 120.

⁵ Per una critica sul passaggio da una procura europea centralizzata a un modello ibrido/integrato, che rischia (come di fatto è) di limitare l'efficacia e l'uniformità

come ufficio unico, presenta una struttura decentrata⁶. Si tratta, dunque, di un organo che opera su due livelli: quello centrale che si occupa della direzione, supervisione e coordinamento delle indagini; e quello periferico⁷ che, invece, si occupa della conduzione operativa dell'attività inquirente affidata ai procuratori europei delegati (PED) che applicano le norme vigenti nei singoli Stati membri di appartenenza. In altri termini, questo secondo livello, "braccio operativo" della Procura europea⁸, conduce le investigazioni nel territorio dei singoli Stati membri anziché in "un'unica area giudiziaria europea"⁹. Ciò comporta che l'esercizio del potere inquirente e requirente è diffuso e che le regole che disciplinano tale esercizio di potere sono previste, per tutti gli aspetti non disciplinati dal regolamento EPPO, dal diritto nazionale¹⁰. Di fatto – e qui il vero "peccato originale" di tutta la costruzione – EPPO, seppure autorità giudiziaria europea atta a creare uno spazio comune di giustizia penale all'interno dell'Unione «funziona senza un diritto penale sostanziale e procedurale comune»¹¹. Proprio

dell'azione giudiziaria europea, cfr. M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 119 ss.; K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a truly European Prosecution Service?*, in NJECL, vol. 4, nn. 1-2, 2013, p. 14.

⁶ Art. 8 del regolamento EPPO. Cfr. C. BURCHARD, *Art. 8 Structure of the EPPO*, in H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD (eds.), *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, 2021, p. 41 ss.

⁷ Viene definito così il livello decentrato da G. DE AMICIS, R. E. KOSTORIS, *Vertical Cooperation*, in R. E. KOSTORIS (ed.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Cham, 2018, p. 239.

⁸ E. TRAVERSA, *La Procura europea ("EPPO"): struttura, competenze e problemi istituzionali relativi alla legge applicabile*, in F. CAPELLI (a cura di), *La Procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR*, Napoli, 2024, p. 27.

⁹ La proposta di regolamento della Commissione del 2013, all'art. 25, par. 1, prevedeva «[A]i fini delle indagini e dell'azione penale promosse dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri dell'Unione è considerato un unico spazio giuridico in cui la Procura europea può esercitare la sua competenza» (corsivo per enfatizzare).

¹⁰ Così è stabilito dall'art. 5, par. 3, regolamento EPPO. Come afferma la dottrina (cfr. C. BURCHARD, *Art. 5 Basic Principles of the Activities*, in H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD (eds.), *op. cit.*, p. 26) tale disposizione crea una forte dipendenza del regolamento dal diritto nazionale finalizzata a preservare l'integrità dei sistemi nazionali di giustizia penale e ridurre la necessità di armonizzazione del settore.

¹¹ Conclusioni dell'AG Ćapeta, del 22 giugno 2023, C-281/22, *G.K. e a.*, par. 19.

questa eterogeneità normativa da cui deriva, altresì, una frammentazione¹² anche dei diritti difensivi, ha richiesto (e sempre di più in futuro) chiarimenti interpretativi da parte della Corte di giustizia¹³.

Uno dei primi aspetti che ha sollevato questioni giuridiche rilevanti è quello relativo al controllo giurisdizionale (*lato sensu* inteso) degli atti investigativi dell'EPPO.

I primi due rinvii pregiudiziali presentati alla Corte di giustizia hanno avuto ad oggetto l'interpretazione, da un lato, degli artt. 31, par. 3, e 32, e, dall'altro, dell'art. 41, par. 1, regolamento EPPO che prevedono due diverse tipologie di controllo giurisdizionale.

L'art. 31 del regolamento disciplina, in caso di indagini transfrontaliere, l'autorizzazione giudiziaria preventiva dell'atto emesso dal PED incaricato del caso ed eseguito dal PED (di un altro Stato membro) chiamato a prestare assistenza¹⁴. La disposizione in esame, frutto di negoziati particolarmente complessi¹⁵, introduce un regime differenziato a seconda che la legislazione degli Stati membri coinvolti nell'indagine richieda o meno l'autorizzazione giudiziaria per l'adozione di una misura investigativa. Essa contempla due ipotesi principali: *a*) il caso in cui l'autorizzazione del giudice sia prevista dal diritto dello Stato del PED incaricato delle indagini (*lex fori*), e, dunque, sarà quest'ultimo a doverla ottenere; *b*) il caso, invece, in cui l'autorizzazione sia richiesta dalla normativa dello Stato del PED assistente ai fini dell'esecuzione (*lex loci*), e, pertanto, sarà compito di quest'ultimo provvedervi. La disposizione, tuttavia, non offre una soluzione per l'eventualità in cui l'autorizzazione giudiziaria sia necessaria secondo entrambi gli ordinamenti nazionali (tanto di quello del PED richieden-

¹² Sulla frammentazione dei diritti di difesa, cfr. T. WAHL, *The European Prosecutor's Office and the Fragmentation of Defence Rights*, in K. LIGETI, M. JOÃO ANTUNES, F. GIUFFRIDA (eds.), *op. cit.*, p. 85 ss.

¹³ Si segnala che il 23 gennaio 2024, la commissione LIBE ha presentato lo studio avviato dalla Commissione (nell'aprile 2022) per valutare la compatibilità delle legislazioni nazionali con il regolamento EPPO, reperibile al seguente sito: www.europarl.europa.eu/thinktank/en/events/details/study-presentation-compatibility-of-nati/20240118EOT08142.

¹⁴ H. HERRNFELD, *Art. 31 Cross-Border Investigation*, in H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD (eds.), *op. cit.*, p. 282 ss.

¹⁵ Come spiega la stessa AG nelle conclusioni ai parr. 21-30.

te quanto di quello del PED assistente). Ed è proprio su tale lacuna¹⁶ che si concentra la questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia (v. *infra*, par. 2)¹⁷.

La seconda tipologia di controllo giurisdizionale è quella disciplinata dall'art. 42 regolamento EPPO che stabilisce che «gli atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale»¹⁸. In particolare, il tema posto all'attenzione della Cor-

¹⁶ Alcuni autori hanno ritenuto che in realtà non ci fosse una reale lacuna da colmare, ma che una interpretazione letterale e teleologica del regolamento avrebbero consentito con facilità di addivenire ad una interpretazione coerente con gli obiettivi del regolamento. Cfr. N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO: una prima lettura della sentenza C-281/22*, in *SP*, n. 3, 2024, p. 31 ss., spec. p. 38.

¹⁷ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-281/22, *G.K. e a.* In commento alla sentenza si legga, A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante prova*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12 dicembre 2022; T. WAHL, *ECJ Ruling on the Exercise of Judicial Review in EPPO's Cross-Border Investigations*, in *Eucrim*, n. 4, 2023; E. TRAVERSA, *Prima grande sentenza della Corte di giustizia UE (causa n. C-282/22) avente ad oggetto l'interpretazione del regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *DCSI*, nn. 1-2, 2024, p. 105 ss.; M. CAIANIELLO, *Sometimes The More is Less. Transnational Investigations in the EPPO System After the Judgment of the EU Court of Justice*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 32, n. 2, 2024, p. 87 ss.; D. G. CARBONARI, *Procura europea e misure investigative: la pronuncia della Corte di Giustizia e il suo impatto sul sistema*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2024, p. 676 ss.; N. GIBELLI, *op. cit.*; E. SACCHETTO, *La Corte di giustizia si pronuncia sul primo rinvio pregiudiziale in materia di indagini transfrontaliere condotte dalla procura europea: un passo avanti per la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *EJ*, n. 2, 2024, p. 158 ss.; N. FRANSSEN, *The judgment in G.K. e.a. (parquet européen) brought the EPPO a pre-Christmas tiding of comfort and joy but will that feeling last?*, in *European Law Blog*, n. 1, 2024.

¹⁸ Come la dottrina sottolinea (cfr. V. MITSILEGAS, F. GIUFFRIDA, *Judicial Review of EPPO Acts and Decisions*, in K. LIGETI, M. JOÃO ANTUNES, F. GIUFFRIDA (eds.), *op. cit.*, p. 117), EPPO si differenzia dalle altre agenzie in materia penale (Eurojust e Europol) in relazione alle quali l'unico controllo giurisdizionale è quello delle decisioni relative al trattamento dei dati personali. Si ricordi, nel caso *Spagna contro Eurojust* (Corte giust. 15 marzo 2005, C-160/03, punto 27) il governo spagnolo ha chiesto l'annullamento di alcuni bandi di assunzione emessi da Eurojust, lamentando una discriminazione linguistica a favore dell'inglese e del francese. La Corte di giustizia ha

te riguarda la definizione di ciò che possa esse considerato atto impugnabile secondo la disposizione succitata (v. *infra*, par. 4)¹⁹.

Il contributo si propone di analizzare congiuntamente le pronunce *G.K. e a. e EPPO/I.R.O. e F.J.L.R.* (v. *infra*, parr. 2 e 4) che costituiscono i primi interventi della Corte di giustizia sulla Procura europea, e di evidenziarne i profili critici (v. *infra*, parr. 3 e 5). Le decisioni, infatti, pur rappresentando un punto di partenza, non appaiono particolarmente costruttive né orientate in senso evolutivo, mancando una lettura teleologica coerente con la natura sovranazionale dell'EPPO. Se è indubbio che la tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali rappresenti un pilastro imprescindibile della civiltà giuridica europea, nonché la base su cui deve fondarsi lo spazio giudiziario comune, è altrettanto necessario – e ciò non risulta in contraddizione con il primo obiettivo – che l'interpretazione delle disposizioni del regolamento EPPO non comprometta la funzionalità dell'organo, né ne ostacoli l'effettività operativa. Invece, pare che la logica sottesa al ragionamento della Corte in entrambe le pronunce sia quella di rifuggire soluzioni che – pur coerenti con la struttura unitaria della Procura – potrebbero apparire eccessivamente innovative rispetto ai paradigmi tradizionali della cooperazione giudiziaria. Tuttavia, l'EPPO richiederebbe un mutamento di approccio ermeneutico, volto a valorizzarne la natura unitaria e la dimensione sovranazionale, anziché ricondurlo entro schemi – si fa ri-

dichiarato il ricorso irricevibile, affermando che gli atti contestati non rientravano tra quelli soggetti a controllo di legittimità ai sensi dell'allora art. 230 CE (ora art. 263 TFUE), poiché Eurojust operava nel quadro del terzo pilastro (*ex art.* 35 TUE), che limitava la giurisdizione della Corte.

¹⁹ Corte giust. 8 aprile 2025, C-292/23, *I.R.O., F.J.L.R.* Per un primo commento si leggano J. OBERG, *Effective Remedies and Procedural Autonomy- Judicial Review of Actions by the European Public Prosecutor (C-292/23, EPPO v I.R.O and F.J.L.R.)*, in *ELL*, 23 April 2025; M. RAMAT, *Lo scrutinio giurisdizionale degli "atti procedurali dell'EPPO destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi": La sentenza della CGUE nella causa EPPO (Contrôle juridictionnel des actes de procédure) (C-292/23)*, in *STEPPPO EU*, 26 aprile 2025, rinvenibile al seguente sito www.steppo-eulaw.com/2025/04/26/lo-scrutinio-giurisdizionale-degli-atti-procedurali-delleppo-destinati-a-produrre-effetti-giuridici-nei-confronti-di-terzi-la-sentenza-della-cgue-nella-causa-eppo-controlle/; B. MINUCCI, *Verso un controllo uniforme degli atti procedurali della Procura europea: la prima parola della Corte di giustizia*, in *EJ*, 5 maggio 2025.

ferimento ai principi di reciproco riconoscimento e reciproca fiducia – che a questa mal si adattano. Come sottolineato in dottrina, la Procura europea costituisce un esempio paradigmatico di «integration with limited supranationalisation»²⁰ e non di “*integration without supranationalisation*”²¹: si tratta di una differenza che deve, *rectius* dovrebbe, orientare la lettura e l’interpretazione sistematica del regolamento EPPO alla luce delle sue finalità e della sua specificità²².

2. Il controllo giurisdizionale nella forma della preventiva autorizzazione giudiziaria degli atti investigativi EPPO: le cause G.K. e a.

Come anticipato, l’art. 31, par. 3, del regolamento EPPO lascia irrisolta una questione centrale: quale sia il regime giuridico applicabile all’autorizzazione giudiziaria preventiva nel caso di indagini transfrontaliere quando essa è richiesta sia dalla legge del PED incaricato che assistente.

La questione è stata portata all’attenzione della Corte nella causa *G. K. e a.* che prende le mosse da un’indagine condotta in Germania, relativa a presunte frodi doganali e fiscali nell’importazione di biodiesel (dalla Bosnia Erzegovina verso la Germania e l’Austria), con un danno rilevante per il bilancio dell’Unione²³.

Nell’ambito di quest’indagine, il PED tedesco (incaricato dell’indagine) ha assegnato al PED austriaco (assistente) il compimento di misure di perquisizione e sequestro, senza ottenere l’autorizzazione

²⁰ L’espressione è di L. SCHMEER, *The establishment of the European Public Prosecutor’s Office: integration with limited supranationalisation?*, in *JEI*, vol. 45, n. 6, 2023, p. 845 ss.

²¹ In questi termini, C. BICKERTON, D. HODSON, U. PUETTER, *The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era*, in *JCMS*, vol. 53, n. 4, 2015, p. 706.

²² Affronta le questioni relative alle garanzie procedurali per gli indagati e al controllo giurisdizionale sugli atti dell’EPPO, evidenziando le tensioni tra la necessità di un’azione europea unitaria e il mantenimento della sovranità nazionale, F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor’s Office: King without kingdom?*, in Research Report, Centre for European Policy Studies, February 2017.

²³ *G.K. e a.*, sopra citata. Cfr. nota n. 15.

preventiva, ritenendo sufficiente – sulla base dell'art. 31, par. 3, del regolamento e della normativa tedesca di attuazione²⁴ – l'autorizzazione, richiesta dal diritto austriaco, del giudice dello Stato del PED assistente. Sennonché, dopo che il PED assistente ha disposto la perquisizione dei locali e ne ha richiesto la convalida al giudice nazionale, gli indagati hanno presentato ricorso contro le decisioni di convalida dinanzi al Tribunale regionale superiore di Vienna, lamentando la mancanza di valutazione in merito alla necessità e proporzionalità delle misure.

Il giudice austriaco dell'impugnazione si è così trovato di fronte al seguente problema interpretativo: nell'ambito di un'indagine transfrontaliera condotta dalla Procura europea, qualora da entrambi i diritti degli Stati membri dei PED sia richiesta una preventiva autorizzazione giudiziaria per il compimento di un atto di indagine, quale giudice è competente a rilasciarla e, soprattutto, quale è l'ampiezza del controllo giurisdizionale esercitato, ossia se esso deve limitarsi agli aspetti formali e procedurali dell'esecuzione della misura oppure estendersi anche alla verifica della sussistenza dei presupposti sostanziali che giustificano l'adozione della misura investigativa²⁵.

²⁴ Si tratta dell'art. 3, par. 2, del Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (legge di esecuzione del regolamento dell'Unione europea che istituisce la Procura europea), che recita: «Qualora le disposizioni del codice di procedura penale prevedano l'ordinanza o la conferma di un giudice per un adempimento investigativo, tale ordinanza o conferma deve essere ottenuta da un tribunale tedesco per misure transfrontaliere da eseguire in un altro Stato membro che partecipa all'istituzione della Procura europea, conformemente all'articolo 31, paragrafo 3, del [regolamento 2017/1939] solo se la legge dell'altro Stato membro non richiede tale ordinanza o conferma di un tribunale».

²⁵ Le domande pregiudiziali sono le seguenti: «1) Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 31, paragrafo 3, primo comma, e l'articolo 32 del [regolamento 2017/1939], debba essere interpretato nel senso che, nel caso di indagini transfrontaliere, qualora occorra l'autorizzazione giudiziaria di una misura da eseguire nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, è necessario un esame di tutti gli elementi giuridici sostanziali, quali la responsabilità penale, gli indizi di reato, la necessità e la proporzionalità. 2) Se l'esame debba tener conto del fatto che l'ammissibilità della misura è già stata oggetto di un controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in base al diritto di tale Stato membro. 3) In caso di risposta negativa alla prima questione o di risposta positiva alla seconda questione, in che misura debba avvenire il controllo giurisdizionale nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza».

Tale dubbio deriva dalla circostanza che l'art. 31, par. 3, regolamento EPPO è oggetto di due interpretazioni contrastanti. Secondo una prima lettura – sostenuta dai governi austriaco e tedesco – qualora il diritto nazionale del PED assistente richieda la preventiva autorizzazione giudiziaria ai fini di eseguire una misura investigativa, siffatta autorizzazione dovrebbe comportare un controllo completo, ovverosia tanto degli aspetti procedurali relativi all'esecuzione della misura, quanto di quelli sostanziali che giustificano l'adozione della stessa misura²⁶; diversamente, in virtù della seconda interpretazione – sostenuta da EPPO, Commissione e dai governi francese, rumeno e dei Paesi Bassi – se entrambe le leggi nazionali (del PED incaricato e assistente) richiedono l'autorizzazione giudiziaria di una misura investigativa questa comporta entrambe le autorizzazioni, ma il controllo dei soli aspetti formali e procedurali concernenti l'esecuzione della misura da parte del giudice dello Stato del PED assistente (e ciò anche nel caso in cui il diritto dello Stato membro del PED incaricato non richieda una preventiva autorizzazione giudiziaria in una situazione analoga di diritto interno)²⁷.

L'Avvocato generale Čapeta ha proposto una soluzione fondata su una sola autorizzazione giudiziaria preventiva, che doveva essere rilasciata dal giudice dello Stato membro del PED assistente e doveva essere limitata al solo controllo degli aspetti formali e procedurali relativi all'esecuzione della misura investigativa²⁸.

²⁶ Ne consegue che spetterebbe agli organi giurisdizionali degli Stati membri del PED assistente valutare se sussistono gli indizi di commissione di un reato, se la misura investigativa proposta possa fornire gli elementi di prova utili e sufficienti ai fini dell'esercizio dell'azione penale; se questi elementi di prova non possono essere ottenuti mediante una misura meno intrusiva. Ciò, tra l'altro, implicherebbe come sottolineato dal giudice del rinvio, che per condurre un esame completo il giudice dell'impugnazione dello Stato del PED assistente dovrebbe ricevere tutti i documenti necessari per effettuare detto esame.

²⁷ Anche questa seconda opzione non è scevra da critiche (come si argomenterà nel par. 3) posto che un esame limitato ai soli aspetti formali, sebbene in linea con l'obiettivo di tutelare l'efficienza investigativa, sarebbe accettabile, però, solo ove il preventivo controllo giurisdizionale sui presupposti dell'atto fosse già avvenuto nello Stato del PED titolare dell'indagine e non anche nei casi in cui la normativa nazionale dello Stato del PED incaricato non prevedesse siffatta autorizzazione preventiva.

²⁸ Conclusioni *G.K. e a.*, sopra citate. L'AG riconosce che il testo dell'art. 31, par.

Diversamente, la Corte di giustizia, discostandosi dalle conclusioni dell'AG, sposa le seconda delle due interpretazioni suddette. In dettaglio, in primo luogo, la Corte chiarisce che, in caso di indagini transfrontaliere, sono necessarie due autorizzazioni giudiziarie preventive: quella del giudice dello Stato del PED incaricato, avente ad oggetto la legittimità sostanziale della misura, ovverosia indizi, necessità, proporzionalità, e quella del giudice del PED assistente, limitata al controllo delle condizioni procedurali di esecuzione della misura secondo il diritto nazionale²⁹.

Tale duplice struttura autorizzativa, secondo la Corte, «riflette la logica sottesa al sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, che si fonda sui principi della fiducia e del riconoscimento reciproci»³⁰. Siffatti principi impongono che, analogamente a quanto avviene nel contesto del mandato d'arresto europeo (MAE) e dell'ordine europeo di indagine (OEI), «l'autorità di esecuzione non è tenuta a verificare il rispetto, da parte dell'autorità di emissione, delle condizioni di emissione della decisione giudiziaria che essa deve eseguire»³¹.

In secondo luogo, la Corte, valorizzando i considerando nn. 12, 14,

3, può prestarsi a più interpretazioni, e ritiene che entrambe le opzioni siano plausibili. Tuttavia, sostiene che il regolamento EPPO mira a creare un sistema efficiente di indagini transfrontaliere e dunque interpretare l'art. 31, par. 3, nel senso di richiedere un doppio controllo giurisdizionale (completo) renderebbe il sistema meno efficiente perfino rispetto alla direttiva OEI. La necessità di avere un'unica autorizzazione giudiziaria del giudice dello Stato del PED assistente garantisce comunque la tutela dei diritti fondamentali attraverso: a) il dialogo tra PED incaricato e PED assistente (art. 31, par. 5 e 7); il controllo giurisdizionale *ex post* (art. 42); b) l'obbligo di rispettare la Carta (artt. 5 e 41 del regolamento EPPO). Sulle conclusioni dell'AG, cfr. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem? Remarks on the Advocate General's Opinion Delivered on 22 June 2023 in Case C-281/22 G.K. and Others (Parquet européen)*, in *Eucrim*, n. 2, 2023, p. 229 ss.; A. H. WEISS, *Judicial Review of Investigative Measures under the EPPO Regulation. More to It than It Seems? A Recap of the Oral Hearing in G.K. & Others*, in *European Law Blog*, April 2023; B. MINUCCI, *Le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta nella prima causa EPPO*, in *BlogDUE*, 27 luglio 2023.

²⁹ *G.K. e a.*, sopra citata, punti 54 e 72-73.

³⁰ *Ivi*, punto 55.

³¹ *Ivi*, punto 64.

20 e 60 del regolamento EPPO³², sottolinea come il legislatore abbia inteso istituire un meccanismo investigativo transnazionale *almeno* altrettanto efficiente rispetto agli strumenti di cooperazione giudiziaria previgenti³³. Alla luce di tale obiettivo, la Corte di giustizia esclude la possibilità di interpretare l'articolo 31, par. 3, regolamento EPPO in modo da consentire al giudice dello Stato membro del PED assistente di valutare «gli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura di indagine assegnata»; ciò «condurrebbe, nella pratica, a un sistema meno efficiente di quello istituito da tali strumenti giuridici e comprometterebbe quindi l'obiettivo perseguito da tale regolamento»³⁴.

Diversamente, delineando un sistema in cui entrambe le autorità giudiziarie degli Stati membri coinvolte nelle indagini hanno un ruolo di responsabilità nell'autorizzazione di misure investigative, seppure per profili differenti, la Corte concilia – almeno questa pare essere la *ratio* – l'esigenza di efficienza con quella di tutela dei diritti fondamentali³⁵. A questo proposito, infatti, nei passaggi conclusivi la Corte ri-

³² *Ivi*, punto 65. Tra i considerando citati si riportano i passaggi più significativi: il considerando n. 12 prevede che: «La Procura europea dovrebbe essere un organismo dell'Unione dotato di personalità giuridica e dovrebbe combinare l'indipendenza con l'obbligo di rendere conto delle proprie attività. In qualità di organo dell'Unione, la Procura europea dovrebbe operare nel pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Le misure investigative adottate dalla Procura europea *dovrebbero essere soggette al controllo dei giudici competenti*. L'indipendenza della Procura europea e dei suoi procuratori europei dovrebbe essere garantita, senza pregiudizio dei meccanismi di controllo istituiti da questo regolamento»; il considerando n. 60 stabilisce che: «La Procura europea dovrebbe poter eseguire misure investigative in uno o più Stati membri. A tal fine, è necessario prevedere una *procedura specifica per le indagini transfrontaliere, che consenta un'assistenza efficace e rapida tra i procuratori europei delegati*. Tale procedura dovrebbe essere quanto *più efficiente possibile* e dovrebbe pertanto *discostarsi dagli strumenti esistenti in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale*, pur rispettando i diritti della difesa. In tale contesto, le attività di indagine della Procura europea dovrebbero beneficiare *almeno dello stesso livello di efficienza* previsto dagli strumenti giuridici esistenti, come l'ordine europeo di indagine o il mandato d'arresto europeo» (corsivo per enfatizzare).

³³ *Ivi*, punto 67.

³⁴ *Ivi*, punto 68.

³⁵ Cfr. A. MOSNA, *Effective judicial protection as a central issue in EPPO cross-border investigations: The ECJ's first ruling in G. K. and Others*, in CMLR, vol. 61, n. 5,

chiama tre aspetti fondamentali: i) l'obbligo per lo Stato membro del PED incaricato di garantire, nel proprio ordinamento, un adeguato controllo giurisdizionale preventivo, tale da assicurare la legalità, la necessità e la proporzionalità delle misure investigative³⁶, nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 51, par. 1, CDFUE)³⁷; ii) la necessità di particolari garanzie per le misure intrusive, come quelle incidenti sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio, delle comunicazioni e sul diritto di proprietà³⁸; iii) l'importanza del meccanismo di cooperazione interna previsto dall'art. 31, parr. 5 e 6, in base al quale il PED assistente può suggerire misure alternative meno invasive e, in caso di disaccordo, deferire la questione alla camera permanente dell'EPPO³⁹.

3. Segue: *profili critici. L'applicazione estensiva (forse troppo?) dei tradizionali paradigmi della cooperazione giudiziaria penale all'EPPO*

La soluzione adottata dalla Corte, benché accolta con favore da una parte della dottrina⁴⁰, solleva perplessità sotto almeno tre profili: pratico, sistemico e interpretativo⁴¹.

2024, spec. p. 1353.

³⁶ G.K. e a., sopra citata, punto 75.

³⁷ *Ivi*, punto 73.

³⁸ *Ivi*, punto 74.

³⁹ *Ivi*, punto 77.

⁴⁰ A. MOSNA, *op. cit.*, p. 1354 ss.

⁴¹ N. FRANSSEN, *op. cit.*, restituisce con efficacia l'entusiasmo affrettato che ha accompagnato la reazione iniziale alla sentenza con le seguenti parole: «[J]udging by the image of a visibly delighted EPPO employee posted on LinkedIn, the mood at 11 Avenue John F. Kennedy (i.e. the EPPO's headquarters in Luxembourg) following the ECJ's judgment in Case C-281/22 G.K. appears to have been celebratory, bordering on self-congratulatory. The tone of the EPPO's official statement on the judgment, titled 'EU Court of Justice confirms EPPO's approach to faster and more efficient cross-border investigations', is equally upbeat and echoes the appreciation of a welcome gift befitting the festive season. All joking apart, the statement undoubtedly reflects a sense of relief following a nagging concern that the mechanism in place for cross-border cooperation within the EPPO's ambit would have become much more cumbersome had the Court come to a different appreciation of the relevant articles in

Anzitutto sul piano pratico, il meccanismo delineato sembra, in apparenza, offrire il vantaggio di concentrare in un'unica giurisdizione il controllo sul merito della misura investigativa – vale a dire la verifica del rispetto dei presupposti giuridici e fattuali che ne giustificano l'adozione – demandando, invece, agli organi giudiziari dello Stato esecutivo le questioni accessorie legate all'esecuzione pratica della misura⁴². Tuttavia, tale semplificazione sembra essere più apparente che reale. È infatti difficile immaginare che, in concreto, la difesa non intenda impugnare entrambe le autorizzazioni preventive – quella emessa dal giudice dello Stato del PED richiedente e quella rilasciata dal giudice dello Stato del PED assistente – al fine di contestare la legittimità complessiva della misura. Ne deriva il rischio concreto di un duplice contenzioso parallelo, che comporta un inevitabile allungamento dei tempi procedurali, in evidente tensione con i principi di efficienza e concentrazione che dovrebbero caratterizzare l'azione investigativa transnazionale dell'EPPO.

In secondo luogo, sotto il profilo sistemico, lo schema delle due autorizzazioni – coinvolgendo tanto il giudice dello Stato del PED incaricato che il giudice dello Stato del PED assistente e introducendo, di fatto, una ripartizione di compiti e responsabilità all'interno del sistema EPPO – rievoca la classica distinzione tra autorità giudiziarie di emissione e di esecuzione tipica degli strumenti di cooperazione giudiziaria. Eppure, applicare all'EPPO le logiche sottese alla cooperazione interstatale svilisce la sua stessa ragion d'essere. La Procura europea, infatti, è (o almeno – secondo quanto previsto dal regolamento – dovrebbe essere) un'autorità indivisibile, organizzata su due livelli ma coordinata centralmente, in cui i PED operano come articolazioni di un unico ufficio europeo e non

Regulation 2017/1939 (the EPPO Regulation) on the occasion. *Even so, the question arises as to whether the initial euphoria regarding the outcome of the proceedings might somehow become slightly mitigated if we were to have a closer look at some of the legal and practical consequences of the Court's judgment*» (corsivo per enfatizzare). Anche prima della sentenza della Corte in chiave critica, cfr. A. VENEGONI, *op. cit.*; B. MINUCCI, *La procura europea e l'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale: tutele disomogenee e reali progressi*, in *EJ*, n. 3, 2023, spec. pp. 14-16.

⁴² In questi termini, M. CAIANIELLO, *Sometimes the More is Less*, cit., pp. 87-104.

come autorità nazionali autonome. Sebbene la pronuncia della Corte voglia rafforzare l'esigenza di un controllo giurisdizionale effettivo nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso per quel che riguarda gli elementi relativi all'adozione e alla giustificazione della misura⁴³, si deve rammentare che, l'azione dei PED non dovrebbe fondarsi né sulla distinzione tra autorità di emissione e di esecuzione, né sui principi di reciproca fiducia⁴⁴ e di

⁴³ E questo anche perché la Corte nelle sentenze relative al MAE (si v. per tutte, Corte giust. 27 maggio 2019, C-508/18 e C-82/19 PPU, OG e PI), diversamente dal caso riguardante l'ordine di indagine europeo (Corte giust. 8 dicembre 2020, C-584/19, A. e a., in relazione alla quale si consenta il rinvio a M. LANOTTE, *Il requisito dell'indipendenza del pubblico ministero nell'emissione di un ordine europeo di indagine*, in *Cassazione penale*, n. 3, 2021, p. 1060 ss.) ritiene che la nozione di autorità giudiziaria emittente un MAE non ricomprenda le procure di uno Stato membro, come quelle della Germania, posto che queste ultime sono esposte al rischio di essere soggette direttamente o indirettamente a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della giustizia.

⁴⁴ Sul principio di reciproca fiducia, si vedano, senza pretesa di esaustività e tra i contributi dell'ultimo decennio, V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *YEL*, n. 31, 2012, p. 319 ss.; K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 529 ss.; V. MITSILEGAS, *Conceptualising Mutual Trust in European Criminal Law. The Evolving Relationship Between Legal Pluralism and Rights-Based Justice*, in E. BROUWER, D. GERARD (eds.), *Mapping mutual trust: understanding and framing the role of mutual trust in EU law*, EUI MWP, 2016/13, p. 23 ss.; S. MONTALDO, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *EP*, vol. 1, n. 3, 2016, p. 965 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; S. PRECHAL, *Mutual Trust before the Court of Justice of the European Union*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security & Justice*, n. 2, 2017, p. 26 ss.; P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *FSJ*, n. 2, 2017, p. 1 ss.; P. MORI, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les États membres: un principe essentiel de l'Union européenne*, in AA.VV., *Liber Amicorum A. Tizzano*, Torino, 2018, p. 651 ss.; J. P. JACQUÉ, *État de droit et confiance mutuelle*, in *RTDE*, vol. 54, n. 2, 2018, p. 239 ss.; E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in *DUE*, n. 2,

reciproco riconoscimento⁴⁵ – principi che, non a caso, non trovano

2018, p. 231 ss.; J. ÖBERG, *Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure*, in *ECLR*, vol. 16, n. 1, 2020, p. 33 ss. Con riferimento alle conseguenze sul principio di fiducia reciproca di fronte alla crisi dello stato di diritto, nel senso di evidenziare il ruolo positivo svolto dalla Corte, cfr. L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *FSJ*, n. 1, 2021, p. 1 ss. Con approccio critico rispetto alle soluzioni poste in essere dalla Corte, cfr. C. RIZCALLAH, *The principle of mutual trust in European Union Law: An Essential Principle Facing a Crisis of Values*, in *Working Papers, Forum Transregionale Studien*, n. 9, 2022; P. BÁRD, D. KOCHENOV, *Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe*, in *JCMS*, vol. 60, n. 1, 2022, p. 150 ss.; E. XANTHOPOULOU, *The European Arrest Warrant in a context of distrust: Is the Court taking rights seriously?*, in *ELJ*, vol. 28, 2022, p. 218 ss.; P. BÁRD, *Rule of law. Sustainability and Mutual Trust in a Transforming Europe*, The Hague, 2023; M. BONELLI, M. CORREIA DE CARVALHO, *No need to look, trust me! Mutual trust and distrust in the European arrest warrant system*, in *ELO*, vol. 3, n. 2, 2024, p. 281 ss.

⁴⁵ Sul principio di reciproco riconoscimento nel settore della cooperazione giudiziaria penale, cfr. S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?*, in *CMLR*, vol. 41, 2004, p. 5 ss.; W. VAN BALLEGOOIJ, G. GONZALES, *Mutual Recognition and Judicial Decisions in Criminal Matters: A 'Rule of Reason' for Surrender Procedures?*, in A. SCHRAUWEN (ed.) *Rule of Reason: Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Amsterdam, 2005, p. 163 ss.; V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *CMLR*, vol. 43, n. 5, 2006, p. 1277; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFACI (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 691 ss.; M. FICHERA, *Mutual Recognition in Criminal Matters: The Emergence of a European Constitutional Criminal Law*, in *ELJ*, vol. 15, 2009, p. 70 ss.; L. BAY LARSEN, *Some Reflections on Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in P. CARDONNEL, A. ROSAS, N. WAHL (eds.), *Constitutionalising the EU judicial system: Essays in Honour of Pernilla Lindb*, Oxford, 2012, p. 139 ss.; C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013; D. HELENIUS, *Mutual Recognition in Criminal Matters and the Principle of Proportionality: Effective Proportionality or Proportionate Effectiveness?*, in *NJECL*, vol. 5, n. 3, 2014, 349 ss.; K. LENAERTS, *The Principle of Mutual Recognition*, cit., p. 529 ss.; L. KLIMEK, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Cham, 2017; C. AMALFITANO, M. ARANCI, *La cooperazione giudiziaria penale nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale. 1: Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice na-*

menzione nel regolamento EPPO –, ma sulla comune appartenenza a una struttura unitaria. In virtù di questa logica, i PED assistenti non dovrebbero riconoscere ed eseguire le misure richieste dal PED incaricato, ma dovrebbero limitarsi ad effettuare le misure investigative che vengono “assegnate” loro dal PED incaricato⁴⁶. Del resto, che l'EPPO non debba essere assimilata ai tradizionali strumenti di cooperazione giudiziaria emerge con chiarezza anche dal considerando 73 del regolamento, secondo cui il ricorso a strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera ha carattere meramente residuale e non può sostituire le norme specifiche del regolamento⁴⁷, e dall'art. 31, par. 6, che consente al PED assistente, qualora la misura investigativa richiesta non esista nel proprio ordinamento per situazioni puramente interne, di fare ricorso – in accordo con il PED incaricato – a strumenti di cooperazione esterni al regolamento.

Sennonché se si assume che anche ad EPPO si possono applicare i principi di mutua fiducia e riconoscimento – con ciò trascurando le peculiarità strutturali e funzionali dell'EPPO rispetto agli ordinari meccanismi di cooperazione⁴⁸, – allora si potrà applicare (o quantome-

zionale, Milano, 2023, p. 385 ss.

⁴⁶ In termini simili si esprime H. HERRNFELD, *Art. 31*, cit., p. 288. Infatti, si ricordi che l'art. 31, par. 1, regolamento EPPO stabilisce che «i procuratori europei delegati agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi regolarmente nei casi transfrontalieri. Qualora una misura debba essere intrapresa in uno Stato membro diverso da quello del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo decide in merito all'adozione della misura necessaria e la assegna a un procuratore europeo delegato avente sede nello Stato membro in cui la misura in questione deve essere eseguita» (corsivo per enfatizzare).

⁴⁷ Il considerando stabilisce che: «tali meccanismi servono a integrare il regolamento al fine di assicurare che, nello svolgimento delle indagini o dell'azione penale, qualora in un'indagine transfrontaliera si renda necessario il ricorso a una misura che però non è prevista nel diritto nazionale per una situazione puramente interna, essa possa essere utilizzata conformemente alla legislazione nazionale di attuazione del pertinente strumento».

⁴⁸ Appare utile evidenziare che la Corte ha completamente ignorato il ragionamento – non necessariamente condivisibile – dell'AG, che aveva elaborato la teoria di una “diversa gradazione” del principio di reciproco riconoscimento (di cui EPPO costituirebbe ad oggi l'espressione più avanzata). Si v. conclusioni *G.K. e a.*, sopra citate, parr. 80-101 e spec. parr. 97-101.

no il dubbio appare del tutto legittimo)⁴⁹ *mutatis mutandis*, anche la giurisprudenza, sviluppata in relazione al MAE, che prevede la possibilità di derogare a tali principi. In particolare, si fa riferimento all'orientamento inaugurato nella nota sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁵⁰ (e nei successivi sviluppi⁵¹) in virtù del quale, la Corte ha ammesso, in casi eccezionali⁵², la possibilità per l'autorità giudiziaria di esecuzione

⁴⁹ Questo profilo è stato sollevato anche da N. GIBELLI, *op. cit.*, spec. pp. 38-39.

⁵⁰ Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*. Sulla sentenza molto commentata, *ex multis*, cfr. G. ANAGNOSTARAS, *Mutual Confidence Is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Căldăraru*, in CMLR, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1675; A. LAZOWSKI, *The Sky Is Not the Limit: Mutual Trust and Mutual Recognition après Aranyosi and Căldăraru*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 14, n. 1, 2018 p. 13 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in DUDI, vol. 10, n. 2, 2016 p. 445 ss. Sulla possibilità di applicare siffatta giurisprudenza ad altri strumenti di cooperazione giudiziaria, A. ROSANÒ, *Once Aranyosi, Always Aranyosi? Considerazioni sulla riproponibilità del test Aranyosi e Căldăraru nell'ambito di alcuni strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale diversi dal mandato d'arresto europeo*, in SIE, 2020, p. 163 ss.

⁵¹ Sulle successive applicazioni della sentenza *Aranyosi e Căldăraru* in particolare al caso LM (Corte giust. 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*, cfr. L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo*, cit.; P. BÁRD, W. VAN BALLEGOIJ, *Judicial Independence as a Precondition for Mutual Trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in NJECL, vol. 9, n. 3, 2018, p. 353 ss.; A. WILLEMS, *The Court of Justice of the European Union's Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal*, in GLJ, vol. 20, 2019, p. 468 ss.; T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in CMLR, vol. 56, n. 3, 2019, p. 743 ss.

⁵² Conformemente a quanto affermato anche nel parere 2/13. Cfr. Corte giust. parere 18 dicembre 2014, 2/13, punti 191 e 192. La Corte, come noto, afferma: «191. (...) occorre ricordare che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, *tranne in circostanze eccezionali*, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo. 192. Allorché attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono quindi essere tenuti, in forza di quest'ultimo, a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta ad essi preclusa

di rifiutare l'esecuzione del MAE in presenza di violazioni sistemiche o generalizzate dei diritti fondamentali che si traducono in un rischio concreto di violazione dei diritti per il singolo⁵³. Tale giurisprudenza si

non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, *salvo casi eccezionali*, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione» (corsivo per enfaticizzare). Le reazioni della dottrina su questo parere sono state moltissime, cfr. S. PEERS, *The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection*, in *Eu Law Analysis*, 18 December 2014; L. S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in *SidiBLOG*, 22 dicembre 2014; L. BESSELINK, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, in *VBlog*, 23 December 2014; E. CANNIZZARO, *Unitarietà e frammentazione delle competenze nei rapporti fra l'ordinamento dell'Unione e il sistema della Convenzione europea: in margine al parere della Corte di giustizia 2/2013*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 623 ss.; E. SPAVENTA, *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*, in *MJECL*, vol. 22, n.1, 2015, p. 35 ss.; C. FAVILLI, *La Corte di giustizia rinvia a data da destinarsi l'adesione dell'Ue alla Cedu*, in *Questione giustizia*, 2015. Tra l'altro si segnala la recentissima decisione di sottoporre alla Corte di giustizia una nuova richiesta di parere ex art. 218, par. 11, TFUE circa la compatibilità con i trattati della nuova bozza dell'accordo per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (*Final consolidated version of the draft accession instruments*, 18th Meeting of the CDDH Ad Hoc negotiation group on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 14-17 marzo 2023, 46+1(2023)36 17 March 2023). Su questo ultimo sviluppo, cfr. I. ANRÒ, *Non c'è due senza tre? La questione dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU di nuovo alla Corte di giustizia, tra attesa e preoccupazione*, in *Rivista del contenzioso europeo*, n. 2, 2025. Per una analisi del "potenziale" accordo e dello stato dei negoziati, v. F. CASOLARI (ed.), *EU Accession to the European Convention on Human Rights, An EU Law Scholar's Perspective*, in *ELL, Weekend Edition*, 14 December 2024; e con riferimento alla questione di come questo accordo tenti di risolvere il nodo più complesso del rispetto del principio di reciproca fiducia, v. E. DI FRANCO, M. CORREIA DE CARVALHO, *Mutual Trust and EU Accession to the ECHR: Are We Over the Opinion 2/13 Hurdle?*, in *EP*, vol. 8, n. 3, 2023, p. 1221 ss.; N. BERGAMASCHI, *Prime considerazioni sul nuovo tentativo di adesione dell'Unione alla CEDU e sui suoi principali ostacoli*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2024, spec. p. 18 ss.

⁵³ Si tratta del c.d. "doppio test". Per approfondire si v. la dottrina citata alla nota n. 45. Per una critica al test elaborato dalla Corte, si leggano i contributi di S. BERNAT, P. FILIPEK, C. DUPRÉ, A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, M. BONELLI, presenti nel volume di A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, C. GRABENWARTER, M. TABORSKI, M. SCHMIDT (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Ber-

è sviluppata a fronte del fatto che il rispetto dei diritti fondamentali non costituisce un motivo di rifiuto (né obbligatorio, né facoltativo) dell'esecuzione del MAE⁵⁴.

A ben guardare, il regolamento EPPO non contempla alcun motivo di rifiuto dell'esecuzione della misura investigativa, ma, coerentemente con l'idea che i PED (incaricati e assistenti) facciano parte di un unico organo, e non si ponga un problema di riconoscere le misure investigative, l'art. 31, par. 5, regolamento EPPO stabilisce che in de-

lin, 2021, p. 403 ss.; si consenta anche il rinvio a M. LANOTTE, *I criteri funzionali al riconoscimento di una "carezza sistemica o generalizzata" dei valori fondanti dell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, 2022, p. 132 ss.

⁵⁴ Il problema era già venuto in rilievo, come noto, già nei casi peculiari *Radu e Melloni*. In cui la Corte, però, ha stabilito che l'armonizzazione degli standard minimi di tutela dei diritti processuali nell'ambito del MAE preclude agli Stati membri di invocare i propri standard costituzionali nazionali per rifiutarne l'esecuzione. Per una lettura di entrambe le sentenze nell'ottica di comprendere il bilanciamento tra la tutela di tali diritti e l'effettività dei meccanismi di cooperazione giudiziaria operato dalla Corte si legga C. AMALFITANO, *Mandato di arresto: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali*, in *DPC*, 4 luglio 2013. A distanza di un decennio si riscontra un approccio completamente differente nel caso *E.D.L.* (Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21) in cui la Corte, pur ribadendo che i motivi ostativi sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, li integra per via giurisprudenziale, senza che vi sia una carenza sistemica e, dunque, superando il doppio test *Aranyosi e Caldaru* posto che il diritto che veniva in rilievo era quello assoluto previsto dall'articolo 4 CDFUE. Per un commento dell'ordinanza di rinvio, cfr. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *SP*, n. 1, 2022, p. 5 ss.; A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AISDUE*, 22 gennaio 2022; S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *La Legislazione penale*, 27 marzo 2022. Per un commento della sentenza, v. M. ARANCI, *La tutela della salute può giustificare il rifiuto della consegna del ricercato*, in *RCE*, n. 1, 2023, p. 124 ss.; v. L. TOMASI, *Mandato d'arresto europeo e tutela della salute del ricercato: la Corte costituzionale si pronuncia a valle della sentenza E.D.L. della Corte di giustizia*, *ivi*, n. 2, 2023, p. 107 ss. Per una ricostruzione sistematica in cui si inserisce anche la sentenza *E.D.L.*, v. F. CASOLARI, *Libertà personale e mutua fiducia tra stati membri dell'UE nello Spazio di libertà, sicurezza, giustizia: la giurisprudenza della corte sul mandato di arresto europeo*, in L. MEZZETTI, S. ROMANO (a cura di), *Habeas Corpus. La tutela multilivello della libertà personale*, Pisa, 2023, p. 365 ss.

terminate situazioni il PED assistente informa il PED incaricato della supervisione e consulta il PED incaricato del caso «per risolvere la questione a livello bilaterale»⁵⁵.

Il dubbio allora è se a fronte di una applicazione dei principi che caratterizzano gli strumenti di cooperazione giudiziaria penale si possa, altresì applicare ad EPPO anche la giurisprudenza citata, che, invero, non appare coerente con la *ratio* del regolamento di garantire l'operatività dell'EPPO e l'efficienza delle sue indagini.

Infine, sul piano interpretativo, si segnala un ulteriore profilo critico: la soluzione elaborata dalla Corte risulta in contrasto con il contenuto del considerando n. 72 che prevede che nei casi transfrontalieri, in cui le misure investigative richiedono un'autorizzazione giudiziaria sia nella legislazione dello Stato del PED incaricato che in quella del PED assistente, «occorre specificare chiaramente in quale Stato membro essa dovrebbe essere ottenuta, ma in ogni caso *dovrebbe esservene solo una*» (corsivo per enfatizzare). Tale indicazione, pur non vincolante, riflette una precisa intenzione del legislatore che avrebbe meritato maggiore attenzione⁵⁶.

La Corte avrebbe potuto (se non dovuto) tener conto anche del dibattito legislativo che ha accompagnato la genesi degli articoli 31 e 32 – di cui seppure sinteticamente l'AG nelle sue conclusioni ha dato conto⁵⁷ – e valorizzare due circostanze rilevanti. In primo luogo, già la proposta della Commissione del 2013 prevedeva, all'art. 26, par. 4, che le misure investigative dovessero essere soggette all'autorizzazione del

⁵⁵ L'art. 31, parr. 4 e 5, stabilisce che: «4. Il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza *intraprende la misura assegnata* o ne dà incarico all'autorità nazionale competente. 5. Se il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza ritiene che: a) l'assegnazione sia incompleta o contenga un errore manifesto e rilevante; b) la misura non possa essere intrapresa entro il termine fissato nell'assegnazione per motivi giustificati e oggettivi; c) una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata; o d) la misura assegnata non esista o non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro; informa il proprio procuratore europeo incaricato della supervisione e consulta il procuratore europeo delegato incaricato del caso per risolvere la questione a livello bilaterale».

⁵⁶ Si legga sul punto, H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit.

⁵⁷ Conclusioni G.K. e a., sopra citate, parr. 60-62.

giudice dello Stato in cui erano eseguite, disposizione che poi è confluita nell'attuale art. 31, par. 3, comma 1 regolamento EPPO. In secondo luogo, si deve anche ricordare che, il Consiglio dell'UE, nel corso dei negoziati, aveva sollevato e cercato di risolvere un concreto problema operativo in merito alla autorizzazione giudiziaria preventiva del giudice dello Stato del PED assistente⁵⁸. In dettaglio, il problema prospettato riguardava la possibilità che prima di concedere l'autorizzazione preventiva per la misura assegnata il giudice avesse richiesto un'analisi approfondita del fascicolo penale. Questo avrebbe implicato l'invio e la traduzione dell'intero fascicolo processuale, e, dunque, un dispendio significativo di tempo. Per evitare tale scenario, il Consiglio aveva formulato due ipotesi. Una, giudicata "poco realistica", che consisteva nell'allineare l'EPPO alla direttiva OEI mediante il rinvio alla direttiva o attraverso l'inserimento di disposizioni specifiche⁵⁹. La seconda, più pragmatica, che prevedeva che l'autorizzazione nello Stato assistente si basasse solo su una sintesi del caso, con la possibilità per il giudice di chiedere informazioni supplementari solo ove strettamente necessario⁶⁰.

Tale compromesso lasciava intendere che un'unica autorizzazione giudiziaria, fondata su un controllo completo nel merito, fosse preferibile e funzionale all'effettività dell'azione dell'EPPO. Alla luce di tutto ciò, l'opzione seguita dalla Corte – che impone una doppia autorizzazione – risulta non pienamente coerente né con la logica unitaria della Procura europea né con le intenzioni espresse dal legislatore, e rischia

⁵⁸ Council of the European Union, Note from the Presidency to Delegations, *Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office - Examination of the Presidency document, with a primary focus on Articles 17-37 of the draft Regulation*, Doc. 11045/15, 31 July 2015.

⁵⁹ Si v. artt. 9 -11 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine in materia penale. Tuttavia, la maggioranza degli Stati membri ha respinto questa opzione e ha concordato un regime sui generis per la Procura europea. Cfr. si legga M. CAIANIELLO, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Procedura penale e giustizia*, n. 3, 2015, p. 1 ss.

⁶⁰ Rimane comunque la possibilità per il giudice dello Stato dell'autorità giudiziaria assistita di chiedere ulteriori informazioni qualora la sintesi del caso non sia sufficiente per valutare la richiesta.

di produrre effetti distorsivi tanto sul piano pratico quanto su quello sistemico.

4. *Il controllo giurisdizionale nella forma dell'impugnazione degli atti di indagine dell'EPPO: le cause EPPO/I.R.O. e F.J.L.R.*

Il secondo tipo di controllo giurisdizionale degli atti EPPO è quello previsto dall'art. 42, par. 1, del regolamento EPPO che attribuisce agli organi giurisdizionali nazionali la competenza di controllare la legittimità degli atti procedurali dell'EPPO⁶¹ destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi⁶². L'occasione per la Corte di giustizia di interpretare questa disposizione è originata da un rinvio pregiudiziale del giudice istruttore (n. 6 della Corte centrale) spagnolo, dinnanzi al quale gli indagati hanno impugnato l'atto di citazione a comparire in qualità di testimoni emesso dai PED incaricati⁶³. In dettaglio, il giudice *a quo* si interroga se tale atto rientri nella categoria prevista *ex art.* 42 regolamento EPPO e se, dunque, possa essere sottoposto al controllo giurisdizionale del giudice nazionale.

⁶¹ La disposizione conferisce una competenza ai tribunali nazionali per esaminare la legalità (o la mancata adozione) di un atto processuale dell'EPPO nonostante quest'ultimo sia un organo dell'Unione, e nonostante il controllo giudiziario sugli atti procedurali dell'EPPO, in virtù degli artt. 19 TUE, 263 e 265 TFUE, sarebbe di competenza della Corte di giustizia. Il Consiglio ha ritenuto, in considerazione della natura ibrida dell'EPPO e della sua grande dipendenza dal diritto processuale nazionale, di conferire questa competenza ai tribunali nazionali, escludendo anche la competenza della Corte ai sensi degli articoli 263 e 265 TFUE, ad eccezione dei casi specifici di cui ai paragrafi 3 e 8.

⁶² Sull'art. 42 regolamento EPPO con riferimento alla nozione autonoma di "giurisdizione" (e con particolare riguardo al ruolo del pubblico ministero quale potenziale organo di rinvio), cfr. A. CIPRANDI, *La nozione di "giurisdizione" alla prova del regolamento istitutivo della procura europea: una legittimazione del pubblico ministero a proporre rinvio pregiudiziale?*, in *RCE*, n. 1, 2025, p. 1 ss. Legato al tema della nozione di giurisdizione vi è anche quello relativo al requisito dell'indipendenza si v. A. CIPRANDI, *L'indipendenza della magistratura requirente, dalle procure nazionali a EPPO: quale modello europeo di pubblico ministero?*, in *Quaderni AISDUE*, n. 4, 2023, p. 81 ss.

⁶³ I.R.O., F.J.L.R., sopra citata. V. per la dottrina nota n. 19.

La vicenda trae origine da una segnalazione dell'OLAF circa presunte irregolarità nei costi del personale rendicontati da una fondazione spagnola, beneficiaria di fondi europei. I sospetti riguardano spese non adeguatamente giustificate relative al pagamento dell'attività di due ricercatori (Y.C. e I.M.B.), sotto la direzione di I.R.O. e F.J.L.R., indagati nel caso di specie.

Dopo una prima fase condotta dalle autorità spagnole, il Tribunale Supremo ha stabilito la competenza dell'EPPO, che ha avvocato il procedimento e avviato un'indagine. Durante tale indagine, i PED hanno convocato I.R.O. e F.J.L.R. per l'udienza volta ad informare ciascun di essi della qualità di indagato e successivamente hanno citato Y.C. e I.M.B. a comparire dinnanzi ad essi in qualità di testimoni.

I difensori degli indagati hanno impugnato la citazione, ritenendola inidonea e non necessaria, poiché uno dei due testimoni era già stato sentito dal giudice di primo grado e istruttore (n. 1, Getafe) prima che l'indagine fosse avvocata dall'EPPO. Tuttavia, la normativa spagnola che attua il regolamento EPPO non prevede la possibilità di ricorso contro questo tipo di atto⁶⁴.

Il giudice nazionale dinnanzi a cui pende l'impugnazione, però, ritiene che l'atto di citazione a comparire del testimone produca effetti giuridici nei confronti di terzi e deve poter essere impugnato ai sensi dell'art. 42 del regolamento. In particolare, egli osserva che la citazione obbliga i testimoni a presentarsi in un luogo e a un'ora determinata, incidendo sul loro diritto alla libertà personale (art. 6 della CDFUE) e potenzialmente anche sui loro diritti di difesa (art. 48 CDFUE), in quanto, in base al diritto spagnolo, i testimoni non possono essere assistiti da un avvocato e devono comunque dichiarare la verità, anche quando sussista una ragionevole possibilità che possano emergere elementi di loro responsabilità penale. Egli rileva, altresì, che tale atto potrebbe avere ricadute giuridiche anche sugli indagati in quanto le dichiarazioni rese dai testimoni potrebbero costituire prove utilizzabili contro di loro. Tra le altre argomentazioni, il giudice *a quo* evidenzia che disporre nuovamente la citazione di un testimone già ascoltato da un giudice in fase preliminare potrebbe anche incidere sul diritto dell'indagato a che la propria causa sia esaminata entro un termine ra-

⁶⁴ Artt. 42, 43 e 90 della LO n. 9/2021.

gionevole.

Così con quattro distinte questioni pregiudiziali, il giudice *a quo* chiede se la normativa spagnola che attua il regolamento EPPO e che non permette il controllo giurisdizionale di una decisione con la quale il PED incaricato cita a comparire testimoni, sia compatibile con il diritto dell'Unione e in particolare, con gli artt. 42 regolamento EPPO; 6, 47 e 48 CDFUE; 2 e 19 TUE e 86, par. 3, TFUE⁶⁵.

In primo luogo, con riguardo alla portata degli “atti procedurali [...] destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”, la Corte afferma che si tratta di una nozione autonoma di diritto dell'Unione, la cui interpretazione deve prescindere dal diritto nazionale applicabi-

⁶⁵ Si riportano qui, per maggiore precisione, i quesiti sottoposti alla Corte: «1) Se l'articolo 42, paragrafo 1, del regolamento [2017/1939] debba essere interpretato nel senso che osta a una norma nazionale come l'articolo 90 della [LO 9/2021], che esclude dal controllo giurisdizionale un atto procedurale della Procura europea produttivo di effetti giuridici nei confronti di terzi (nel senso precisato), quale la decisione di citare i testimoni adottata dal procuratore europeo delegato con l'ordinanza del 2 febbraio 2023. 2) Se gli articoli 6 e 48 della [Carta] e l'articolo 7 della direttiva [2016/343] debbano essere interpretati nel senso che ostano a una norma nazionale come l'articolo 90 in combinato disposto con l'articolo 42, paragrafi 1 e 3, e l'articolo 43 della [LO 9/2021], che esclude dal controllo giurisdizionale un atto procedurale della Procura europea, quale la decisione del procuratore europeo delegato di citare, in qualità di testimone, un terzo di cui si presume ragionevolmente la partecipazione ai reati oggetto di indagine. 3) Se l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e l'articolo 86, paragrafo 3, TFUE debbano essere interpretati nel senso che osano a un sistema di controllo giurisdizionale come quello previsto dagli articoli 90 e 91 della LO 9/2021 con riguardo agli atti dei procuratori europei delegati emanati ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 1, e dell'articolo 43 della medesima legge, che esclude dal controllo giurisdizionale un atto d'indagine disposto dal procuratore europeo delegato nell'esercizio dei suoi poteri d'indagine e che non trova alcuna corrispondenza nelle disposizioni processuali nazionali che disciplinano l'impugnazione delle decisioni adottate dai giudici istruttori nell'esercizio dei loro poteri d'indagine. 4) Se l'articolo 2 TUE, che sancisce i valori inerenti allo Stato di diritto su cui si fonda l'Unione, in combinato disposto con il diritto a un ricorso effettivo e il diritto ad un processo [equo] di cui all'articolo 47 della [Carta] e con il principio di effettività di cui all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, debba essere interpretato nel senso che esso osta a un sistema di controllo giurisdizionale degli atti dei procuratori europei delegati che limita i casi di impugnazione a un numero chiuso di casi, come quello previsto dalla normativa spagnola agli articoli 90 e 91 della LO 9/2021».

le⁶⁶. Infatti, la Corte specifica che il riferimento che l'art. 42, par. 1, regolamento EPPO fa al diritto nazionale «riguarda unicamente le modalità secondo le quali gli organi giurisdizionali nazionali competenti procedono al controllo giurisdizionale degli atti in discussione, e non la portata della nozione di “atti procedurali dell'EPPO”»⁶⁷.

Quanto alla nozione di “atto procedurale”, la Corte ha confermato che essa comprende qualsiasi provvedimento adottato dal PED nell'ambito di un'indagine. La decisione oggetto del giudizio rientra pertanto pacificamente in tale nozione⁶⁸.

In secondo luogo, per verificare che l'atto sia “destinato a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”, la Corte richiama il criterio elaborato in relazione all'art. 263, quarto comma, TFUE⁶⁹. Ciò signifi-

⁶⁶ I.R.O., F.J.L.R., sopra citata, punti 51 e 58.

⁶⁷ *Ivi*, punto 53.

⁶⁸ *Ivi*, punti 57, 58, 60.

⁶⁹ *Ivi*, punto 61. In relazione all'art. 263, comma 4, TFUE, con riferimento ai legittimati attivi e agli atti impugnabili, la dottrina è amplissima. Senza pretesa di esaustività, cfr. *ex multis*, A. BARAV, *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, in CMLR, vol. 11, n. 2, 1974, p. 191 ss.; B. NASCIBENE, *Il ricorso ex art. 173 del Trattato CEE. Recenti problemi interpretativi e prospettive*, in *Jus*, n. 2, 1988, p. 39 ss.; G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari e le esigenze di protezione giurisdizionale dei singoli*, in B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, 1998, p. 135 ss.; P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *DUE*, n. 4, 2002, p. 717 ss.; P. DE PASQUALE, *Per i ricorsi di annullamento la Corte mantiene le distanze dai singoli*, in *DPCE*, 2002, p. 1906 ss.; C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *DUE*, vol. 8, n. 1, 2003, p. 13 ss.; A. WARD, *Locus Standi under Article 230(4) of the EC Treaty: Crafting a Coherent Test for a 'Wobbly Polity'*, in *YEL*, vol. 22, n. 1, 2003, p. 45 ss.; M. CONDINANZI, *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e costituzione europea*, in *QC*, n. 3, 2004, p. 628 ss.; C. COHK, *Locus standi of private applicants under the EU Constitution: preserving gaps in the protection of individuals' right to an effective remedy*, in *ELR*, vol. 30, n. 4, 2005, p. 511 ss.; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 109 ss.; A. M. ROMITO, *Il ricorso per annullamento ed i limiti alla tutela dei ricorrenti non privilegiati*, in *SIE*, n. 3, 2013, p. 525 ss.; R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Access of Individuals to the European Court of Justice of the European Union under the New Text of Article 263, par. 4, TFEU*, in *RIDPC*, Supplemento speciale 2014, p. 923 ss.; C. SCHEPISI, *Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea alla luce del nuovo quarto comma dell'art. 263 TFUE*, in *Scritti in onore di Giuseppe*

ca che gli atti procedurali dell'EPPO possono essere impugnati dai singoli qualora abbiano effetti vincolanti nei loro confronti, nel senso che incidano sui loro interessi modificando in misura rilevante la loro situazione giuridica⁷⁰. Ne deriva che il richiamo ad un criterio analogo a quello di cui all'articolo 263, quarto comma, TFUE, debba intendersi non nel senso di limitare il controllo giurisdizionale vincolante degli atti procedurali della Procura europea a talune categorie specifiche di atti procedurali, bensì di estendere tale controllo a *qualsiasi atto di natura procedurale*⁷¹. In altri termini, la Corte evidenzia che non è il *nome iuris* dell'atto che conta, ma «occorre riferirsi alla sostanza di detto atto e valutarne gli effetti alla luce di criteri obiettivi, come il contenuto dell'atto in discussione, tenendo conto eventualmente del contesto in cui esso è stato adottato nonché dei poteri dell'istituzione, dell'organo o dell'organismo dell'Unione da cui esso promana»⁷². In terzo luogo, con preciso riguardo alla espressione “terzi”, la Corte sostiene che in questa categoria vi rientrano «non solo l’“indagato” e la “vittima”, ma anche “altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati da tali atti”»⁷³. Siffatta ricostruzione della nozione di atto procedurale ai sensi dell'art. 42 del regolamento EPPO, secondo la

Tesaurò, Napoli, 2014, p. 1254 ss.; C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021, p. 1 ss.; K. LENAERTS, K. GUTMAN, J. T. NOWAK, *EU Procedural Law*, 2ª ed., Oxford, 2023, p. 275 ss.; F. BUONAMENNA, *Impugnativa degli atti dell'Unione ex art. 263, 4° c., TFUE: rilettura, tra prassi restrittive e possibili scenari di sviluppo*, in *EJ*, n. 1, 2025, p. 227 ss.

⁷⁰ I.R.O., F.J.L.R., sopra citata, punto 62.

⁷¹ *Ivi*, punto 63. Si aggiunga che la Corte al punto 65 specifica che al considerando n. 87 del regolamento EPPO, il legislatore europeo, al fine di esemplificare la nozione di «atti procedurali che non sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi», fa espresso riferimento solo alla nomina di esperti e al rimborso delle spese sostenute dai testimoni. Il fatto che si tratti di un unico esempio comporta che la categoria è ampia e non si può escludere, a priori, che una decisione di citazione a comparire come testimoni, che non figura tra gli atti procedurali menzionati in detto considerando 87, possa rientrarvi.

⁷² *Ivi*, punto 67.

⁷³ *Ivi*, punto 64.

Corte, sarebbe l'unica coerente con la definizione dell'Unione come "Unione di diritto"⁷⁴.

Sennonché, dopo questa analisi dettagliata, la Corte ha ritenuto che la questione nel caso di specie non potesse essere decisa in modo astratto e generale, ma necessitasse di una valutazione in concreto demandata al giudice nazionale. Quest'ultimo deve, dunque, esaminare l'atto di citazione dei testimoni «alla luce, in particolare, della qualità di "terzi" che contestano tale atto, del contenuto di quest'ultimo, del contesto in cui esso è stato adottato e dei poteri dell'organo che ne è l'autore»⁷⁵.

Quanto alle forme del controllo giurisdizionale, la Corte ha sottolineato che, in assenza di un ricorso diretto previsto dalla normativa nazionale, è comunque sufficiente garantire un controllo giurisdizionale in via incidentale, in linea con i diritti di difesa e il diritto a un ricorso effettivo previsti dalla Carta⁷⁶. Infatti, l'obbligo previsto ai sensi dell'art. 47 CDFUE «implica soltanto che a ogni individuo sia riconosciuto il diritto di esperire un rimedio giurisdizionale contro un atto che gli arreca pregiudizio tale da ledere tali diritti e tali libertà, e non necessariamente che il titolare del summenzionato diritto a un ricorso effettivo disponga di un rimedio giurisdizionale diretto, mirante, in via principale, a contestare una misura determinata»⁷⁷. Il controllo incidentale deve essere effettuato dal giudice che deve essere competente «a verificare che le prove sulle quali si fonda l'atto in questione non siano state ottenute o utilizzate in violazione dei diritti e delle libertà garantiti all'interessato dal diritto dell'Unione»⁷⁸.

Infine, la Corte ha affrontato il tema del rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, corollari del principio di autonomia proce-

⁷⁴ Corte giust. 23 aprile 1986, 294/83, *Parti écologiste Les Verts/Parlamento*, punto 23, in cui si parla di "Comunità di diritto", poi divenuta "Unione di diritto" nella sentenza del 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio*, punto 91.

⁷⁵ I.R.O., F.J.L.R., sopra citata, punto 69. Si legga anche a completamento del ragionamento della Corte in relazione alla valutazione del giudice nazionale in punti 70-75.

⁷⁶ *Ivi*, punto 77.

⁷⁷ *Ivi*, punto 79.

⁷⁸ *Ivi*, punto 80.

durale. Sul punto ha ribadito che un controllo incidentale soddisfa il requisito dell'effettività⁷⁹, mentre la verifica del rispetto del principio di equivalenza – ossia della parità di trattamento tra atti procedurali dell'EPPO e atti analoghi delle autorità nazionali – è demandata al giudice del rinvio. Quest'ultimo ha rilevato che gli indagati in un procedimento condotto dall'EPPO in Spagna si trovano in una posizione meno favorevole rispetto a chi sia sottoposto a indagine da parte di un giudice istruttore, potendo questi ultimi beneficiare di un ricorso diretto⁸⁰.

La Corte ha così concluso che l'articolo 42, par. 1, del regolamento EPPO – letto alla luce dell'articolo 19, par. 1, secondo comma, TUE, e degli articoli 47 e 48 CDFUE, nonché dei principi di equivalenza ed effettività – osta a una normativa nazionale che esclude qualsiasi forma di sindacato giurisdizionale su atti procedurali dell'EPPO che siano idonei a produrre effetti giuridici vincolanti tali da incidere in modo rilevante sulla situazione giuridica delle persone interessate. In tali casi, il diritto nazionale deve prevedere almeno un rimedio incidentale. Tuttavia, se rispetto ad atti analoghi adottati da autorità nazionali è prevista la possibilità di un ricorso diretto, tale possibilità dovrà essere riconosciuta anche per gli atti dell'EPPO, in applicazione del principio di equivalenza.

5. *Segue: profili critici. L'(in)evoluzione interpretativa che conduce all'(in)efficacia delle indagini EPPO?*

Sebbene a una prima lettura la sentenza possa apparire condivisibile nella misura in cui sembra rafforzare gli standard di tutela dei diritti fondamentali nel processo penale, un'analisi più attenta rivela una decisione poco meditata, le cui implicazioni giuridiche – forse non adeguatamente ponderate – sono invero significative⁸¹. Due sono i profili critici che meritano di essere segnalati.

In primo luogo, sembra che la Corte si sia pronunciata senza co-

⁷⁹ *Ivi*, punto 90.

⁸⁰ *Ivi*, punto 88.

⁸¹ J. OBERG, *op. cit.*

gliere appieno – causa anche le omissioni del giudice *a quo* – la complessità del contesto giuridico e fattuale. La sentenza appare il frutto di una comprensione incompleta sia della cornice giuridica sia delle peculiarità del settore entro cui si colloca la questione. Sebbene la domanda pregiudiziale fosse chiara nella richiesta, ovverosia a stabilire se la non impugnabilità della citazione di un testimone nell’ambito di una indagine dell’EPPO violasse il diritto dell’Unione, la risposta alla domanda avrebbe meritato un approfondimento su una ulteriore questione connessa, e cioè se l’impugnazione costituisce l’unico rimedio disponibile nell’ordinamento nazionale. Infatti, senza intraprendere un’analisi comparata dei diversi sistemi processuali penali nazionali sul tema della prova⁸² – tanto perché eccedente l’oggetto della presente disamina, quanto per estraneità alla specifica area di competenza –, è, comunque, opportuno ricordare un dato di contesto. In molti ordinamenti, tra cui quello spagnolo, la disciplina degli atti, e in particolare dei mezzi di prova (tra cui evidentemente la testimonianza), è corredata da un sistema di invalidità volto a colpire l’atto probatorio “affetto da patologie”, ovverosia l’atto che si è formato o è stato raccolto in violazione dei requisiti di legge o delle garanzie processuali⁸³. In tali con-

⁸² Su questo punto cfr. B. GARAMVÖLGYI, K. LIGETI, A. ONDREJOVÁ, M. VON GALLEN, *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU*, in *Eucrim*, n. 3, 2020, p. 201 ss.

⁸³ Nell’ordinamento spagnolo vige, infatti, la “regola di esclusione della prova illecita”, in virtù della quale le prove illecite non possono produrre alcun effetto giuridico nel processo, sono dunque inutilizzabili. La regola di esclusione è stata configurata dal legislatore come una garanzia di natura processuale, volta a tutelare i diritti fondamentali dell’imputato e a salvaguardare la fiducia della collettività nel sistema giudiziario. Essa svolge anche una funzione dissuasiva nei confronti delle autorità investigative, scoraggiando comportamenti lesivi dei diritti fondamentali nella ricerca della verità. Le violazioni di tali diritti, infatti, sono ritenute particolarmente gravi e, proprio per questo, comportano l’inutilizzabilità degli elementi di prova così acquisiti. Questa regola trova fondamento nell’art. 11.1 della Legge Organica del Potere Giudiziario (LOPJ) che prevede: «No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales» e in specifiche disposizioni previste dal codice di procedura penale spagnolo (cfr. artt. 678, 785 e 786 Ley de Enjuiciamiento Criminal - LeCrim). Cfr. P. PEZOA GALLEGOS, N. CUMMING VEGA, J. MÉNDEZ PINEDA, R. CERDA SAN MARTÍN, *La exclusión probatoria por ilicitud y el derecho a probar*, in *Revista de la justicia penal electrónica*, n. 15, 2022, p. 87 ss.

testi è possibile che l'atto sia sanzionato attraverso l'inutilizzabilità, ovvero sia l'inidoneità a produrre effetti probatori nel processo. Questo dato appare importante posto che se anziché considerare l'impugnazione come l'unico strumento di tutela in caso di violazione dei diritti fondamentali o delle garanzie difensive, si fosse tenuta in debita considerazione la complessità delle regole processuali nazionali – e, quindi, anche la possibilità che la prova ottenuta in modo illecito venga “esclusa” dal giudizio – la risposta della Corte di giustizia avrebbe potuto essere significativamente diversa⁸⁴. In termini più generali, si intende sottolineare che se gli atti compiuti dai PED sono disciplinati, in assenza di specifiche previsioni del regolamento EPPO, dal diritto procedurale nazionale – che, dunque, svolge una funzione integrativa del quadro normativo dell'Unione –, tale commistione strutturale tra fonti nazionali ed europee richiederebbe tanto all'organo giurisdizionale nella redazione dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, quanto alla Corte di giustizia nell'interpretazione delle disposizioni del regolamento EPPO – magari attraverso una richiesta di chiarimenti all'organo

⁸⁴ Non è un caso che nel documento dell'Unione delle Camere penali italiane (Osservatorio Europa) nella nota informativa sulla sentenza in commento (rinvenibile al seguente sito: www.camerepenali.it/public/file/Documenti/Osservatorio%20Europa/2025-04-28_Oss-Europa_Sent-Corte-Giust-controllo-atti-giud-EPPO.pdf) si è discusso, seppure sinteticamente, dell'impatto della sentenza nell'ordinamento italiano. Si legge nel comunicato che nel contesto italiano il diritto ad un controllo giurisdizionale ai sensi dell'art. 42 del regolamento EPPO è già garantito da alcune norme del codice di procedura penale concernenti l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi avrebbe dovuto sin dall'inizio essere sentito in qualità di persona sottoposta alle indagini (articolo 63 c.p.p.) e la nullità conseguente alle violazioni dei diritti difensivi (articolo 178 lett. c c.p.p.). Si legge, infatti, che «nell'ottica del diritto dell'Unione, le predette inutilizzabilità e nullità potrebbero garantire una soglia effettiva di tutela per l'indagato, considerato altresì che, come visto, il controllo sugli atti procedurali dell'EPPO viene riconosciuto effettivo dalla Corte di Giustizia anche se demandato ad un successivo stato del procedimento; le invalidità potrebbero pertanto essere dichiarate dal «giudice... incaricato della pronuncia» (cui fa espresso riferimento il § 80 della sentenza) o, ancor prima, da quello chiamato ad una pronuncia incidentale (p.e. in sede cautelare)». È verosimile che una soluzione analoga possa essere rinvenuta anche nell'ordinamento spagnolo alla luce di quanto già evidenziato nella presente nota; in ogni caso, si tratta di un profilo che avrebbe meritato quantomeno una riflessione.

giurisdizionale *ex art.* 101 del regolamento di procedura della Corte⁸⁵ – una maggiore contestualizzazione e attenzione anche al sistema processuale interno in cui l'atto della Procura si colloca. Perché solo tenendo conto di tutte le regole relative all'equilibrio tra le parti, al concreto assetto delle garanzie difensive e agli strumenti di tutela effettivamente previsti a livello nazionale è possibile assicurare una lettura coerente e funzionale del regolamento EPPO. In caso contrario, si rischia di giungere – come avvenuto nel caso di specie – ad applicare all'EPPO, *mutatis mutandis*, la giurisprudenza elaborata, in ambito OEI, nel caso *Gavanozon II*⁸⁶. In tale pronuncia la Corte ha di fatto operato un'armonizzazione minima implicita dei sistemi processuali penali europei in materia di rimedi, imponendo agli Stati membri di predisporre mezzi di impugnazione contro tutti gli atti di indagine. Trasporre un simile approccio all'EPPO rischierebbe di compromettere gravemente l'effettività e l'operatività della Procura.

Un secondo aspetto meritevole di attenzione riguarda la soluzione prospettata dalla Corte, secondo cui l'atto di citazione di un testimone del PED incaricato delle indagini *potrebbe* rientrare nella nozione di

⁸⁵ C. NAÔMÉ, *Art. 101*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 637 ss.

⁸⁶ Corte giust. 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozon II*. La Corte afferma una violazione del diritto a un ricorso effettivo posto che la legislazione nazionale (nel caso specifico, quella bulgara) non prevedeva alcun rimedio legale per contestare l'emissione di un OEI per misure investigative significative come perquisizioni domiciliari, sequestri o l'audizione di testimoni. Di conseguenza, un OEI che ordina l'esecuzione di misure investigative la cui legittimità non può essere contestata secondo la legislazione nazionale dello Stato membro emittente non può essere emesso. Secondo la Corte, l'art. 6 della direttiva 2014/41, in combinato disposto con l'art. 47 CDFUE e con l'art. 4, par. 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che esso osta all'emissione, da parte dell'autorità competente di uno Stato membro, di un OEI il cui scopo è l'esecuzione di perquisizioni e sequestri nonché l'audizione di un testimone mediante videoconferenza, qualora la normativa di tale Stato membro non preveda alcun ricorso giurisdizionale contro l'emissione di tale ordine europeo di indagine. Cfr. A. HERNANDEZ WEISS, *Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU's Gavanozon II decision*, in NJECL, vol. 13, n. 2, 2022; O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozon II un ulteriore stimolo della Corte di giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali nazionali*, in *Legislazione penale*, 8 marzo 2022.

“atto procedurale che produce effetti nei confronti dei terzi” e, in quanto tale, *dovrebbe* essere assoggettato a un controllo giurisdizionale pieno, laddove previsto per i procedimenti nazionali non di competenza dell'EPPO. Il condizionale è d'obbligo, poiché la Corte demanda al giudice nazionale una valutazione concreta dell'atto da impugnare, da compiersi alla luce di una serie di elementi: la qualifica dei soggetti che contestano l'atto, il contenuto dell'atto stesso, il contesto in cui è stato adottato e i poteri dell'autorità che lo ha emanato.

Una simile impostazione appare criticabile sotto un duplice profilo: da un lato, per ragioni di politica giudiziaria; dall'altro, per motivi di coerenza giuridica e sistematica.

Con riferimento al primo aspetto, la scelta della Corte di definire per la prima volta, nel contesto del regolamento EPPO, una nozione autonoma, senza tuttavia specificare se l'atto in questione vi rientri o meno, risulta, in questo specifico caso, particolarmente problematica.

Il richiamo ai requisiti *ex art. 263, comma 4, TFUE* per l'individuazione della categoria degli “atti processuali che producono effetti giuridici nei confronti dei terzi” non è sufficiente a definire chiaramente la categoria di atti già solo per il fatto che si tratta di una nozione che viene trapiantata per essere applicata in un contesto specifico e peculiare: il processo penale. La mancanza di una chiara qualificazione *ex ante* degli atti impugnabili genera incertezza in merito all'oggetto del controllo giurisdizionale, oltre a determinare un'eccessiva discrezionalità del giudice. Entrambi questi elementi mal si coniugano con la necessaria tipicità degli atti e dei rimedi nel processo penale che costituisce presidio imprescindibile del principio di legalità processuale e di prevedibilità delle armi processuali. Nondimeno, in un contesto caratterizzato dalla frammentarietà derivante dalla pluralità dei sistemi processuali nazionali, chiarire specificatamente se l'atto con cui il PED cita a comparire il testimone sia un atto impugnabile avrebbe offerto l'opportunità di fissare un primo punto fermo utile a garantire uniformità interpretativa e lo sviluppo rapido ed efficiente delle indagini e dell'azione penale che coinvolgono uno o più Stati membri⁸⁷.

Ancora meno convincente è la sostanza della scelta di ritenere l'atto di citazione del testimone, sì atto procedurale, ma produttivo di

⁸⁷ Cfr. considerando n. 20 regolamento EPPO, cit.

effetti giuridici nei confronti di terzi e, dunque, sottoposto al controllo giurisdizionale⁸⁸.

Una analisi più attenta suggerirebbe, invece, che si tratti, in generale, di un atto non definitivo, ma “preparatorio”, che assume rilevanza processuale solo quando il testimone viene poi escusso in sede dibattimentale davanti ad un giudice, il quale, poi, deciderà, sulla base del suo libero convincimento, come utilizzare le dichiarazioni a fondamento della propria decisione. A tal proposito occorre ricordare che la testimonianza, infatti, costituisce una prova complessa, che implica una valutazione non solo del contenuto dichiarativo, ma anche della credibilità soggettiva del dichiarante. Il giudice, pertanto, non si limita ad accogliere acriticamente quanto riferito dal testimone, ma è chiamato a valutarne l’attendibilità, sulla base di parametri cognitivi e percettivi propri della dinamica dibattimentale. Ne deriva che neppure una testimonianza che dovesse risultare una prova a carico dell’imputato può costituire una prova di colpevolezza, né implicare alcuna valutazione anticipata della responsabilità penale dell’imputato.

Da ciò consegue che l’“estromissione” preventiva del testimone dal procedimento, mediante l’impugnazione dell’atto di citazione, finirebbe per ostacolare indebitamente l’attività investigativa, privando il pubblico ministero e, poi il giudice, di elementi potenzialmente rilevanti ai fini dell’accertamento della verità. Ciò appare ancor più evidente nella fase delle indagini, nella quale impedire la citazione del testimone a comparire dinnanzi al PED si tradurrebbe in un’ingerenza sproporzionata nel potere d’indagine pregiudicando la raccolta degli elementi probatori e, in ultima analisi, il corretto esercizio della giurisdizione. Un uso improprio o eccessivo degli strumenti di impugnazione in fase investigativa può tradursi in una forma di ostruzionismo all’esercizio legittimo del potere d’indagine da parte del pubblico ministero, specie se tale uso non è giustificato da una reale e attuale lesione dei diritti fondamentali dell’indagato. Ciò è ancora più vero nel contesto del regolamento EPPO, dove l’attività investigativa si fonda su un delicato equilibrio tra diritto dell’Unione e diritto nazionale, e pertanto è ancora più importante evitare che impugnazioni strumentali vengano utilizzate per paralizzare o rallentare le indagini. In assenza di

⁸⁸ Il dubbio è espresso, con argomentazioni diverse, anche da J. OBERG, *op. cit.*

effetti giuridici immediati lesivi per l'indagato (come nel caso della semplice citazione di un testimone), l'intervento del giudice dovrebbe essere differito, come di regola avviene nel processo penale, alla fase in cui si valutano le prove nel contraddittorio.

Si aggiunga, inoltre, che l'indagato, dal canto suo, dispone comunque di adeguati strumenti difensivi: può chiedere l'ammissione di testimoni a discarico, sollevare eccezioni (di nullità o inutilizzabilità) legate alla ammissione e raccolta della prova e contestarne la rilevanza e la credibilità della testimonianza nel contraddittorio dibattimentale, oltre che di fronte al giudice dell'impugnazione qualora una sentenza di condanna si fondi su una prova illegittima o illecita o che non avrebbe dovuto essere utilizzata. Inoltre, come emerso anche nel rinvio pregiudiziale, l'ordinamento spagnolo prevede la possibilità di ricorso straordinario in ipotesi analoghe, offrendo così un ulteriore presidio giurisdizionale.

In conclusione, l'impugnazione immediata dell'atto di citazione del testimone – lungi dal rafforzare le garanzie difensive – rischia piuttosto di compromettere l'effettività delle indagini e, conseguentemente, di ridurre sensibilmente l'effetto utile del regolamento EPPO. Una simile prospettiva, se generalizzata, potrebbe compromettere l'efficace attuazione del nuovo sistema di giustizia penale europea.

6. Conclusioni: prudenza della Corte e occasioni mancate

L'analisi congiunta delle sentenze *G.K. e a.* e *EPPO/I.R.O. e F.J.L.R.* mette in luce la “prudenza” dell'approccio interpretativo della Corte di giustizia in una materia in cui – paradossalmente – esisterebbe una solida base giuridica per favorire un avanzamento del processo di integrazione. Come noto, in altri momenti storici la Corte non ha esitato, pur in assenza di un fondamento normativo, a delineare soluzioni innovative e a forte impatto sistemico. Nel settore penale si pensi all'introduzione di obblighi per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive per rispondere a condotte lesive di beni giuridici europei con la nota sentenza *Mais Greco*⁸⁹, e ciò

⁸⁹ Corte giust. 21 settembre 1989, 68/88, *Commissione/Grecia*, punto 24. La Corte

in particolare in materia ambientale⁹⁰; o ancora in materia processuale,

afferma che gli Stati membri «pur conservando la scelta delle sanzioni, devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate (...) e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva». A tale pronuncia è seguita anche la sentenza della Corte del 13 luglio 1990, C-2/88, *Zwartveld*, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno ulteriormente specificato che in relazione alle violazioni più gravi *solo sanzioni a carattere formalmente penale* dovevano ritenersi in possesso dei requisiti di effettività, proporzionalità e dissuasività. Cfr. F. GIUFFRIDA, *Effectiveness, Dissuasiveness, Proportionality of Sanctions and Assimilation Principle: The Long-Lasting Legacy of the Greek Maize Case*, in V. MITSILEGAS, A. DI MARTINO, L. MANCANO (eds.), *The Court of Justice and European Criminal Law - Leading Cases in a Contextual Analysis*, Oxford, 2021, p. 107 ss. Sul tema si consenta il rinvio M. LANOTTE, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, in *Quaderni AISDUE – Serie speciale*, 2023, p. 341 ss.; S. MONTALDO, *Domestic Sanctions and the Greek Maize Obligation to Impose Effective, Proportionate and Dissuasive Penalties: Empowering National Courts*, in L. GROSSIO, S. MONTALDO, V. MITSILEGAS (eds.), *Proportionality of criminal penalties in EU law*, Oxford, 2025, p. 217 ss.

⁹⁰ Si fa riferimento alle sentenze Corte giust. 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione/Consiglio*; 23 ottobre 2007, C-440/05, *Commissione/Consiglio*. Nella prima sentenza la Corte annulla la decisione quadro 2003/80/GAI in materia ambientale perché adottata sul terzo pilastro (ex Titolo VI TUE, cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale). Secondo la Corte, quando l'obiettivo principale è la tutela dell'ambiente, materia che rientrava nel primo pilastro, il Consiglio non può ricorrere al terzo pilastro: ciò violava l'art. 47 UE, che vietava di adottare atti su basi giuridiche diverse se l'oggetto apparteneva già alle competenze comunitarie. Sennonché la Corte ha precisato che il diritto comunitario del primo pilastro può includere obblighi penali accessori, se necessari a garantirne l'efficacia, sostanzialmente introducendo degli obblighi di criminalizzazione a livello UE. In particolare, su questo ultimo punto la Corte stabilisce che: «(...) in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (...). Quest'ultima constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, 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» (parr. 47 e 48). Con la seconda sentenza la Corte annulla la decisione quadro 2005/667/GAI (sulla repressione dell'inquinamento provocato dalle navi) perché adottata ancora sul terzo pilastro, quando la materia era già disciplinata dal diritto comunitario (direttiva CE), ribadendo così quanto previsto nella prima sentenza. Cfr. in dottrina, A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomen-*

nel controverso caso *Melloni*⁹¹, la Corte ha promosso una lettura fortemente integrativa e armonizzante, orientata alla massima effettività del diritto dell'Unione. Eppure, nel contesto dell'EPPO, la Corte invece sembra rifugiarsi in logiche tradizionali e rassicuranti, quasi che il "vecchio" perché noto, sia preferibile al "nuovo", perché inesplorato.

Nel caso *G.K. e a.*, la Corte, optando per una soluzione che impone una doppia autorizzazione giudiziaria preventiva per le misure investigative "intrusive", ricalca lo schema classico degli strumenti di cooperazione giudiziaria interstatale ed elabora una interpretazione che, oltre a non essere in linea con il testo del regolamento EPPO, non valorizza la struttura unitaria e la natura sovranazionale di quest'ultima. Non scevra da criticità è anche l'omissione della Corte di definire la nozione di "misure intrusive" a cui si accompagna la possibilità (o meglio il rischio) di generare un regime differenziato, che però meriterebbe di essere chiarita e sistematizzata in maniera coerente⁹².

Nel caso *EPPO/I.R.O e F.J.L.R.* la Corte, pur introducendo una nozione autonoma di "atto procedurale che produce effetti giuridici nei confronti di terzi", non chiarisce se vi rientri l'atto di citazione a comparire del testimone, rimettendo tale valutazione al giudice nazionale. Questa scelta solleva questioni delicate: anzitutto un possibile vulnus al principio di legalità e, in secondo luogo, il rischio di impugnazioni strumentali, più volte orientate a ostacolare l'attività investigativa dell'EPPO che a tutelare effettivamente i diritti fondamentali.

In aggiunta, la previsione, in virtù del principio di equivalenza, secondo cui il controllo giurisdizionale deve essere pieno e completo – e non meramente incidentale – qualora ciò sia previsto dall'ordinamento interno per le indagini nazionali, rischia di compromettere l'efficacia delle indagini EPPO. In questa prospettiva, meriterebbe qualche riflessione ulteriore il ruolo che svolge il principio di autonomia procedurale e dei suoi corollari in relazione a tale regolamento. Il rinvio

ti di diritto penale europeo, Torino, 2014; più recente, V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Napoli, 2020, spec. pp. 31-40.

⁹¹ Vedi nota n. 52 e si legga anche A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *ECLR*, n. 10, 2014, p. 308 ss.; ID., *The federalizing force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 4, 2017, p. 1080 ss., spec. p. 1089.

⁹² Cfr. N. GIBELLI, *op. cit.*, spec. p. 42 che parla di «doppio binario».

espresso dell'art. 5 regolamento EPPO al diritto nazionale per tutti gli aspetti non disciplinati dal regolamento stesso implica (o dovrebbe implicare) che le disposizioni nazionali siano lette in funzione dello sviluppo e del buon funzionamento dell'organo europeo. In altri termini, non si è di fronte a una classica ipotesi di mera applicazione del diritto procedurale nazionale, bensì a un fenomeno più complesso, in cui le norme interne devono essere integrate in un quadro sistemico sovranazionale, colmando le lacune e rafforzando l'efficienza e l'effettività dell'azione dell'organo che svolge un compito di tutela degli stessi valori dell'Unione⁹³.

Occorre, allora, che la Corte sia pronta a cogliere le sfide che questo strumento pone, creando un quadro in cui legalità, certezza del diritto ed efficienza dell'EPPO siano preservate e valorizzate⁹⁴.

ABSTRACT (ita)

Il contributo analizza congiuntamente le pronunce *G.K. e a.* e *EPPO/I.R.O. e F.J.L.R.*, primi interventi della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla Procura europea (EPPO), evidenziandone i profili critici. Pur costituendo un punto di partenza, tali decisioni non si distinguono per un approccio costruttivo o evolutivo, mancando una lettura teleologica coerente con la natura sovranazionale dell'EPPO. Se la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un pilastro imprescindibile dello spazio giudiziario europeo, essa non dovrebbe compromettere la funzionalità e l'effettività operativa dell'organo. Le pronunce in esame, invece, sembrano privilegiare schemi e principi tipici della cooperazione giudiziaria tradizionale, quali il reciproco riconoscimento e la reciproca fiducia, poco adatti alla struttura unitaria e sovranazionale della Procura europea. Si sostiene, pertanto, la necessità di un mutamento interpretativo che valorizzi le specificità istituzionali e operative dell'EPPO.

⁹³ In questo senso cfr. S. CRESPI, *Il ruolo della Procura europea (EPPO) nella tutela dello Stato di diritto dell'Unione europea*, in *FSJ*, n. 2, 2025, p. 42 ss.

⁹⁴ Per una lettura estremamente positiva del ruolo della Corte in relazione al regolamento EPPO, cfr. J. A. E. VERVAELE, *Closing remarks*, in *NJECL*, vol. 14, n. 1, 2023, p. 100 ss.

ABSTRACT (eng)

This article jointly analyses the *G.K. and Others and EPPO v. I.R.O. and F.J.L.R.* judgments, which were the Court of Justice of the European Union's first rulings on the European Public Prosecutor's Office (EPPO). It highlights the critical aspects of these rulings. While these decisions represent an initial step, they do not adopt a constructive or evolutionary approach, lacking a teleological interpretation consistent with the EPPO's supranational nature. Although the protection of fundamental rights is a key pillar of the European judicial area, this should not compromise the functionality and operational effectiveness of the Office. Instead, the rulings seem to favour paradigms and principles typical of traditional judicial cooperation, such as mutual recognition and trust, which are ill-suited to the EPPO's unitary, supranational structure. The article, therefore, argues for an interpretative shift that fully acknowledges the institutional and operational specifics of the EPPO.

GLI STRUMENTI DI *SOFT LAW* COME RISPOSTA ALLE CRISI SANITARIE NELL'UNIONE EUROPEA*

Simone Marinai**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli atti di *soft law* adottati nel corso della crisi sanitaria: esame della prassi applicativa. – 3. Il rilievo degli atti di *soft law* nella *governance* della gestione delle crisi sanitarie. – 4. L'utilità del ricorso agli strumenti di *soft law*. – 5. Le criticità derivanti dall'impiego degli atti di *soft law*. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il ricorso a strumenti di *soft law* per far fronte alle crisi sanitarie può essere considerato un dato ormai ricorrente¹. L'impiego che ne è stato fatto durante la pandemia di COVID-19 è senz'altro l'esempio più eclatante², ma non si tratta certo di una novità, né di un caso isola-

* Il presente lavoro è dedicato al Prof. Luigi Daniele, e verrà pubblicato, previ opportuni adattamenti, negli scritti in suo onore.

** Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa

¹ È stato sottolineato che il ricorso a strumenti di *soft law* è ricorrente nella prassi dell'Unione europea per far fronte a scenari di crisi derivanti non solo da emergenze sanitarie, ma anche da emergenze dovute a crisi economiche e finanziarie oppure, ancora, a crisi di rifugiati. In proposito, v. F. CASOLARI, *The EU Approach towards Disaster Management. A Critical Appraisal in the Light of the Action Put in Place to Face the COVID-19 Pandemic*, in *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2023, p. 51 ss. e spec. p. 65 al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Si vedano, in M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, U. MÖRTH (eds.), *Research Handbook on Soft Law*, Cheltenham-Northampton MA, 2023, e spec. p. 320 ss., i contributi contenuti nella Part IV, dedicata a *Crises, Challenges and Chances*.

² In proposito, v. ad es. P. DE PASQUALE, G. FIENGO, *Brevi note sulla gestione dell'emergenza sanitaria nell'Unione europea*, in *RIDPC*, 2020, p. 37 e spec. p. 44 ss.; G. DI FEDERICO, *Stuck in the Middle with You... Wondering What It Is I Should Do. Some Considerations on EU's Response to COVID-19*, in *EJ*, 2020, p. 60 e spec. p. 67 ss.; O. ŞTEFAN, *Covid-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? A Research Agenda*, in *EP*, 2020, p. 663 ss.; O. ŞTEFAN, *The Future Of EU Soft Law: A Research*

to. Si pensi ad esempio a quanto già avvenuto in occasione della epidemia di Sars del 2003³. Oppure successivamente, con riferimento all'influenza aviaria⁴ o, ancora, alla peste suina africana⁵.

Come efficacemente sottolineato da *Luigi Daniele*, le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica sono qualificabili come “deboli” in quanto basate per lo più sulla cooperazione tra gli Stati e sul sostegno e sul coordinamento che l'Unione può assicurare al riguardo⁶. Proprio in ragione di tale carattere, le competenze in questione rappresentano un terreno fertile per l'utilizzo di atti di *soft law*.

A distanza di oltre due anni da quando l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato che il COVID-19 non costituisce più un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale⁷, sussisto-

and Policy Agenda for the Aftermath of Covid-19, in *Journal of International and Comparative Law*, 2020, p. 329 ss.; B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *A Comparative Study on Soft Law: Lessons from the COVID-19 Pandemic*, in *CYELS*, 2021, p. 20 ss.; M. ELIANTONIO, O. ȘTEFAN, *The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU*, in *EJRR*, 2021, p. 159 ss.

³ V. European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *Immediate Action for the Surveillance and Control of SARS in Europe*, 9 April 2003, disponibile online.

⁴ V., anche di recente, European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *Highly Pathogenic Avian Influenza – Scenarios for the EU measures in Animal other than Birds, and Food in the Context of Detections of HPAIV (H5N1 – B3.13 and others) in US Dairy Cows*, 24 June 2025, disponibile online.

⁵ Si veda, in proposito, comunicazione della Commissione relativa agli orientamenti sulla prevenzione, sul controllo e sull'eradicazione della peste suina africana nell'Unione (orientamenti sulla PSE), del 18 dicembre 2023, C/2023/1504.

⁶ L. DANIELE, *Introduzione*, in L. DANIELE, P. SIMONE, C. VENTURINI, R. DI MARCO (a cura di), *L'Unione europea e le crisi del mondo contemporaneo. Tra “valorizzazione” delle competenze e prospettiva di riforma*, Atti del Convegno “L'Unione europea e le crisi del mondo contemporaneo” (Roma, 22 marzo 2024), Milano, 2025, p. 1 e spec. p. 5. Sulla natura delle competenze in materia di sanità pubblica, v. *amplius* F. BESTAGNO, *La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *SIE*, 2017, p. 317 ss.; P. DE PASQUALE, *Le competenze dell'Unione europea in materia di sanità pubblica e la pandemia di Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, p. 2295 ss.

⁷ V. WHO Director-General, Statement on the fifteenth meeting of the IHR (2005) Emergency Committee on the Covid-19 pandemic, 5 maggio 2023, disponibile online.

no ora le condizioni per una nuova valutazione delle modalità con cui gli atti di *soft law* sono stati impiegati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione, quale mezzo di risposta alla crisi sanitaria e per verificare quali effetti gli stessi hanno prodotto nell'immediatezza, ma anche nel lungo periodo. Ciò consentirà di offrire spunti per meglio calibrare, in prospettiva futura, il modo con cui l'Unione europea potrà fare fronte a nuove emergenze sanitarie.

A tal fine, si dovrà prendere le mosse da un esame della prassi applicativa. Pur senza pretesa di esaustività, dovranno essere individuati i soggetti dell'Unione europea che hanno fatto ricorso agli atti di *soft law* quale mezzo di risposta alla crisi sanitaria da poco terminata, i settori che sono stati interessati dagli stessi e le tipologie di atti che sono stati impiegati. Successivamente, dovrà essere evidenziato che la risposta alla pandemia ha reso necessario procedere al rafforzamento della *governance* sanitaria europea mediante l'ampliamento della possibilità, per alcuni organismi già esistenti e per strutture di nuova istituzione, di ricorrere ad atti di *soft law*. Sulla base di questo esame preliminare, sarà così possibile svolgere considerazioni tanto sull'utilità del ricorso agli strumenti di *soft law*, quanto sulle criticità legate a tale forma di produzione giuridica.

Una premessa di carattere metodologico appare doverosa prima di iniziare l'indagine. Molti sono gli studi che hanno già evidenziato i caratteri degli strumenti di *soft law* adottati nei più disparati ambiti del diritto dell'Unione europea, la loro utilità e, al contempo, le problematiche ad essi collegati⁸. Ci riferiamo, ad esempio, al fatto che gli atti di *soft law*

⁸ Tra i molti studi di carattere generale sulla natura degli atti di *soft law* adottati dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione europea e sulle problematiche collegate al loro impiego, v. ad es. L. SENDEN, *Soft Law in European Community law*, Oxford, 2004; F. FERRARO, *Natura e effetti degli atti atipici della Comunità europea*, in G. GUZZETTA (a cura di), *Le forme dell'azione comunitaria nella prospettiva della Costituzione europea*, Padova, 2005, p. 63; G. FIENGO, *Gli atti atipici della Comunità europea*, Napoli, 2008, spec. p. 47; E. CANNIZZARO, E. REBASTI, *Soft Law in the EU Legal Order*, in J.-F. FLAUSS, J. ILIOPOULOS-STRANGAS (Hrsg.), *The Soft Law of European Organisations*, Baden-Baden, 2012, p. 208; A. DI PASCALE, *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2017, spec. p. 51 ss.; M. ELIANTONIO, O. ȘTEFAN, *Soft Law in the EU Legal Order: Reflections and Contemporary Trends*, in YEL, 2018, p. 457; M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, O. ȘTEFAN

hanno le potenzialità per sopperire a necessità derivanti dalla stessa natura dell'ordinamento giuridico dell'Unione, si distinguono per la facilità di adozione, per la flessibilità, per la capacità di aggirare limiti derivanti dalla ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e i suoi Stati membri. Tali strumenti possono svolgere funzioni interpretative indicando la linea di condotta che verrà seguita dalle istituzioni dell'Unione e, al contempo, anticipatorie rispetto a future soluzioni normative che potranno essere adottate da parte del legislatore dell'Unione. Al contempo, però, gli strumenti di *soft law* possono presentare problemi dal punto di vista della loro legittimazione democratica, del rispetto del principio di legalità e dello stato di diritto, del principio di attribuzione delle competenze all'Unione europea e dell'equilibrio interistituzionale, del legittimo affidamento e della trasparenza nell'azione delle istituzioni dell'Unione. I caratteri degli atti di *soft law* e, al contempo, le problematiche richiamate, pur dovendo essere date per presupposte e conosciute nei loro termini generali, verranno riprese nel presente contributo – anche se senza pretesa di esaustività – in modo da poterle declinare con riferimento allo specifico settore rappresentato dalla risposta dell'Unione europea alle crisi sanitarie.

2. Gli atti di soft law adottati nel corso della crisi sanitaria: esame della prassi applicativa

Durante il COVID-19 le implicazioni della crisi sanitaria sono state eterogenee e di ampia portata⁹. Ciò ha comportato che anche gli atti di *soft law* siano stati adottati da diversi soggetti dell'Unione europea, abbiano riguardato disparati settori e assunto diverse forme.

Per quanto riguarda i soggetti che hanno fatto ricorso ad atti di *soft law*, vanno menzionate innanzitutto le istituzioni dell'Unione eu-

(eds.), *EU Soft Law in the Member States. Theoretical findings and empirical evidence*, Oxford, 2021; T. FAJARDO DEL CASTILLO, *El soft law en el derecho internacional y europeo: Su capacidad para dar respuestas a los desafíos normativos actuales*, Valencia, 2024, p. 183 ss.; P. WEISMANN, *Soft Law and Its Importance in Ensuring Member States' Compliance with Union Law*, Baden-Baden, 2024.

⁹ Tra i molti, v. i contributi raccolti in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *EJ*, numero speciale, 2020.

ropea: la Commissione¹⁰, il Consiglio¹¹, il Parlamento europeo¹², la Banca centrale europea¹³. Atti di *soft law* sono stati poi adottati da parte di Agenzie dell'Unione¹⁴. In primo luogo, da parte di quelle Agenzie che si occupano di questioni di carattere sanitario, come ad esempio EMA (l'Agenzia europea per i medicinali)¹⁵ oppure ECDC (il Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie)¹⁶. Ma anche da parte di numerose altre Agenzie, come ad esempio l'Autorità europea per la sicurezza alimentare¹⁷ oppure l'Autorità europea degli strumenti finanziari dei mercati¹⁸ o altre ancora.

Le tipologie degli atti di *soft law* adottati nel corso della crisi sanitaria sono state le più disparate. Sono stati infatti adottati orientamenti, comunicazioni, linee guida, guide tecniche, comunicati stampa, sta-

¹⁰ V., ad es., comunicazione della Commissione, del 26 marzo 2020, Orientamenti della Commissione europea: agevolare le operazioni di trasporto aereo di merci durante l'epidemia di COVID-19, C(2020) 2010 final.

¹¹ V., ad es., raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020, per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19.

¹² V., ad es., risoluzione del Parlamento europeo, del 17 aprile 2020, sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), doc. P9_TA(2020)0054.

¹³ V. ad es. raccomandazione della Banca centrale europea, del 27 marzo 2020, sulla distribuzione di dividendi nel corso della pandemia di COVID-19 e che abroga la raccomandazione BCE/2020/1 (BCE/2020/19).

¹⁴ In generale, sul rilievo che la produzione di atti di *soft law* assume nell'attività delle Agenzie dell'Unione europea, anche in ambiti diversi da quello sanitario, v. J. ALBERTI, *L'utilisation d'actes de soft-law par les agences de l'Union européenne*, in RMC, n. 576, 2014, p. 161; S. VAUGHAN, *Fictions and Fuzziness: Soft Law Rule-Making among the EU's Decentralized Agencies*, in M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, U. MÖRTH (eds.), *Research Handbook on Soft Law*, cit., p. 223 ss.

¹⁵ V. ad es. EMA, *Guidance on Remote GCP Inspections during the COVID-19 Pandemic*, EMA/INS/GCP/162006/2020, 18 May 2020, disponibile online.

¹⁶ V. ad es. ECDC, *Guidance for COVID-19 Quarantine and Testing Options for Travellers*, 12 March 2021, disponibile online.

¹⁷ V., ad es., EFSA Panel on Animal Health and Welfare (AHAW), *SARS-CoV-2 in Animals: Susceptibility of Animal Species, Risk for Animal and Public Health, Monitoring, Prevention and Control*, in *EFSA Journal*, 2023, n. 2, p. 1 ss.

¹⁸ V., ad es., ESMA Statement on Markets and COVID-19, doc. ESMA71-99-1290, 11 marzo 2020, disponibile online.

tement, road maps, rapporti, risoluzioni, piani, ed altri tipi ancora di atti.

Anche i settori sono a tal punto eterogenei che non è possibile richiamarli tutti. Solo al fine di indicare alcuni dei più noti, si ricordano gli atti di *soft law* che sono stati adottati subito dopo lo scoppio della pandemia. Tra questi, si pensi, ad esempio, alla raccomandazione dell'8 aprile 2020 per l'uso della tecnologia e le applicazioni mobili ai fini del tracciamento¹⁹, adottata dalla Commissione per contribuire al contenimento della diffusione del virus attraverso lo scambio di dati sanitari e mediante misure che favorivano il distanziamento sociale e, quindi, volte a limitare la propagazione della malattia. Oppure, agli orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'Unione europea per la cooperazione transfrontaliera nell'ambito della crisi di COVID-19 del 3 aprile 2020²⁰. Mediante tale atto, la Commissione si impegnavano a fornire assistenza alla autorità sanitarie nazionali coordinando la domanda e l'offerta di posti di terapia intensiva per i pazienti e di personale medico, coordinando e cofinanziando il trasporto transfrontaliero di emergenza di pazienti e squadre adeguatamente qualificate di personale medico, fornendo chiarimenti circa il rimborso delle spese sanitarie per le cure mediche prestate in un altro Stato membro e sulle modalità pratiche per la mobilità transfrontaliera dei pazienti, fornendo indicazioni sul riconoscimento delle qualifiche professionali mediche. Ancora, può essere ricordata la strategia dell'Unione europea per i vaccini contro il COVID-19²¹, che è stata essenziale per consentire di sostenere ed accelerare lo sviluppo su larga scala dei vaccini ed evitare

¹⁹ Raccomandazione (UE) 2020/518 della Commissione, dell'8 aprile 2020, relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per l'uso della tecnologia e dei dati al fine di contrastare la crisi COVID-19 e uscirne, in particolare per quanto riguarda le applicazioni mobili e l'uso di dati anonimizzati sulla mobilità.

²⁰ Comunicazione della Commissione, del 3 aprile 2020, Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della COVID-19, C(2020) 2153 final.

²¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti, del 17 giugno 2020, Strategia dell'Unione europea per i vaccini contro la COVID-19, COM(2020) 245 final.

che gli Stati membri adottassero a tal fine risposte disarticolate e quindi meno efficaci.

Accanto ad atti di questo tipo, riguardanti i profili sanitari della pandemia, altri atti di *soft law* sono stati adottati nell'ambito di numerosi settori sui quali la crisi sanitaria ha avuto ripercussioni.

In proposito, è possibile menzionare, sempre a titolo esemplificativo, la comunicazione della Commissione sulla risposta economica coordinata per far fronte alla crisi di COVID-19 del 13 marzo 2020²². Oppure, la comunicazione per il quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato²³, mediante la quale vennero dettati orientamenti favorevoli a un'interpretazione in senso meno rigido del divieto di aiuti di Stato, ammettendo – così come in precedenza era già stato fatto in occasione della crisi finanziaria del 2008²⁴ – l'impiego della deroga di cui all'art. 107, comma 3, lett. b), TFUE, prevista per «porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro»²⁵. Numerosi poi sono stati gli atti di *soft law* adottati in relazione alla circolazione delle persone, dei lavoratori e delle merci²⁶. Ci limitiamo a menzionare, in

²² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, del 13 marzo 2020, relativa a una risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19, COM(2020) 112 final.

²³ Comunicazione della Commissione, del 19 marzo 2020, Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'attuale emergenza del COVID-19, C(2020) 1863 final.

²⁴ In proposito, v. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *DUE*, 2010, 2, p. 335 ss.; F. BESTAGNO, *Gli aiuti di Stato in tempi di crisi: il sostegno all'economia reale tra misure nazionali e Piano europeo di ripresa*, in G. SACERDOTI, A. LIGUSTRO (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, *Liber amicorum P. Picone*, Napoli, 2011, p. 691 ss.; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *DUE*, 2014, p. 733 e spec. par. IV.

²⁵ V. A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid Rules and the COVID-19 Crisis*, in *Market and Competition Law Review*, 2020, p. 17 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 *EJ*, fascicolo speciale, 2020, p. 149 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *EJ*, 2021, p. 59 ss.

²⁶ In proposito, v. ad es. G. CAGGIANO, *COVID-19. Competenze dell'Unione, li-*

proposito, la comunicazione della Commissione del 30 marzo 2020 sull'applicazione delle restrizioni temporanee ai viaggi non essenziali verso l'Unione europea²⁷, gli orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di COVID-19²⁸, gli orientamenti relativi ai lavoratori stagionali nel contesto della pandemia²⁹, gli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali³⁰.

Emerge, quindi, da questa panoramica, che i settori interessati sono eterogenei e riconducibili a diversi tipi di competenze di cui le istituzioni dell'Unione europea sono dotate. Sono ad esempio riconducibili alle competenze esclusive dell'Unione, di cui all'art. 3 TFUE, gli atti adottati in materia di aiuti di Stato visto che gli stessi sono volti a definire regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno ai sensi dell'art. 3 TFUE. Rientrano invece tra le competenze concorrenti, di cui all'art. 4 TFUE, gli atti adottati in materia di mercato interno o nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia o ancora quegli atti che si occupano di problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica relativi agli aspetti definiti nel Trattato sul Funzionamento dell'UE (come, ad es., i profili di rilievo sanitario connessi alla libera circolazione dei beni, dei servizi e delle persone). Rientrano infine tra le competenze di sostegno, coordinamento

bertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, 30 aprile 2020; F. SPITALERI, *Covid-19 e ripristino dei controlli alle frontiere interne*, in *DUE*, 2020, p. 389.

²⁷ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, del 16 marzo 2020, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, COM(2020) 115 final.

²⁸ Comunicazione della Commissione, del 30 marzo 2020, Orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di COVID-19, C(2020) 2051 final.

²⁹ Comunicazione della Commissione, del 16 luglio 2020, Orientamenti relativi ai lavoratori stagionali nell'UE nel contesto della pandemia di COVID-19, C(2020) 4813 final.

³⁰ Commissione europea, COVID-19. Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali, del 16 marzo 2020, C(2020) 1753 final.

e completamento di cui all'art. 6 TFUE gli atti adottati in funzione della tutela e del miglioramento della salute umana.

Indipendentemente dal fatto che la facoltà di adottare atti di *soft law* nei settori sopra richiamati fosse prevista espressamente dai Trattati (questo è il caso, ad esempio, dell'art. 168, par. 6, TFUE, ai sensi del quale in materia di protezione della salute umana il Consiglio dell'Unione, su proposta della Commissione, può adottare raccomandazioni) o meno, le istituzioni e gli organismi dell'Unione hanno fatto indistintamente un ampio ricorso agli strumenti in questione nel corso della pandemia. In proposito, così come si può osservare più in generale anche con riferimento all'impiego degli strumenti di *soft law* in settori diversi da quello sanitario, è opportuno sottolineare che l'adozione di tali atti, in assenza di una espressa previsione nel diritto primario, può trovare giustificazione nel ricorso alla teoria dei poteri impliciti³¹. In virtù di tale teoria, le istituzioni dell'Unione possono adottare atti di *soft law* nella misura in cui essi risultino necessari all'esercizio dei poteri espressamente conferiti. In ogni caso, secondo l'argomento *a maiore ad minus*, sembra possibile affermare che, quando le istituzioni dell'Unione hanno la competenza per adottare atti vincolanti in una determinata materia, esse possono anche adottare atti di *soft law*, indipendentemente dal fatto che tale facoltà sia espressamente prevista dai Trattati, considerata la minore incidenza di tali strumenti per gli Stati membri rispetto a quelli a carattere vincolante³². Ad ogni modo, l'adozione di atti di *soft law* deve avvenire nel rispetto del principio di attribuzione³³, pur essendo innegabile che, talvolta, proprio l'impiego di questa forma di produzione normativa possa rappresentare una delle modalità attraverso cui si può manifestare il fenomeno del *competence creep*, in virtù del quale l'Unione europea ten-

³¹ Con riferimento alla possibilità di invocare la teoria dei poteri impliciti al fine di giustificare l'adozione di misure di *soft law* nel diritto dell'Unione europea, v. P. WEISMANN, *op. cit.*, p. 212 ss.

³² V. in tal senso B. DE WITTE, *Soft Law in European Public Law*, in M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, U. MÖRTH (eds.), *Research Handbook on Soft Law*, cit., p. 101 e spec. p. 103.

³³ *Ibidem*.

de *de facto* ad accrescere i propri poteri, intervenendo in ambiti nei quali non le è attribuita una specifica competenza³⁴.

3. Il rilievo degli atti di soft law nella governance della gestione delle crisi sanitarie

La pandemia da COVID-19 ha permesso di far emergere i limiti della *governance* sanitaria europea e, al contempo, di stimolare un rafforzamento istituzionale fondato anche sull'ampliamento delle funzioni di adozione di strumenti di *soft law* da parte di organismi già esistenti, oltre che da parte di strutture di nuova creazione³⁵.

In proposito, si pensi innanzitutto all'*European Centre for Disease Prevention and Control* (ECDC) – già istituito con il regolamento (CE) 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio³⁶ – che ha visto potenziare le proprie funzioni consultive e di supporto scientifico con l'adozione del regolamento (UE) 2022/2370³⁷. Tra i compiti attribuiti all'ECDC si ricordano il monitoraggio delle malattie trasmissibili, l'individuazione e la valutazione delle minacce per la salute umana, il

³⁴ In tal senso, v. S. GARBEN, *Competence Creep Revised*, in *JCMS*, 2019, p. 205 e spec. p. 210 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *Creeping softly? Soft law in ambito sanitario e rispetto del principio di attribuzione*, in *Papers di diritto europeo*, 2025, n. 1, p. 45 e spec. p. 50. Con riferimento alla nozione di *competence creep*, v. ad es., oltre al contributo di S. GARBEN appena citato, S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *YEL*, 2004, p. 1; M. DOUGAN, *EU Competences in an Age of Complexity and Crisis: Challenges and Tensions in the System of Attributed Powers*, in *CMLR*, 2024, p. 93 e spec. p. 120 ss.

³⁵ Sulla ricorrente tendenza a rafforzare il ruolo delle Agenzie quale risposta alle diverse crisi che hanno interessato negli anni l'Unione europea, v. R. DELLA PIA, *Exploring the European Medicine Agency's New Mandate*, in *I Post di AISDUE*, *Atti congressi AISDUE*, n. 33, 27 luglio 2022, p. 711 e spec. p. 719 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori pertinenti riferimenti bibliografici.

³⁶ Regolamento (CE) 851/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce un Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie.

³⁷ Regolamento (UE) 2022/2370 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 novembre 2022, recante modifica del regolamento (CE) 851/2004, con il quale si crea un Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie.

potere di formulare raccomandazioni basate su dati scientifici e fornire sostegno al coordinamento della risposta dell'UE attraverso l'elaborazione di linee guida e pareri non vincolanti³⁸. Nel corpo dello stesso regolamento si precisa che le raccomandazioni, le consulenze, gli orientamenti o i pareri forniti dal Centro sono tutti intrinsecamente non vincolanti per i destinatari e, in particolare, che le raccomandazioni consentono al Centro di esprimere il proprio punto di vista, nonché di suggerire una linea d'azione senza imporre alcun obbligo giuridico a coloro ai quali tali raccomandazioni sono destinate³⁹.

Tra i più significativi atti di *soft law* adottati dall'ECDC durante la pandemia si annoverano le *Guidelines for Non-Pharmaceutical Interventions against COVID-19* (settembre 2020)⁴⁰. Con riguardo ad altre minacce sanitarie, possono invece essere ricordati i numerosi rapporti che riguardano il virus *West Nile*⁴¹, oppure le raccomandazioni operative per la sorveglianza e la gestione clinica dei casi adottate con riferimento all'epidemia di virus *Zika*⁴², a dimostrazione della versatilità degli atti di *soft law* anche al di fuori del contesto pandemico.

È stato sottolineato che, in conseguenza del rafforzamento del suo mandato e dell'autorevolezza delle misure di *soft law* che adotta, il Centro è in grado di guidare in modo incisivo l'azione degli Stati membri e delle rispettive autorità sanitarie nazionali in un settore ancora di competenza nazionale⁴³. Si produce, in questo modo, una invasione di campo nelle politiche nazionali in relazione alla quale, anche in materia sanitaria, così come avvenuto nell'ambito di altri settori del

³⁸ La missione e i compiti del Centro sono attualmente disciplinati dal nuovo art. 3 del regolamento 851/2004, così come sostituito dall'art. 1 del regolamento 2022/2370, cit.

³⁹ V. considerando 11 del regolamento 2022/2370, cit.

⁴⁰ ECDC, *Guidelines for Non-Pharmaceutical Interventions against COVID-19*, September 2020, disponibile online.

⁴¹ ECDC and EFSA, *Surveillance of West Nile Virus Infections in Humans and Animals in Europe, Monthly Report*, 13 agosto 2025, disponibile online.

⁴² V. ECDC, *Zika Virus Disease Epidemic: Preparedness Planning Guide for Diseases Transmitted by Aedes Aegypti and Aedes Albopictus*, 8 April 2016, disponibile online. Oppure, più di recente, v. ECDC, *Public Health Guidance for Assessing and Mitigating the Risk of Locally-Acquired Aedes-borne Viral Diseases in the EU/EEA*, 1 luglio 2025, disponibile online.

⁴³ In tal senso, v. F. ZORZI GIUSTINIANI, *Creeping softly*, cit., p. 58.

diritto dell'Unione europea, si è fatto riferimento al già richiamato fenomeno del *competence creep*⁴⁴.

Parallelamente al rafforzamento del mandato dell'ECDC, la Commissione ha istituito la *Health Emergency Preparedness and Response Authority* (HERA) con la decisione (UE) 2021/929⁴⁵, quale nuova struttura con funzioni prevalentemente di *soft law*, incaricata di predisporre piani di preparazione e raccomandazioni strategiche, come l'*HERA Annual Work Plan 2023*⁴⁶ o la *EU FAB initiative* per la capacità produttiva di vaccini.

L'HERA è stata incaricata di anticipare le minacce per la salute e le potenziali crisi in campo sanitario attraverso la raccolta di informazioni e la predisposizione delle necessarie capacità di risposta. L'HERA è stata concepita per essere una struttura flessibile, da adattare in base alle esigenze⁴⁷. Tra le minacce prioritarie individuate dall'HERA, secondo un elenco che tale Autorità ha aggiornato nel 2024, troviamo la resistenza antimicrobica (AMR), gli agenti patogeni con potenziale pandemico, le minacce CBRN (chimiche, biologiche, radiologiche e nucleari) derivanti dal rilascio accidentale o intenzionale e le minacce associate alle tecnologie emergenti. Anche i cambiamenti climatici sono considerati sempre più una minaccia crescente. L'HERA, inoltre, in consultazione con gli Stati membri e il suo forum congiunto per la cooperazione industriale e la società civile, ha elaborato un catalogo di contromisure mediche pertinenti per la preparazione e la risposta a tali minacce. In questo modo, l'HERA è in grado di orientare le azioni in termini di ricerca e sviluppo, nonché le misure di politica industriale

⁴⁴ V. ancora F. ZORZI GIUSTINIANI, *Creeping softly*, cit., p. 68.

⁴⁵ Decisione (UE) 2021/929 della Commissione, del 16 giugno 2021, che istituisce l'Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA). Sui caratteri dell'HERA, v. ad es. V. SALVATORE, *Oltre la pandemia: nuove norme nell'Unione europea per affrontare le emergenze sanitarie*, in *OIDU*, numero speciale *The Day After: le Organizzazioni internazionali di fronte alle minacce globali alla salute*, 2024, p. 65 e spec. p. 67 ss.

⁴⁶ Commissione europea, *HERA Annual Work Plan 2023*, 15 February 2023, COM(2023) 70 final.

⁴⁷ V. relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 26 marzo 2025, Riesame dell'attuazione delle operazioni dell'Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie (HERA), COM(2025) 147 final, p. 3.

quali la capacità di produzione e le azioni di approvvigionamento o costituzione di scorte⁴⁸.

Nel corso della pandemia è stato poi accresciuto il ruolo del Comitato per la sicurezza sanitaria (*Health Security Committee*, HSC), già formalmente istituito dalla decisione 1082/2013/UE⁴⁹ ed oggi disciplinato dal regolamento (UE) 2022/2371⁵⁰. Il Comitato in questione rappresenta la sede principale di coordinamento politico-tecnico tra Stati membri e Commissione durante le crisi sanitarie transfrontaliere. In tali contesti può adottare raccomandazioni, pareri e orientamenti non vincolanti in materia di preparazione, pianificazione, comunicazione e risposta in merito al rischio e alla crisi, attingendo alle competenze delle Agenzie dell'UE. Sulla base di tali competenze, il Comitato è stato in grado di orientare la gestione degli approvvigionamenti comuni di dispositivi medici durante la pandemia da COVID-19, in particolare attraverso la creazione e l'aggiornamento della lista comune dell'UE dei test antigenici rapidi per COVID-19⁵¹. Oppure, tra gli altri atti di *soft law* adottati dal Comitato, possono essere ricordate, a mero titolo esemplificativo, le raccomandazioni per un approccio comune a livello di Unione europea per l'isolamento dei pazienti affetti da COVID-19 e per la quarantena dei contatti e dei viaggiatori⁵². Il Comitato per la si-

⁴⁸ Così, COM(2025) 147, cit., p. 8.

⁴⁹ V. decisione 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione 2119/98/CE. Al considerando 4 della decisione in questione si precisa che il Comitato per la sicurezza sanitaria era già stato istituito sulla base delle Conclusioni della presidenza del 15 novembre 2001 sul bioterrorismo ma che era necessario attribuire a tale gruppo uno *status* formale e assegnargli un ruolo ben definito in modo da evitare duplicazioni con altri enti dell'Unione responsabili della gestione dei rischi.

⁵⁰ V., in particolare, l'art. 4 del regolamento (UE) 2022/2371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 novembre 2022, relativo alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione 1082/2013/UE.

⁵¹ V. European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *EU Common list of COVID-19 Antigen Tests Agreed by the Health Security Committee*, 26 luglio 2023, disponibile *online*.

⁵² European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *Recommendations for a Common EU Approach Regarding Isolation for COVID-19 Patients and Quarantine for Contacts and Travellers*, Agreed by the Health Security Committee

curezza sanitaria si è occupato poi anche di ambiti diversi dall'epidemia di COVID-19, come dimostra ad esempio l'attività svolta in relazione alla promozione della prevenzione dei rischi associati al virus dell'influenza aviaria⁵³.

Accanto al Comitato per la sicurezza sanitaria, il già citato regolamento 2022/2371 ha istituito il Comitato consultivo per le emergenze di sanità pubblica⁵⁴, dopo che la sua creazione era stata in precedenza caldeggiata da gruppi di esperti e consulenti della Commissione⁵⁵. Si tratta di un organo composto da esperti indipendenti, cui partecipano come osservatori ECDC, EMA e OMS e che è incaricato di formulare pareri e raccomandazioni tecniche non vincolanti. Il Comitato ha il compito di valutare se un evento costituisca un'emergenza di sanità pubblica a livello dell'Unione, suggerire le misure più appropriate per affrontarla e consigliare in merito alla cessazione dello stato di emergenza. Il Comitato, che ha tenuto la sua prima riunione a Lussemburgo nel gennaio 2025 dopo che la Commissione ha proceduto alla designazione di 44 esperti, ha rafforzato l'architettura di *governance* europea conferendo centralità a strumenti di *soft law* di natura scientifico-tecnica, destinati ad orientare le decisioni politiche senza assumere carattere vincolante⁵⁶.

Nel complesso, è possibile osservare che la crisi da COVID-19 ha agito da catalizzatore di riforme che hanno consolidato il ricorso a strumenti di *soft law* nella *governance* sanitaria europea, rendendoli strumenti centrali per armonizzare le risposte nazionali e rafforzare la

on 11 gennaio 2021, disponibile *online*.

⁵³ European Commission, Directorate-General for Health and Food Safety, *Opinion of the Health Security Committee on Zoonotic Avian Influenza*, dicembre 2023, disponibile *online*.

⁵⁴ V. art. 24 del regolamento 2022/2371, cit.

⁵⁵ Group of Chief Scientific Advisors to the European Commission, European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), Special advisor to President Ursula von der Leyen on the response to the coronavirus and COVID-19, *Improving Pandemic Preparedness and Management. Lessons Learned and Ways Forward*, Joint Opinion, Brussels, 11 novembre 2020, disponibile *online*.

⁵⁶ European Commission, *Commission Decision Appointing the Members of the Advisory Committee on Public Health Emergencies*, 14 gennaio 2025, disponibile *online*.

resilienza collettiva anche rispetto a crisi diverse, come l'influenza aviaria o l'epidemia di Ebola.

Al contempo, va però anche rilevato che gli ambiti di competenza degli organismi appena richiamati non appaiono sempre delimitati in modo chiaro. È stata ad esempio sottolineata la possibilità che si producano sovrapposizioni – e, in ipotesi, punti di vista contrastanti – tra i pareri che il Consiglio HERA è chiamato a rendere sull'approvvigionamento e l'impiego di contromisure mediche (incluso, quindi, anche sulla constatazione della mancanza di medicinali)⁵⁷ e le raccomandazioni che possono essere formulate dal Gruppo direttivo per le carenze e la sicurezza dei medicinali (*Medicine Shortage Steering Group*, MSSG) istituito nell'ambito dell'EMA⁵⁸. La stessa Commissione europea, basandosi su uno studio che ha commissionato in vista di una riforma di HERA⁵⁹, ha dato atto del rischio di duplicazione tra il Consiglio HERA (che svolge una funzione consultiva in quanto gruppo di esperti della Commissione) e il già citato Comitato consultivo per le emergenze di sanità pubblica⁶⁰.

La possibilità che gli atti di *soft law* prodotti dagli organismi in questione si sovrappongano e talvolta persino si contraddicano può generare incertezza nei loro destinatari, vanificando uno degli obiettivi per cui tali strumenti sono stati concepiti, ovvero fornire linee guida chiare per orientare le condotte da tenere al fine di affrontare una crisi sanitaria in corso.

4. *L'utilità del ricorso agli strumenti di soft law*

A fronte di questo quadro ci si può chiedere innanzitutto quale sia l'utilità del ricorso a strumenti di *soft law* per far fronte a crisi sanita-

⁵⁷ V. Commission decision, of 16 September 2021, establishing the Health Emergency Preparedness and Response Authority, art. 6, par. 5.

⁵⁸ V. R. DELLA PIA, *Exploring the European Medicine Agency's New Mandate*, cit., pp. 732-733.

⁵⁹ OPEN EVIDENCE *et al.*, *Study supporting the review of the Health Preparedness and Emergency Response Authority (HERA) with regard to its operations, structure, and governance*, Luxembourg, 2025.

⁶⁰ In tal senso, v. COM(2025) 147, cit., p. 22.

rie. A tal fine occorre fare riferimento ai caratteri tipici degli atti in questione che, come abbiamo anticipato nelle considerazioni introduttive del presente contributo, devono essere dati qui per conosciuti e presupposti, pur dovendo ora essere declinati in funzione dello specifico contesto della risposta alle crisi sanitarie.

È ben noto che gli atti di *soft law* si distinguono per la rapidità della procedura di loro adozione. Con riferimento a quanto avvenuto in occasione della pandemia di COVID-19, va ricordato che nelle prime settimane successive alla diffusione del virus, l'Unione europea era stata accusata di immobilismo. Poi, soprattutto a partire dal 12 marzo 2020, a seguito della dichiarazione congiunta della Presidente della Commissione europea, del Presidente del Consiglio europeo Charles Michel con il sostegno del Presidente di turno del Consiglio, adottata in risposta alla scelta unilaterale degli Stati Uniti di imporre il divieto di viaggi provenienti dagli Stati membri dell'Unione europea, venne annunciato un impegno dell'Unione europea nell'adozione di misure incisive per fronteggiare la crisi. Ebbe così inizio una produzione tumultuosa caratterizzata in gran parte dall'adozione di strumenti di *soft law*⁶¹.

La flessibilità degli atti di *soft law* ha reso possibile adattare l'azione delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione alle esigenze impreviste e in continua evoluzione legate alla pandemia. Si pensi, ad esempio, alle raccomandazioni che il Consiglio ha adottato per introdurre un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pandemia e che più volte sono state modificate nelle varie fasi della stessa⁶².

⁶¹ Ad ogni modo, il massiccio impiego, da parte delle istituzioni dell'Unione, di strumenti di *soft law*, è stato accompagnato dall'adozione di atti normativi, facendo ricorso – nella misura del possibile – ai sia pur pochi meccanismi di urgenza consentiti per la revisione e l'adeguamento degli atti che erano vigenti. In proposito, v. C. FIORAVANTI, *Deroghe, eccezioni e urgenza d'intervento: il processo decisionale nell'emergenza sanitaria*, in *EJ*, 2020, p. 256. Sulla prospettiva che, in futuro, possa essere prevista una «procedura *ad hoc* delle emergenze, attualmente assente dai Trattati», v. P. DE PASQUALE, *L'Unione europea di fronte alle conseguenze della crisi sanitaria, tra metodo comunitario e metodo intergovernativo*, in *DPCE online*, 2020, n. 3, p. XI.

⁶² V. raccomandazione (UE) 2020/1475 del Consiglio, del 13 ottobre 2020, per un approccio coordinato alla limitazione della libertà di circolazione in risposta alla pan-

Tra gli obiettivi perseguiti mediante l'impiego di tali atti, va senz'altro ricordato quello di favorire la trasparenza, la prevedibilità e la certezza del diritto in merito all'azione delle istituzioni dell'Unione europea. In molti casi, essi hanno svolto una funzione interpretativa della normativa vigente, consentendo così di generare un legittimo affidamento sul modo in cui le istituzioni dell'Unione hanno successivamente applicato la normativa in questione. D'altra parte, tali obiettivi sono stati messi in discussione nella misura in cui la produzione di atti di *soft law* è risultata eccessiva, se non addirittura ridondante. A ciò si aggiunga, poi, che – come sopra già osservato⁶³ – la sovrapposizione di atti di *soft law* adottati da organismi dotati di attribuzioni non sempre chiaramente delimitate ha finito per creare incertezza nei potenziali destinatari, tradendo quindi quella era una delle ragioni sottese all'impiego degli strumenti di *soft law* in materia.

Tra le funzioni peculiari che gli strumenti di *soft law* sono stati in grado di assumere quando impiegati come risposta alle crisi sanitarie, rispetto ad altri ambiti del diritto dell'Unione, vi è la loro capacità di consentire alle istituzioni europee di manifestare vicinanza e solidarietà nei confronti degli Stati membri⁶⁴. In tale ottica, le linee guida in materia di appalti pubblici rappresentano un esempio significativo del modo in cui la Commissione ha dimostrato la volontà di condividere la responsabilità nella gestione dei problemi di salute pubblica legati alla pandemia da COVID-19⁶⁵.

demia di COVID-19, poi modificata dalla raccomandazione (UE) 2021/119 del Consiglio, del 1° febbraio 2021. La racc. 2020/1475 è stata poi sostituita dalla raccomandazione (UE) 2022/107 del Consiglio, del 25 gennaio 2022, a sua volta modificata dalla raccomandazione (UE) 2022/2547 del Consiglio, del 13 dicembre 2022. In proposito, v. B. DE WITTE, *Soft Law in European Public Law*, cit., p. 108.

⁶³ V. *supra*, par. 3.

⁶⁴ In proposito, con specifico riferimento agli atti di *soft law* adottati in materia di appalti pubblici durante la pandemia da COVID-19, v. R. BARATTA, *EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the "Guidance" on Public Procurement Through the Prism of Solidarity*, in EP, 2020, p. 365 e spec. p. 370 ss.

⁶⁵ V. Comunicazione della Commissione, del 16 aprile 2020, COVID-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento, C(2020) 2516 final.

La crisi pandemica ha poi confermato che in molti casi gli atti di *soft law* sono strumenti destinati a rimanere emergenziali. In altri casi, essi hanno le potenzialità per essere incorporati nel diritto vigente, a seguito della loro trasformazione in atti di *hard law*.

Un primo esempio di questo tipo può essere individuato richiamando le linee guida sull'interoperabilità dei certificati di vaccinazione⁶⁶ che vennero adottate nei primi mesi del 2021 dalla rete di assistenza sanitaria *online e-health network*. Tali linee guida hanno costituito la base per l'elaborazione, nei mesi successivi, del regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 2021/953 sul certificato COVID digitale dell'Unione europea⁶⁷. Il regolamento, inizialmente prorogato fino al 30 giugno 2023, è stato poi fonte di ispirazione per l'adozione del regolamento sul cosiddetto spazio europeo di dati sanitari⁶⁸.

È significativo, ai nostri fini, sottolineare che nella proposta che poi ha condotto all'adozione del regolamento da ultimo citato⁶⁹, si osservava che gli strumenti di *soft law* in precedenza adottati (gli orientamenti, le raccomandazioni, come ad esempio la raccomandazione 2019/243 sul formato europeo dello scambio delle cartelle cliniche⁷⁰) non avevano prodotto i risultati sperati a causa della significativa eterogeneità tra gli Stati membri.

Un altro esempio che dimostra la capacità di incidere sul quadro giuridico esistente mediante l'adozione di atti di *soft law* può essere

⁶⁶ V. eHealth, *Guidelines on Verifiable Vaccination Certificates – Basic Interoperability Elements*, approvate il 27 gennaio 2021, poi aggiornate il 12 marzo 2021, disponibili *online*.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2025, sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847.

⁶⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 maggio 2022, sullo spazio europeo dei dati sanitari, COM(2022) 197, p. 8.

⁷⁰ Raccomandazione (UE) 2019/243 della Commissione, del 6 febbraio 2019, relativa a un formato europeo di scambio delle cartelle cliniche elettroniche.

tratto dal modo con cui sono stati gestiti i controlli alle frontiere. In proposito, la Commissione, già il 16 marzo 2020, ha adottato orientamenti che hanno precisato che in situazioni estremamente critiche uno Stato membro può reintrodurre i controlli alle frontiere interne per rischi collegati alla diffusione del virus⁷¹. Va tenuto conto che il codice frontiere Schengen prevedeva la possibilità di reintrodurre i controlli e le frontiere interne solo per motivi di ordine pubblico e sicurezza interna⁷². Quanto affermato dalla Commissione negli orientamenti era quindi quantomeno discutibile, tanto che difficilmente poteva essere ritenuto in linea con il codice frontiere Schengen. Tali affermazioni hanno però rappresentato uno spunto di riflessione di cui si è tenuto conto in occasione della riforma del medesimo codice. Con il regolamento 2024/1717 è stato infatti specificato che la minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza interna può derivare, tra l'altro, da un'emergenza di sanità pubblica su vasta scala⁷³.

Un ulteriore ambito in cui gli atti di *soft law* potrebbero spingere verso una riforma del quadro normativo vigente è quello relativo alla libera circolazione dei professionisti sanitari. Nei già citati orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'Unione europea per la cooperazione transfrontaliera nell'ambito della crisi da COVID-19, la Commissione ha sottolineato, con riferimento al riconoscimento delle qualifiche professionali nel settore sanitario, che la direttiva 2005/36⁷⁴ sul riconoscimento delle qualifiche professionali prevede un livello minimo di armonizzazione per numerose professioni sanitarie e definisce i requisiti massimi che possono essere richiesti ai professionisti che desiderano spostarsi all'interno dell'Unione europea, ma non impedisce

⁷¹ Commissione europea, COVID-19. Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere, cit.

⁷² V. regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen).

⁷³ V. regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone e in particolare l'art. 1 che ha sostituito, tra l'altro, l'art. 25 del reg. 2016/399, cit.

⁷⁴ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

agli Stati membri di adottare un approccio più liberale. L'Italia, a ben vedere, aveva già provveduto in tal senso con il decreto legge del 17 marzo 2020, n. 18, nell'ambito del quale ha consentito l'esercizio temporaneo in deroga di qualifiche professionali sanitarie conseguite all'estero⁷⁵. L'approccio liberale auspicato dai predetti orientamenti potrebbe in futuro spingere ad una modifica della direttiva 2005/36. Ad esempio, è stato proposto che l'allegato V della direttiva, nell'ambito del quale vengono elencati i professionisti e le professioni legali per le quali sono imposte verifiche particolari, venga aggiornato regolarmente sia per i requisiti minimi di formazione, sia per le specializzazioni in esso contemplate⁷⁶. Inoltre, potrebbero essere estesi ad altre categorie di operatori sanitari i meccanismi agevolati di riconoscimento dei titoli professionali attraverso sistemi digitali come la Tessera professionale europea che attualmente riguarda solo gli infermieri, i fisioterapisti ed i farmacisti.

5. Le criticità derivanti dall'impiego degli atti di soft law

Accanto agli aspetti positivi legati all'impiego degli strumenti di *soft law* a fronte delle crisi sanitarie, non vanno però omesse anche le criticità connesse a tale tipologia di produzione normativa⁷⁷. Innanzitutto, è possibile in proposito menzionare le problematiche conseguenti alla rapidità di adozione degli strumenti in questione. Procedure rapide di adozione degli atti comportano infatti una scarsa trasparenza nel procedimento deliberativo. Oltre a non essere coinvolto il Parlamento europeo, è ridotta la consultazione degli *stakeholders*, delle autorità nazionali e dei comitati scientifici. Vi è quindi il rischio che

⁷⁵ V. art. 13 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. L'esercizio temporaneo in deroga delle qualifiche professionali sanitarie conseguite all'estero è stato successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2025.

⁷⁶ In proposito, v. già G. DI FEDERICO, *Unione europea della salute, emergenze e professioni critiche: verso una disciplina ad hoc per gli operatori sanitari?*, in *EJ*, 2023, n. 4, p. 147 e spec. p. 158 al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti in materia.

⁷⁷ In argomento, v. O. ŞTEFAN, *The Future of Eu Soft Law*, cit., p. 336 ss.

l'atto venga adottato senza che vi sia stato il tempo sufficiente per valutarne adeguatamente gli effetti. Inoltre, possono essere messi a rischio i principi della *rule of law* nella misura in cui non siano seguiti i normali processi democratici. Tale rischio appare ancor più grave nei casi in cui, nel corso della pandemia, atti giuridicamente non vincolanti abbiano di fatto comportato deroghe, sia pur temporanee, rispetto alla normativa vigente⁷⁸. Nel caso in cui il Parlamento europeo venga escluso dalle dinamiche deliberative, vi è inoltre il rischio di compromettere l'equilibrio istituzionale⁷⁹.

Problemi di trasparenza non sono legati solo alla rapidità del processo di adozione degli atti di *soft law*, ma anche alla quantità di studi, pareri, raccomandazioni che sono elaborati dai singoli organismi. La Corte dei conti europea ha ad esempio osservato che l'EMA ha messo a disposizione del pubblico numerose informazioni, dedicando al COVID-19 una apposita sezione sul proprio sito internet; ciò nonostante, resta difficile per gli interessati che non siano esperti o che non parlino la lingua inglese reperire dati pertinenti su tale sito, ad esempio con riferimento alle valutazioni scientifiche o statistiche compiute in relazione a segmenti specifici della popolazione⁸⁰.

Un ulteriore profilo di criticità è collegato alla proliferazione degli atti di *soft law*. Può cioè prodursi una sorta di inflazione normativa. I cittadini, gli operatori giuridici, quelli economici, ne possono risultare disorientati, con il rischio, quasi paradossale, di minare uno degli obiettivi cui spesso tendono gli atti di *soft law*, quale quello di favorire la prevedibilità e la certezza giuridica. A maggior ragione, tale rischio

⁷⁸ In proposito, v. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Chi ha (ancora) paura dell'Europa? Qualche riflessione alla luce anche della pandemia da COVID-19*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Paura dell'Europa. Spunti di razionalizzazione. Atti del webinar del 18 maggio 2020. Chi ha (ancora) paura dell'Europa?*, Torino, 2020, p. 1 e spec. p. 9.

⁷⁹ Sull'incidenza dell'adozione di atti di *soft law* sull'equilibrio istituzionale nell'Unione europea, v. ad es. L.A.J SENDEN, *Soft Law and its Implications for Institutional Balance in the EC*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 79 ss.; B. DE WITTE, *Soft Law in European Public Law*, cit., p. 103 ss.

⁸⁰ Corte dei conti europea, *La risposta dell'UE alla pandemia di COVID-19. Le agenzie mediche dell'UE hanno saputo destreggiarsi piuttosto bene in circostanze senza precedenti*, Lussemburgo, 2024, punto 78.

sussiste se si tiene conto che vengono adottati atti di *soft law* anche da parte di molte Agenzie che hanno mandati specializzati che tendono a sovrapporsi nell'esercizio delle rispettive funzioni⁸¹.

Ci si può chiedere infatti se sia possibile ipotizzare un conflitto tra strumenti giuridici non vincolanti. In proposito, possono essere richiamate le riflessioni svolte dall'Avvocato generale Bobek nelle Conclusioni del 15 Aprile 2021 il quale fa riferimento al rischio di creare una «*crowded soft law house*»⁸². Anche se nel caso di cui si stava occupando l'Avvocato generale, gli atti di *soft law* che venivano in rilievo non riguardavano l'ambito della crisi sanitaria visto che si trattava di orientamenti sui dispositivi di *governance* e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio elaborati dall'Autorità bancaria europea (EBA), può essere ripresa la considerazione in base alla quale in settori in cui intervengono varie Agenzie con mandati non chiaramente delimitati, sussiste il rischio che vengano adottati atti di *soft law* che si sovrappongono o, addirittura, confliggono tra di loro.

Non sempre è poi chiaro il confine tra *soft law* e *hard law*, aspetto questo che risulta particolarmente rilevante anche in funzione della possibilità di usufruire di un sindacato giurisdizionale degli atti in questione⁸³. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, occorre valutare la sostanza dell'atto e gli effetti dello stesso alla luce di criteri obiettivi, come il contenuto dell'atto medesimo, il contesto in cui esso è stato adottato, i poteri dell'istituzione emanante⁸⁴. Qualora, sulla base di una simile valutazione, si ritenga l'atto privo di effetti giuridici vincolanti, lo stesso non potrà essere oggetto di un ricorso di im-

⁸¹ In proposito, v. le considerazioni svolte *supra*, par. 3.

⁸² Conclusioni dell'Avv. gen. Bobek, del 15 aprile 2021, C-911/19, FBF, punto 88.

⁸³ Su tale problematica, v. in generale T. FAJARDO DEL CASTILLO, *op. cit.*, pp. 247 ss.; P. WEISMANN, *op. cit.*, spec. p. 384 ss.

⁸⁴ V. Corte giust. 20 febbraio 2018, C-16/16 P, *Belgio/Commissione*, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata. A commento della pronuncia, v. A. ARNULL, *EU Recommendations and Judicial Review*. ECJ 20 February 2018, Case C-16/16 P, *Kingdom of Belgium v European Commission*, in *ECLR*, 2018 p. 609; L.F. PACE, *I giochi d'azzardo online, le raccomandazioni e il principio "soft law is no law"*, in *EP*, 2018, p. 973; R. MASTROIANNI, *What's in a Recommendation?*, in D. SARMIENTO, H. RUIZ FABRI, B. HESS (eds.), *Yearbook on Procedural Law of the Court of Justice of the European Union - 2019 (First edition, 2020)*, MPILux Research Paper Series 2020, n. 2, p. 129 ss.

pugnazione di fronte alla Corte di giustizia. Al contrario, l'atto in questione potrà essere oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità, vista l'apertura rispetto a tale ipotesi confermata dalla Corte di giustizia nel già citato caso *FBF*⁸⁵.

6. *Considerazioni conclusive*

Nel corso dell'indagine è stato evidenziato il ruolo degli strumenti di *soft law* nella gestione delle crisi sanitarie, con particolare attenzione alla pandemia da COVID-19, ma anche con riferimenti ad altre emergenze come la SARS, l'influenza aviaria, la peste suina africana, la *Zika*, la *West Nile*. Abbiamo sottolineato che il ricorso ad atti di *soft law* non rappresenti una novità, bensì una prassi consolidata che ha trovato nella crisi pandemica una conferma e un'accelerazione. La pandemia ha infatti messo in luce l'eterogeneità e la portata sistemica delle implicazioni sanitarie, economiche e sociali, rendendo necessario un intervento rapido e coordinato da parte dell'Unione europea. In tale contesto, gli strumenti di *soft law* si sono rivelati fondamentali per garantire flessibilità, tempestività e adattabilità, soprattutto nelle fasi acute della crisi.

⁸⁵ A ben vedere, già Corte giust. 13 dicembre 1989, 322/88, *Grimaldi*, punto 8 aveva affermato che nell'ambito della propria competenza pregiudiziale la Corte può statuire sulla validità e sull'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni, senza alcuna eccezione e, quindi, indipendentemente dal fatto che gli stessi abbiano o meno carattere vincolante. Peraltro, la Corte, nell'occasione, aveva ammesso tale possibilità in termini generali, senza una adeguata argomentazione e nel contesto di una pronuncia resa in un rinvio pregiudiziale di interpretazione. Successivamente, nel caso Corte giust. 15 luglio 2021, C-911/19, *FBF/ACPR*, punti 52-57, è stato chiaramente affermato che atti privi di carattere giuridicamente vincolante, quali, nell'occasione, gli orientamenti emanati dall'Autorità bancaria europea, possono essere oggetto di un rinvio pregiudiziale di validità. A commento della pronuncia, v. J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *DUE*, 2022, p. 425; M. CHAMON, N. DE ARRIBA-SELLIER, *FBF: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies*, in *ECLR*, 2022, p. 1; H. MARJOSOLA, M. VAN RIJSBERGEN, M. SCHOLTEN, *How to Exhort and to Persuade with(out Legal) Force: Challenging Soft Law after FBF*, in *CMLR*, 2022, p. 1523.

L'analisi della prassi applicativa mostra come tali strumenti siano stati adottati da una pluralità di soggetti – dalle istituzioni alle Agenzie dell'Unione – e abbiano interessato una vasta gamma di settori, quali, ad es., la sanità pubblica, la libera circolazione, gli aiuti di Stato, la sicurezza alimentare. Le tipologie di atti impiegati sono molteplici: raccomandazioni, linee guida, comunicazioni, orientamenti tecnici, piani strategici, dichiarazioni e rapporti. Questa varietà riflette la complessità delle competenze esercitate, che spaziano dalle competenze esclusive (come nel caso degli aiuti di Stato) a quelle concorrenti o, ancora, di sostegno, coordinamento e completamento, come previsto dagli articoli 3, 4 e 6 del TFUE.

Particolarmente rilevante è il rafforzamento istituzionale che ha accompagnato l'emergenza sanitaria. Organismi già esistenti come l'ECDC hanno visto ampliati i propri compiti consultivi e scientifici, mentre nuove strutture come HERA e il Comitato consultivo per le emergenze di sanità pubblica sono state istituite con funzioni prevalentemente orientative e di coordinamento. Questi enti, pur operando attraverso atti non vincolanti, hanno avuto un impatto operativo significativo, contribuendo a orientare le politiche sanitarie degli Stati membri e a promuovere una risposta europea più coesa. Il Comitato per la sicurezza sanitaria, già attivo dal 2013, ha assunto un ruolo centrale nel coordinamento tecnico-politico, dimostrando come gli strumenti di *soft law* possano svolgere un ruolo significativo anche in ambiti di competenza nazionale.

È emerso, poi, che gli atti di *soft law* hanno svolto una funzione interpretativa e anticipatoria, contribuendo allo sviluppo e al miglioramento della normativa esistente. In alcuni casi, essi hanno costituito la base per successivi interventi di *hard law*, come è avvenuto per le linee guida sull'interoperabilità dei certificati vaccinali, che hanno prima portato all'adozione del regolamento sul certificato COVID digitale, e successivamente ispirato il regolamento sullo spazio europeo dei dati sanitari. Analogamente, gli orientamenti sui controlli alle frontiere hanno influenzato la revisione del codice frontiere Schengen, ampliando le ipotesi di reintroduzione dei controlli in caso di emergenza sanitaria.

Oltre a valorizzare gli aspetti positivi, è stata proposta una riflessione critica sui limiti strutturali degli strumenti di *soft law*. La rapidità

di adozione, se da un lato consente risposte tempestive, dall'altro può compromettere la trasparenza del processo deliberativo, riducendo il coinvolgimento del Parlamento europeo e dei vari *stakeholders*. In contesti di restrizione dei diritti fondamentali, come quelli generati dalle crisi sanitarie, l'impiego di strumenti non sottoposti a pieno controllo democratico impone una cautela particolare. Inoltre, la proliferazione di atti di *soft law*, spesso adottati da Agenzie con mandati che possono tra loro sovrapporsi, rischia in alcuni casi di generare confusione interpretativa, inflazione normativa e persino conflitti tra strumenti non vincolanti.

Un ulteriore elemento critico riguarda la possibilità di sindacato giurisdizionale degli atti di *soft law*. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha aperto alla valutazione sostanziale degli effetti degli atti non vincolanti, ma ha mantenuto limiti all'impugnabilità diretta, pur ammettendo la possibilità di sottoporre gli atti in questione a rinvii pregiudiziali di validità. Questo quadro giuridico incerto può generare ambiguità e indebolire la certezza del diritto, soprattutto quando gli atti di *soft law* vanno a toccare materie collegate all'esercizio dei diritti fondamentali o orientano in modo significativo l'azione delle istituzioni.

In definitiva, gli atti di *soft law* si confermano uno strumento indispensabile per affrontare con efficacia le emergenze, ma richiedono una regolazione più consapevole, coordinata e trasparente. L'esperienza pandemica può rappresentare un'occasione per sviluppare una *governance* europea più solida, capace di coniugare flessibilità operativa e garanzie democratiche, efficacia normativa e rispetto dello stato di diritto. Gli atti di *soft law*, oltre che rappresentare uno strumento utile per le fasi emergenziali, possono così sempre più affermarsi come componente strutturale e strategica dell'azione dell'Unione, purché ne siano chiariti i confini, rafforzati i meccanismi di controllo e garantita la coerenza sistemica.

ABSTRACT (ita)

Il contributo ha ad oggetto l'esame delle modalità con cui gli strumenti di *soft law* possono essere impiegati dall'Unione europea nella gestione delle crisi

sanitarie. L'indagine si concentra sulla prassi sviluppata durante la pandemia da COVID-19, ma prende in considerazione anche il loro utilizzo in altre emergenze, quali SARS, influenza aviaria, peste suina africana, Zika e West Nile. L'impiego degli atti di *soft law* non costituisce una novità nel diritto dell'Unione, bensì rappresenta una prassi consolidata, che ha trovato nella crisi pandemica una conferma e un'accelerazione. La pandemia ha favorito un rafforzamento della *governance* sanitaria europea, determinando l'ampliamento delle funzioni di organismi esistenti e l'istituzione di nuove strutture, tutte attive nella produzione di atti non vincolanti. I caratteri tipici degli atti di *soft law*, già noti in altri ambiti del diritto dell'Unione, sono stati declinati qui con riferimento allo specifico contesto della risposta alle crisi sanitarie, al fine di offrire spunti per un uso più consapevole di questi strumenti, volto a garantire maggiore efficacia e coerenza dell'azione dell'Unione di fronte a future emergenze sanitarie.

ABSTRACT (eng)

The paper examines the use of soft law instruments by the European Union in managing health crises. The analysis focuses on the practices developed during the COVID-19 pandemic, while also considering their application in other emergencies, such as SARS, avian influenza, African swine fever, Zika, and West Nile. The use of soft law acts is not a novelty in EU law, but rather a consolidated practice that found confirmation and acceleration during the pandemic. The health emergency contributed to strengthening the EU's health governance, leading to the expansion of existing bodies' functions and the establishment of new structures, all actively engaged in producing non-binding acts. The typical features of soft law instruments, which are also well-established in other areas of EU law, are here examined in the specific context of health crises response, with the aim of offering insights for a more strategic and calibrated use of these tools, intended to ensure greater effectiveness and consistency in the Union's response to future health emergencies.

IS INDISPENSABILITY ALWAYS INDISPENSABLE? IL TEST
BRONNER ALLA PROVA ANDROID AUTO: IL RIFIUTO DI
CONTRATTARE AI TEMPI DELLE PIATTAFORME DIGITALI

Michele Messina*

SOMMARIO: 1. Brevi premesse sul rifiuto di contrattare nella disciplina UE della concorrenza. – 2. Il test *Bronner* e i requisiti per l'abusività del rifiuto di contrattare. – 3. L'ambito di applicazione del test *Bronner* e la (ir)rilevanza della condizione dell'indispensabilità nelle pronunce successive. – 4. *Segue*: e nella sentenza *Android Auto*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Brevi premesse sul rifiuto di contrattare nella disciplina UE della concorrenza*

In Il rifiuto di contrattare, come è noto, rappresenta una fattispecie di abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, piuttosto controversa, che non ha carattere assoluto, in quanto le imprese che occupano una posizione dominante in un determinato mercato non sempre hanno l'obbligo di dover contrattare con tutti i clienti che lo richiedono¹. Infatti, sostenere che qualsiasi rifiuto di contrattare integri un abuso di posizione dominante confligge con taluni principi generalmente riconosciuti dagli Stati membri dell'Unione, come il diritto di poter scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni, considerati elementi essenziali del libero commercio. In alcuni casi, tali principi sono anche riconosciuti a livel-

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Si vedano, *ex multis*, R. WHISH, *Competition Law*, Oxford, 2024, p. 781; A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2023, p. 508; P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 256; G. BRUZZONE, S. CAPOZZI, *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto della concorrenza*, Milano, 2020, p. 131, in particolare pp. 140 e 141.

lo costituzionale², pertanto una deroga alla loro garanzia, da parte degli ordinamenti giuridici coinvolti, necessita di un'accurata giustificazione³. Un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante, per essere giustificata sotto il profilo della politica di concorrenza, richiede, quindi, un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte. In tale esercizio sono ancora particolarmente attuali le conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, presentate in occasione della causa *Bronner*, in cui ha affermato che era, in via generale, a vantaggio della concorrenza e nell'interesse dei consumatori, quantomeno nel lungo periodo, consentire a un'impresa di rifiutarsi di contrattare, riservando a sé stessa, ad esempio, le infrastrutture sviluppate per i propri fini commerciali. Infatti, sempre secondo l'Avv. gen. Jacobs, consentire con eccessiva facilità ai concorrenti l'accesso a tali infrastrutture finirebbe con il disincentivare la predisposizione di infrastrutture concorrenti, producendo nel lungo periodo una diminuzione della concorrenza nel mercato rilevante, a fronte di un suo incremento nel breve periodo. Tale incremento della concorrenza nel breve periodo sarebbe accompagnato da una sua diminuzione nel lungo periodo, in virtù del fatto che un'impresa in posizione dominante sarebbe disincentivata a investire in infrastrutture efficienti, se ai suoi concorrenti fosse consentito, previa mera richiesta, di dividerle. Un tale scenario consentirebbe ai concorrenti di condividere gli utili derivanti da investimenti o innovazioni dell'impresa in posizione dominante senza dover essi stessi investire nello sviluppo di un'infrastruttura concorrente, producendo un comportamento di parassitismo o *free-riding* che può pregiudicare, nel lungo termine, la concorrenza e quindi il benessere dei consumatori. Un obbligo di accesso o di fornitura imposto ai sensi dell'art. 102 TFUE potrebbe quindi ridurre o addirittura annullare l'incentivo a investire o a innovare sia per l'impresa in posizione

² Per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, il chiaro riferimento in tal senso è agli articoli 41 e 42 della Costituzione; mentre, per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione, assumono rilevanza gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

³ Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, del 28 maggio 1998, C-7/97, *Bronner*, par. 56. Si vedano, a tal riguardo, anche le più recenti conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, dell'11 gennaio 2024, C-48/22 P, *Google e a./Commissione*, par. 86, in cui afferma che una limitazione di tali principi va accuratamente soppesata e giustificata.

dominante sia per i suoi concorrenti. La promozione a breve termine della concorrenza basata su un obbligo di accesso o di fornitura non può compensare il suddetto pregiudizio alla concorrenza e al benessere dei consumatori⁴. Di conseguenza, l'imposizione dell'obbligo di concedere l'accesso a un'infrastruttura non può giustificarsi con il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio nei confronti dei concorrenti derivante dall'uso esclusivo di tale infrastruttura⁵, ma è necessario che il rifiuto di contrattare o di concedere l'accesso produca un pregiudizio sensibile alla concorrenza, tenendo conto del fatto che lo scopo principale dell'art. 102 TFUE è quello di preservare la concorrenza nel suo complesso, compresi gli interessi dei consumatori, e non gli interessi dei singoli concorrenti⁶.

È proprio tenendo conto di tali aspetti che il giudice dell'Unione è andato sviluppando una giurisprudenza piuttosto copiosa su questa specifica fattispecie di abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, consistente nel rifiuto di contrattare di un'impresa dominante in un mercato a monte (*upstream*) che decide di esercitare in esclusiva l'attività economica in un mercato a valle (*downstream*) per la quale è necessario il bene o servizio rifiutato, praticando così una forma di integrazione verticale⁷, a tutto svantaggio delle imprese concorrenti, attuali o potenziali⁸, nel mercato a valle. Una delle prime pro-

⁴ Corte giust. 25 marzo 2021, C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, punto 47.

⁵ Conclusioni *Bronner*, sopra citate, par. 57.

⁶ Corte giust. 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, punto 73.

⁷ È proprio quello dell'integrazione verticale lo scenario tipico in cui si colloca, nella maggior parte dei casi, il rifiuto di contrattare dell'impresa in posizione dominante, come evidenziato dalla stessa Commissione al punto 76 dei suoi orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, come modificati da ultimo nel marzo 2023.

⁸ Gli stessi orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], al nuovo punto 83 dopo le modifiche del 2023, fanno riferimento al fatto che il rifiuto di contrattare con un nuovo cliente, con cui non vi sono ancora relazioni commerciali, violerebbe l'art. 102 TFUE quanto l'interruzione di un rapporto già esistente tra l'impresa dominante e uno dei suoi concorrenti; sebbene, allo stesso tempo, la Commissione sottolinea che la seconda ipotesi integri più facil-

nunce in argomento si è avuta nella causa *ICI*, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che la condotta della Commercial Solvents, per il tramite della sua società controllata ICI, consistente nell'interruzione della vendita di aminobutanolo utilizzato poi dal laboratorio farmaceutico Zoja per la produzione di preparati usati nella terapia della tubercolosi, costituisse uno sfruttamento abusivo della sua posizione dominante nel mercato della vendita dell'aminobutanolo, soprattutto in considerazione del fatto che il rifiuto in questione coincidesse con l'ingresso dell'ICI, controllata della Commercial Solvents, nel mercato a valle dei preparati anti-tubercolosi in cui si trovava a operare Zoja, che così facendo era costretta ad abbandonare tale mercato⁹. Quanto affermato nella sentenza *ICI* è stato ulteriormente elaborato dalla Corte nella successiva pronuncia *CBEM*, in cui il giudice UE, ha introdotto, quale elemento di novità, la possibilità per l'impresa in posizione dominante di dimostrare che il rifiuto possa giustificarsi obiettivamente sulla base di elementi tecnici o commerciali inerenti al bene o servizio rifiutati¹⁰.

Tali pronunce furono seguite da altre importanti sentenze del giudice UE, tra cui possiamo senz'altro comprendere *Magill*¹¹ e *Bronner*¹², quanto meno in un primo tempo. Fu con tali pronunce che la Corte di giustizia è andata delineando i requisiti affinché un rifiuto di contrattare, nel primo caso di concedere una licenza, potesse considerarsi un abuso di posizione dominante.

2. Il test Bronner e le condizioni per l'abusività del rifiuto di contrattare

Come si è già avuto modo di vedere con l'ampio riferimento alle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate in tale occasione,

mente un abuso di posizione dominante rispetto a un rifiuto c.d. *de novo*.

⁹ Corte giust. 6 marzo 1974, 6/73 e 7/73, *ICI/Commissione*, punti 24 e 25.

¹⁰ Corte giust. 3 ottobre 1985, 311/84, *CBEM*, punto 26.

¹¹ Corte giust. 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91 P, *RTE e ITP/Commissione*.

¹² Corte giust. 26 novembre 1998, C-7/97, *Bronner*. Per un commento alla sentenza, si veda, tra gli altri, M.A. BERGMAN, *The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *European Competition Law Review*, 2000, p. 59 ss.; A. ALBERTS LLORENS, *The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 1999, p. 490 ss.

è nella causa *Bronner* che la Corte di giustizia ha condotto una riflessione più compiuta sui problemi connessi all'abusività del rifiuto di contrattare, ai sensi dell'art. 102 TFUE, arrivando a elaborare, in un certo senso, una dottrina europea delle *essential facilities*¹³. In tale occasione, infatti, la Corte, in maniera coerente rispetto alle precedenti pronunce, ha affermato che l'abuso si realizza in presenza di tre condizioni cumulative¹⁴. In primo luogo, il rifiuto di contrattare deve essere tale da eliminare del tutto la concorrenza, reale o potenziale, da parte dell'impresa concorrente sul mercato rilevante¹⁵; in secondo luogo, il rifiuto non può giustificarsi oggettivamente, e; in terzo luogo, il bene o

¹³ La dottrina delle "essential facilities" ha avuto origine negli Stati Uniti nei primi anni del XX secolo, successivi all'entrata in vigore dello Sherman Act nel 1890. In particolare, viene fatta risalire alla pronuncia della US Supreme Court 22 aprile 1912, 224 US 383, *United States v Terminal Railroad Association*. L'applicazione della stessa, tuttavia, è stata piuttosto controversa, suscitando qualche perplessità già in P. AREEDA, *Essential Facilities: An Epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 58, 1990, p. 841 ss., spec. pp. 852-853 in particolare, il quale ha affermato che la dottrina in oggetto dovrebbe essere applicata con la più ampia circospezione, in quanto rappresenterebbe un pericoloso disincentivo all'innovazione. Delle perplessità sull'applicazione della dottrina sono state successivamente espresse ancora una volta dalla US Supreme Court 13 gennaio 2004, 540 US 398, *Verizon v Trinko*. Sull'argomento, si veda, A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 510 ss.

¹⁴ La Corte di giustizia, in tale occasione, tuttavia, nonostante l'invito del ricorrente nella causa principale, e dello stesso Avv. gen. Jacobs nelle sue conclusioni, non ha mai fatto specifico riferimento verbale alla dottrina delle *essential facilities* ma ha solo elencato le condizioni cumulative affinché un rifiuto di contrattare potesse costituire un abuso di posizione dominante. A differenza del Tribunale, invece, che qualche mese prima aveva fatto espresso riferimento alla dottrina in oggetto. Si veda, Tribunale 15 settembre 1998, T-374/94, *European Night Services/Commissione*, punto 221.

¹⁵ Il riferimento all'eliminazione di tutta la concorrenza sul mercato rilevante, presente nella sentenza *Bronner*, ereditato in verità dalla precedente pronuncia nella causa *ICI*, è stato ritenuto eccessivamente restrittivo, limitando di molto la portata del divieto di cui all'art. 102 TFUE. Successivamente, infatti, il Tribunale, nella causa *Microsoft*, affermò che non fosse necessario per la Commissione dimostrare l'eliminazione di ogni concorrenza nel mercato, ma era sufficiente che il rifiuto in questione fosse idoneo a eliminare la concorrenza effettiva. Si veda, Tribunale 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, punto 563. In materia di eliminazione della concorrenza effettiva, si vedano, anche, gli orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], dopo la riforma del 2023, punto 84.

servizio rifiutato deve essere indispensabile per l'esercizio dell'attività dell'impresa concorrente, nel senso che non esiste alcun sostituto reale o potenziale al bene o servizio rifiutato¹⁶. A tali condizioni se ne aggiunge una quarta nel caso in cui il rifiuto riguardi la mancata concessione, da parte di un'impresa che occupa una posizione dominante, della licenza di accesso a un bene o servizio tutelato da un diritto di proprietà intellettuale. In quest'ultimo caso, nella sentenza *Magill*, la Corte di giustizia ha affermato, infatti, che, sebbene un tale rifiuto non possa costituire di per sé un abuso di posizione dominante, l'esercizio di tale diritto esclusivo da parte del titolare può determinare, in circostanze eccezionali, un comportamento abusivo, soprattutto quando detto rifiuto ostacola l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori¹⁷.

Quest'ultima pronuncia, sebbene riguardasse la mancata concessione di una licenza di accesso a delle informazioni tutelate dal diritto d'autore, ha esercitato una non trascurabile influenza sulla sentenza *Bronner*, nella misura in cui la Corte ha reiterato quell'approccio restrittivo all'obbligo di contrattare, ai sensi dell'art. 102 TFUE, limitandolo al ricorrere di quelle "circostanze eccezionali" previste in *Magill*¹⁸, beninteso ad eccezione della quarta condizione, concernente l'emergere di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale nel mercato di riferimento, che caratterizza più nello specifico il c.d. *refusal to license*¹⁹. Bisogna riconoscere, tuttavia, che, analizzando i fatti a essa sottesi, la causa *Bronner* si prestava particolarmente all'adozione di un tale approccio restrittivo. Infatti, la causa in oggetto riguardava un'infrastruttura sviluppata da un'impresa privata con le proprie risorse e per le esigenze della propria attività e il rifiuto di contrattare era rivolto a un'impresa concorrente che operava già in manie-

¹⁶ *Bronner*, sopra citata, punto 41.

¹⁷ *RTE e ITP/Commissione*, sopra citata, punti 49 e 50, 54.

¹⁸ *Bronner*, sopra citata, punti 39 e 40, in cui la Corte fa espresso riferimento ai punti 49 e 50, 53-56 della sentenza *Magill*.

¹⁹ Sebbene gli orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], dopo le modifiche del 2023, al nuovo punto 86 elenchino tra le cause di danni ai consumatori, derivanti da un rifiuto di contrattare in generale, il precludere l'immissione di beni o servizi innovativi nel mercato in questione da parte dei concorrenti dell'impresa dominante.

ra soddisfacente nel mercato a valle anche senza l'accesso all'infrastruttura in questione. La Corte di giustizia, in funzione di tali fatti, si è soffermata sul pregiudizio potenziale che poteva scaturire da un'applicazione eccessivamente ampia dell'obbligo a contrarre, che porrebbe in una situazione di alto rischio, in termini soprattutto di incentivi all'innovazione, le imprese dominanti che controllano infrastrutture potenzialmente utili ai concorrenti, ritenendo, pertanto, di non dover garantire l'accesso richiesto con eccessiva facilità in considerazione della sua, forse troppo frettolosa, indispensabilità, concludendo, quindi, per la mancata rilevanza delle condizioni per l'applicazione della dottrina delle *essential facilities* alla causa *Bronner*.

A prescindere dalla loro rilevanza nella causa di specie, quest'ultima sentenza sarà ricordata per aver delineato i c.d. *Bronner criteria*, ossia le tre condizioni cumulative idonee a far sorgere una responsabilità in capo all'impresa in posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE derivante da un suo rifiuto di contrattare. La prima di tali condizioni consiste nell'eliminazione della concorrenza da parte dell'impresa concorrente sul mercato rilevante. Come si è già avuto modo di evidenziare, nel corso degli anni, la portata del divieto di cui all'art. 102 TFUE è stata ampliata interpretando in modo più restrittivo tale condizione, passando dalla necessità di dover provare l'eliminazione di ogni concorrenza alla necessità di dover provare l'eliminazione della sola concorrenza effettiva, in particolare a partire dalla pronuncia del Tribunale del 2007 nella causa *Microsoft*²⁰. L'applicazione generosa di tale condizione da parte della Commissione ha però prodotto un criterio non del tutto decisivo per la determinazione dell'illiceità del rifiuto di contrattare²¹, a tutto vantaggio, come si

²⁰ *Microsoft*, sopra citata, punto 563. Un tale approccio è ormai consolidato, come risulta, tra le altre, dalle successive pronunce del Tribunale del 9 settembre 2009, T-301/04, *Clearstream/Commissione*, punto 148; e del 23 ottobre 2017, T-712/14, *CEAHR/Commissione*, punto 91.

²¹ A questo riguardo, si fa riferimento ad alcune decisioni adottate dalla Commissione in cui è stata affermata l'eliminazione della concorrenza in base al fatto che i concorrenti avrebbero operato sul mercato rilevante in maniera meno aggressiva perché svantaggiati dal mancato accesso. Si vedano, tra le altre, la decisione della Commissione (COMP/39.525) del 22 giugno 2011, *Telekomunikacja Polska*, punto 815; e, la decisione della Commissione (COMP/39.315) del 29 settembre 2010, *ENI*, punto

vedrà, della condizione dell'indispensabilità, ormai elemento imprescindibile di tale analisi²².

La seconda condizione consiste nell'assenza di una giustificazione oggettiva per il rifiuto di contrattare posto in essere dall'impresa in posizione dominante. È proprio quest'ultima a dover provare che il rifiuto opposto all'impresa concorrente sia oggettivamente necessario nel senso che persegue in maniera proporzionata un legittimo interesse che vada oltre il proprio vantaggio economico²³. L'esistenza di una giustificazione oggettiva rappresenta una questione di fatto da determinare in funzione delle specifiche circostanze di specie del singolo caso. Pertanto, risultano insufficienti, a tal fine, degli argomenti vaghi, generali e puramente teorici forniti dall'impresa in posizione dominante²⁴. L'applicazione di tale condizione da parte della giurisprudenza successiva alla sentenza *Bronner* non ha fatto che reiterare quanto affermato in quest'ultima pronuncia, in particolare che il rifiuto di contrattare sia in linea di principio coerente con l'art. 102 TFUE, in considerazione del fatto che tendenzialmente l'impresa in posizione dominante sia legittimamente tenuta a non dover condividere con i concorrenti quanto di sua proprietà. Nonostante ciò, però, l'atteggiamento della Commissione e del giudice UE è stato poco ricettivo nei confronti delle giustificazioni oggettive addotte di volta in volta dalle imprese in posizione dominante; pertanto, nella pratica, tale condizione ha rappresentato molto di rado un ostacolo efficace all'affermazione di un abuso consistente in un rifiuto di contrattare²⁵.

Quanto appena affermato con riguardo alle prime due condizioni, con particolare riferimento alla loro efficacia parziale nel dimostrare

40.

²² A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 529.

²³ Tribunale 25 ottobre 2023, T-136/19, *Bulgarian Energy Holding (BEH)/Commissione*, punto 644, in cui il giudice UE di prime cure ha affermato che, nelle circostanze di specie, le condizioni imposte dall'impresa in posizione dominante non costituivano un abuso in quanto ragionevolmente indirizzate alla protezione dei suoi interessi commerciali.

²⁴ *Microsoft*, sopra citata, punti 697 e 698.

²⁵ A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 529.

l'illiceità del rifiuto di contrattare, ci conduce all'analisi della terza condizione divenuta ormai centrale fin dalla sentenza *Bronner*, ossia l'indispensabilità, e non la mera desiderabilità o convenienza per l'impresa concorrente, dell'accesso richiesto, in assenza di un sostituto reale o potenziale dell'infrastruttura in questione. Tale condizione parte dal presupposto che un'impresa verticalmente integrata, in linea di principio, non ha l'obbligo di contrattare con imprese concorrenti in un mercato a valle semplicemente perché ha una posizione dominante nel mercato a monte. È necessario, invece, che l'infrastruttura alla quale si chiede di accedere sia indispensabile affinché l'impresa concorrente possa competere nel mercato a valle²⁶. Nella sentenza *Bronner*, la Corte di giustizia ha affermato che l'indispensabilità dell'accesso, nelle specifiche circostanze di specie, avrebbe dovuto fondarsi sulla mancanza di alcun altro strumento di distribuzione di quotidiani che potesse realmente o potenzialmente sostituirsi al sistema di recapito a domicilio dell'impresa in posizione dominante. Fatta tale premessa, tuttavia, lo stesso giudice UE affermò che quest'ultimo sistema non sarebbe stato indispensabile neanche nel caso in cui, come in quello di specie, sul territorio dello Stato membro in questione ne esistesse solo uno su scala nazionale di proprietà dell'impresa in posizione dominante, visto che esisterebbero altri modi di distribuzione di quotidiani, come quello a mezzo posta e la vendita nei negozi e nelle piccole edicole, sebbene eventualmente meno vantaggiosi. Inoltre, sempre nelle circostanze di specie della causa *Bronner*, non esistevano neanche ostacoli di natura tecnica, normativa o economica che potessero rendere impossibile o straordinariamente difficile costituire un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale²⁷. Infatti, la Corte, alla domanda sull'indispensabilità dell'accesso al sistema di distribuzione dei quotidiani dell'impresa in posizione dominante, rispose che, per dimostrare che la creazione di un sistema di distribuzione alternativo

²⁶ Come opportunamente evidenziato in dottrina, la parola "indispensabile" è quella utilizzata dal giudice dell'Unione nella sua giurisprudenza, mentre, la Commissione, nei suoi orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], ai punti 82 e 83, fa riferimento all'"oggettiva necessità" dell'accesso. Per un commento, si veda, R. WHISH, *Competition Law*, cit., pp. 786 e 787.

²⁷ *Bronner*, sopra citata, punti 42-44.

non costituisse un'alternativa potenziale realistica, rendendo quindi indispensabile l'accesso al sistema esistente, non bastava sostenere che essa non fosse economicamente redditizia a motivo della bassa tiratura del quotidiano o dei quotidiani da distribuire, ma occorreva provare che non fosse economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente²⁸.

Fin dalla sentenza *Bronner*, quindi, la Corte di giustizia ha ritenuto che a essere dirimente, nel valutare l'illiceità o meno di un rifiuto di contrattare, fosse la condizione dell'indispensabilità. Il bene, servizio o infrastruttura a cui si chiede di accedere deve essere impossibile da duplicare o difficilmente duplicabile²⁹. In sostanza, la condizione dell'indispensabilità non riterrebbe sufficiente la mera convenienza o utilità dell'accesso, ma comporterebbe che l'accesso fosse essenziale affinché l'impresa concorrente potesse operare nel mercato a valle³⁰, dovendosi trattare di una necessità oggettiva e non soggettiva, ossia concernente la specifica condizione dell'impresa concorrente che richiede l'accesso.

²⁸ *Ivi*, punti 45 e 46. La condizione dell'indispensabilità, secondo tale ricostruzione, costituirebbe essenzialmente un'applicazione del test del "concorrente altrettanto efficiente" o "*as efficient competitor*" (AEC), come evidenziato più recentemente in Corte giust. 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, punto 83.

²⁹ A questo riguardo, è opportuno evidenziare come l'impossibilità della duplicazione possa riguardare aspetti fisici, nei casi di porti, aeroporti e linee ferroviarie; aspetti legali, quando a essere coinvolti sono dei diritti di proprietà intellettuale; o ancora aspetti di natura economica, laddove la duplicazione sia economicamente non redditizia, quando il mercato non sia sufficientemente ampio da sostenere una seconda infrastruttura paragonabile a quella detenuta dall'impresa in posizione dominante. Come sottolineato dalla Commissione, nei suoi orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], in particolare al punto 82, «*duplication means the creation of an alternative source of efficient supply that is capable of allowing competitors to exert a competitive constraint on the dominant undertaking in the downstream market*».

³⁰ R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 788.

3. *L'ambito di applicazione del test Bronner e la (ir)rilevanza della condizione dell'indispensabilità nelle pronunce successive*

Dopo oltre due decenni dalla pronuncia dei criteri *Bronner*, ma soprattutto dalla pubblicazione delle conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs in occasione della stessa causa, l'applicazione da parte della Commissione dell'art. 102 TFUE nei confronti di rifiuti di contrattare concernenti l'accesso a infrastrutture essenziali, soprattutto nei settori dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni, non sempre si è conclusa in favore della rilevanza di tali criteri, e in particolare della condizione dell'indispensabilità, ai fini dell'individuazione di un abuso di posizione dominante, in ragione della preesistenza, in tali settori, di specifici obblighi di fornitura a carattere regolamentare³¹. La valutazione del rifiuto di un'impresa dominante di concedere l'accesso, in virtù dell'art. 102 TFUE, si basa, pertanto, da una parte, su un delicato equilibrio tra l'interesse dei concorrenti e dei consumatori al corretto sviluppo e funzionamento del mercato vicino, nonché a una concorrenza proficua al suo interno, e, dall'altra, sul rispetto della libertà di contrattare e del diritto di proprietà dell'impresa dominante, al fine di promuovere incentivi sufficienti per l'esercizio efficiente delle sue attività. La sentenza *Bronner* si poneva proprio l'obiettivo di raggiungere tale delicato equilibrio everso le tre condizioni di cui si è già discusso.

L'esame delle pronunce più recenti del giudice UE, in cui è stato chiamato a interpretare i criteri *Bronner*, tuttavia, induce a poter af-

³¹ Si tratta, secondo autorevole dottrina delle c.d. "*Telefónica exceptions*", riprese poi al punto 81 degli orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE]. Esse consistono, in taluni settori, da una parte, nel fatto che l'obbligo di contrattare, per l'impresa in posizione dominante, sia predeterminato per via regolamentare dall'autorità pubblica, che opera un bilanciamento *ex ante* tra l'incentivo a innovare e investire dell'impresa in posizione dominante e quello delle imprese concorrenti; dall'altra, nel fatto che l'incentivo a investire dell'impresa in posizione dominante non sia preso in considerazione, in quanto l'infrastruttura essenziale in oggetto era stata costruita sulla base di diritti speciali o esclusivi in capo alla stessa impresa dominante. Si vedano, a tal riguardo, D. GERADIN, *Refusal to Supply and Margin Squeeze: A Discussion of Why the "Telefónica Exceptions" are Wrong*, in TILEC Discussion Paper No. 2011-009; nonché, A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 457.

fermare che l'ambito di applicazione delle condizioni in oggetto sia piuttosto limitato alla luce dell'obiettivo perseguito. Le condizioni in parola hanno un carattere derogatorio e non si applicano in generale per constatare l'esistenza di un abuso in ogni ipotesi relativa a questioni di accesso³². La Corte di giustizia, infatti, ha già chiarito più volte che l'imposizione delle condizioni delineate nella sentenza *Bronner* era giustificata dalle circostanze specifiche di quella stessa causa, che consistevano nel rifiuto da parte dell'impresa in posizione dominante di consentire a un concorrente l'accesso all'infrastruttura che essa aveva sviluppato per le esigenze della propria attività³³. Nella causa *Slovak Telekom*, ad esempio, ci si trovava dinanzi a un contesto differente, infatti, la compagnia telefonica in questione, in quanto operatore storico (ex *national incumbent*), era soggetta a un obbligo a carattere regolamentare di fornire accesso alla rete locale (*local loop unbundling*); tuttavia, la stessa compagnia abusava della sua posizione dominante nel mercato a monte non assicurando un accesso effettivo all'infrastruttura in questione. La stessa Slovak Telekom aveva contestato tale addebito della Commissione affermando che quest'ultima non era riuscita a provare che l'accesso alla rete locale fosse indispensabile ai concorrenti ai sensi dei criteri *Bronner*. Il Tribunale, nel giudizio di primo grado, confermò quanto ritenuto dalla Commissione, in particolare il fatto che la presenza di un obbligo di accesso a carattere regolamentare fosse da considerarsi del tutto corrispondente e sovrapponibile alla condizione della natura indispensabile dell'infrastruttura in oggetto, rendendo pertanto superflua e non necessaria, nelle circostanze di specie, l'individuazione di quest'ultima condizione nel senso indicato dalla sentenza *Bronner*³⁴. La Corte di giustizia, nel giudizio di impugnazio-

³² Conclusioni *Google e a./Commissione*, sopra citate, par. 84.

³³ Corte giust. 25 marzo 2021, C-165/19 P, *Slovak Telekom/Commissione*, punto 45; Corte giust. 12 gennaio 2023, C-42/21 P, *Lietuvos geležinkėlių AB/Commissione* ("Baltic Rail"), punto 80.

³⁴ Tribunale 13 dicembre 2018, T-851/14, *Slovak Telekom/Commissione*, punti 117 e 121, in cui il giudice UE di prime cure ha affermato che la regolamentazione relativa al settore delle telecomunicazioni costituiva un elemento importante per l'applicazione dell'art. 102 TFUE ai comportamenti adottati dalle imprese operanti in tale settore, in particolare per apprezzarne il loro eventuale carattere abusivo. Pertanto, sempre secondo il Tribunale, il regime regolamentare in oggetto, nel riconoscere

ne, pur adottando un approccio meno deciso sull'impatto delle norme regolamentari sull'applicazione dell'art. 102 TFUE, ha comunque ritenuto che un obbligo regolamentare potesse essere rilevante ai fini della valutazione di un comportamento abusivo, ai sensi dell'art. 102 TFUE, da parte di un'impresa dominante soggetta a una normativa settoriale, in particolare, laddove, come nelle circostanze di specie, l'imposizione di tale obbligo comportava che la ricorrente non poteva e non aveva realmente rifiutato di consentire l'accesso al suo sistema di rete locale³⁵. Di conseguenza, dal momento che le pratiche controverse non costituivano un rifiuto di accesso alla rete locale della ricorrente, ma si riferivano alle condizioni di tale accesso, i criteri elaborati nella sentenza *Bronner*, e in particolare quello dell'indispensabilità dell'accesso, non si applicavano al caso di specie, ritenendo pertanto che non fosse necessario dimostrare l'indispensabilità al fine di constatare un abuso di posizione dominante da parte della Slovak Telekom³⁶. In tali circostanze, quindi, ossia qualora un'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura ma subordini lo stesso a condizioni inique, le condizioni stabilite dalla Corte nella sentenza *Bronner* non si applicano. Di conseguenza, nel caso di pratiche diverse dal rifiuto di accesso, la mancanza dell'indispensabilità non è di per sé determinante ai fini dell'esame di comportamenti potenzialmente abusivi da parte di un'impresa dominante³⁷. Tuttavia, comportamenti del genere possono configurare comunque una forma di abuso se idonei a produrre effetti anticoncorrenziali almeno potenziali sui mercati interessati. Le autorità preposte, però, non obbligheranno l'impresa dominante a consentire l'accesso alla propria infrastruttura, dato che quest'ultimo è stato già concesso, ma adotteranno piuttosto misure meno lesive della libertà di contrattare dell'impresa dominante e del suo diritto di proprietà rispetto all'imposizione dell'accesso alla propria infrastruttura, rimedio quest'ultimo che rimarrebbe comunque applicabile nel caso in cui

chiaramente la necessità dell'accesso alla rete locale da parte di un concorrente, permetteva l'emergere e lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel mercato dei servizi internet ad alta velocità.

³⁵ *Slovak Telekom*, C-165/19 P, sopra citata, punto 57.

³⁶ *Ivi*, punti 59 e 60.

³⁷ *Ivi*, punto 50.

l'infrastruttura in oggetto fosse riservata per le esigenze della propria attività³⁸.

Nonostante a una prima lettura l'impressione sia che la pronuncia nella causa *Slovak Telekom* possa in qualche modo aver messo in dubbio i c.d. criteri *Bronner*, con particolare riferimento alla condizione dell'indispensabilità; a un'analisi più approfondita, non può non ritenersi che i criteri in questione rimangano senz'altro idonei a rilevare un abuso di posizione dominante che derivi da un rifiuto di contrattare in situazioni in cui l'infrastruttura oggetto del rifiuto sia stata creata per le esigenze esclusive dell'impresa in posizione dominante e sia indispensabile e non sostituibile o riproducibile da parte dell'impresa che ne richiede l'accesso. Nella sentenza *Slovak Telekom*, invece, il criterio dell'indispensabilità non risulterebbe applicabile, quantomeno con la medesima intensità, proprio in virtù del fatto che l'accesso era già stato concesso per via regolamentare. Ciò, però, non significa che il criterio in oggetto non sia oggetto di analisi e non venga sottoposto a valutazione, anche in questo caso, rispetto all'incentivo a investire o a innovare, come si è visto nella causa *Bronner*. La differenza è che, nel caso di mercati sottoposti a regolamentazioni settoriali, gli incentivi in questione risultano già ridotti in ragione della preesistenza di obblighi regolamentari³⁹; mentre, nel caso in cui l'infrastruttura sia stata creata esclusivamente per le proprie esigenze, l'incentivo a innovare o a investire deve essere maggiormente tutelato, e, quindi, sottoposto a un'analisi più approfondita.

La questione è stata oggetto poi di un'altra importante pronuncia della Corte di giustizia nella causa *Google Shopping*⁴⁰. Il comportamento abusivo in tale circostanza consisteva nel fatto che Google mostrava il suo comparatore di prodotti nelle sue pagine di risultati generali in modo preminente e attraente attraverso *boxes* dedicate, mentre i com-

³⁸ *Ivi*, punto 51.

³⁹ In dottrina, a tal riguardo, è stata espressa più di qualche perplessità sulla perfetta coincidenza tra gli obiettivi di ordine pubblico perseguiti dalle diverse normative UE adottate in materia di liberalizzazione dei mercati e dalle norme sulla concorrenza dell'Unione. Si veda G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *Competition Law Review*, vol. 4, 2008, p. 123.

⁴⁰ Corte giust. 10 settembre 2024, C-48/22 P, *Google e Alphabet/Commissione* ("Google Shopping").

paratori di prodotti concorrenti potevano apparire su tali pagine solo sotto forma di risultati di ricerca generale, attraverso un link blu, e mai in un formato arricchito, restando peraltro soggetti a retrocessione nell'ambito della classificazione dei risultati generici. Ciò che veniva rimproverato era che gli stessi criteri di posizionamento e di presentazione non si applicassero allo stesso modo al comparatore di prodotti di Google e ai comparatori concorrenti. In sostanza, veniva contestato che la valorizzazione di risultati specializzati di comparazione di prodotti non si applicasse allo stesso modo al comparatore di prodotti di Google e ai comparatori concorrenti. Tra le doglianze su cui Google aveva fondato il ricorso contro la decisione della Commissione figurava, ai nostri fini, la pretesa da parte della Commissione stessa a che Google fornisse ai comparatori di prodotti concorrenti un accesso ai suoi servizi migliorati senza che venissero provate le condizioni di cui alla sentenza *Bronner*. Il giudice UE di prime cure concluse nel senso che la Commissione non fosse tenuta, al fine di determinare l'abuso in questione, ad applicare il già citato test *Bronner*⁴¹. Il Tribunale, infatti, aveva ritenuto che, sebbene la pratica in questione non fosse estranea a un problema di accesso, essa però si differenziava, nei suoi elementi costitutivi, dal rifiuto di fornitura di cui alla sentenza *Bronner*, giustificando così la decisione della Commissione, che considerava tale pratica nell'ottica di condizioni diverse. Lo stesso Tribunale, peraltro, aveva spiegato come l'applicazione del test *Bronner* a un rifiuto di fornitura risultasse giustificato solo laddove tale rifiuto fosse esplicito, ossia esistesse una domanda/richiesta di accesso e un corrispondente rifiuto. Secondo il Tribunale, l'assenza di un siffatto rifiuto espresso escludeva che fossero qualificate come rifiuto di fornitura pratiche che, pur avendo in definitiva come conseguenza un rifiuto implicito di accesso, costituivano, in ragione degli elementi costitutivi che si discostavano dalla concorrenza basata sui meriti, una violazione autonoma dell'art. 102 TFUE⁴². Pertanto, sempre lo stesso Tribunale aveva ritenuto che, nel caso di specie, non venisse in rilievo un semplice rifiuto unilaterale da parte di Google di fornire alle imprese concorrenti un servizio ne-

⁴¹ Tribunale 10 novembre 2021, T-612/17, *Google e Alphabet/Commissione* (Google Shopping), punti 229-249.

⁴² *Ivi*, punti 232 e 233.

cessario per esercitare una concorrenza su un mercato vicino, quanto piuttosto una differenza di trattamento contraria all'art. 102 TFUE, che si traduceva in comportamenti discriminatori tra il servizio di comparazione di prodotti di Google e i servizi di comparazione di prodotti concorrenti. Tali pratiche costituivano una forma autonoma di abuso per effetto leva a partire da un mercato dominato con forti barriere all'ingresso, come quello dei servizi di ricerca generale. In tali circostanze, secondo il Tribunale, la Commissione non era tenuta a dimostrare che le condizioni di cui alla sentenza *Bronner* fossero soddisfatte per constatare l'esistenza di un abuso di posizione dominante⁴³, chiarendo che l'obbligo per un'impresa che sfrutta in modo abusivo una posizione dominante di stipulare contratti o fornire l'accesso al suo servizio a condizioni non discriminatorie non implica necessariamente l'applicazione dei criteri *Bronner*. La sentenza del giudice UE di prime cure è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia dalla stessa Google, asserendo che il Tribunale, rifiutando di applicare le suddette condizioni, avrebbe adottato un criterio giuridico errato per valutare l'esistenza di un abuso di posizione dominante.

La Corte di giustizia, nel giudizio di impugnazione, ha ritenuto tuttavia che il Tribunale avesse giustamente considerato che la Commissione non era incorsa in alcun errore di diritto astenendosi dal valutare se il comportamento in questione soddisfacesse le condizioni di cui alla sentenza *Bronner*⁴⁴. Infatti, anche secondo la Corte di giustizia, il comportamento abusivo riguardava il posizionamento e la presentazione discriminatori nelle pagine di risultati generali del servizio di ricerca generale di Google e non l'accesso in quanto tale alle c.d. «boxes». Pertanto, il rimedio imposto consisteva correttamente nel garantire un accesso paritario alle pagine di risultati generali di Google sia al comparatore di prodotti di Google sia ai comparatori di prodotti concorrenti. Ciò chiaramente non significava che le pratiche in questione fossero del tutto estranee a un problema di accesso, riguardando comunque l'accesso in condizioni discriminatorie alle pagine di ricerca generale di Google. Attraverso la combinazione delle due pratiche di

⁴³ *Ivi*, punto 240.

⁴⁴ *Google e Alphabet/Commissione* ("Google Shopping"), C-48/22 P, sopra citata, punto 114.

posizionamento e di presentazione discriminatori, Google faceva leva sulla sua posizione dominante sul mercato della ricerca generale per favorire il proprio comparatore di prodotti sul mercato dei servizi di comparazione di prodotti, conducendo a un'esclusione potenziale o attuale della concorrenza in quest'ultimo mercato, situato a valle del primo. Ci si trovava pertanto dinanzi a una forma autonoma di abuso per effetto leva, che non richiedeva, ai fini della sua dimostrazione, il soddisfacimento dei criteri enunciati nella sentenza *Bronner*, che riguardano più specificamente casi di diniego di accesso. In ragione di quanto precede, la Corte di giustizia ha concluso che, nei casi in cui un'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura ma subordini tale accesso a condizioni inique, le condizioni stabilite nella sentenza *Bronner* non si applicano; sottolineando, inoltre, che, nel caso di pratiche diverse da un rifiuto di accesso, l'assenza della condizione dell'indispensabilità non è di per sé decisiva ai fini dell'esame di condotte potenzialmente abusive da parte di imprese in posizione dominante.

Rispetto alla sentenza *Slovak Telekom*, anch'essa non riguardante direttamente un diniego di accesso, visto che quest'ultimo doveva essere garantito per via regolamentare, con la pronuncia *Google Shopping*, la Corte di giustizia ha voluto comunque porsi all'interno dello stesso filone giurisprudenziale tendente a circoscrivere la portata dell'applicazione dei criteri *Bronner*, e nello specifico quello dell'indispensabilità, anche se ci si trovava dinanzi a una questione differente, concernente un accesso in condizioni discriminatorie a un'infrastruttura alla quale evidentemente i concorrenti avevano già avuto accesso, ma non per via regolamentare ma perché la stessa infrastruttura era stata creata anche a tal fine dall'impresa dominante. Ciò che in ogni caso accomuna queste ultime due pronunce è il fatto che entrambe abbiano a oggetto una differenza di trattamento nel concedere l'accesso, mentre la causa *Bronner* riguardava un semplice rifiuto di accesso a un'infrastruttura creata per non essere condivisa⁴⁵.

⁴⁵ Distinzione questa ben evidenziata da tempo dagli avvocati generali. Si vedano, in particolare, conclusioni *Bronner*, sopra citate, par. 54, e le conclusioni dell'Avv. gen. Mazák, del 2 settembre 2010, C-52/09, *Telia Sonera Sverige*, punto 32.

4. Segue: e nella sentenza Android Auto

Questo filone giurisprudenziale tendente a circoscrivere l'applicazione dei criteri *Bronner*, e in particolare quello dell'indispensabilità, ai soli casi di rifiuto diretto di accesso a infrastrutture o servizi essenziali creati per non essere condivisi è stato ulteriormente arricchito recentemente dalla sentenza *Android Auto*⁴⁶. La causa in questione originava questa volta da un rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato italiano che concerneva una controversia tra Alphabet e Google, insieme a Google Italia, e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Nello specifico, quest'ultima aveva constatato un abuso di posizione dominante da parte della ricorrente nella causa principale, in seguito a una segnalazione presentata dalla società Enel X Italia. Avverso la decisione dell'AGCM era stato proposto ricorso, da parte della stessa Google, dinanzi al TAR Lazio, che lo aveva respinto integralmente. Da qui la successiva impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato, giudice del rinvio alla Corte di giustizia.

Il comportamento abusivo di Google consisteva nel suo rifiuto di intraprendere le azioni necessarie per garantire l'interoperabilità dell'applicazione JuicePass, lanciata da Enel X per offrire una serie di funzionalità per la ricarica di autoveicoli elettrici, con Android Auto, piattaforma digitale sviluppata da Google per consentire agli utenti con dispositivi mobili che funzionano con il sistema operativo Android OS di accedere direttamente sullo schermo del sistema di infotainment di un autoveicolo ad applicazioni presenti su tali dispositivi. L'applicazione JuicePass era comunque disponibile per gli utenti di dispositivi mobili che funzionano con il sistema operativo Android OS, permettendo loro di ricercare e prenotare stazioni di ricarica su una mappa, di trasferire tale ricerca sull'applicazione Google Maps per indicare il percorso verso la stazione di ricarica selezionata, e di lanciare, interrompere e monitorare la sessione di ricarica e il relativo pagamento. Tali operazioni, però, potevano essere effettuate solo su un dispositivo mobile, non essendo possibile accedere, invece, a causa del rifiuto di Google, a tutte le funzionalità dell'applicazione JuicePass direttamente dallo schermo del sistema di infotainment di un autoveico-

⁴⁶ Corte giust. 25 febbraio 2025, C-233/23, *Alphabet e Google* ("Android Auto").

lo, mediante l'interoperabilità di tale applicazione con Android Auto. In effetti, Google ha lanciato la piattaforma digitale in oggetto per garantire l'interoperabilità con essa a intere categorie di applicazioni, attraverso modelli che consentono a terzi di creare versioni delle loro applicazioni che siano con essa compatibili. Nello specifico, i modelli disponibili che consentivano l'interoperabilità con Android Auto riguardavano solo le applicazioni multimediali e di messaggistica, le uniche due categorie di applicazioni di imprese terze compatibili con la piattaforma digitale Android Auto. Il rifiuto di Google di estendere tale accesso si basava su motivi di sicurezza e sulla necessità di allocare in modo razionale le risorse necessarie per creare un nuovo modello di interoperabilità.

La decisione dell'AGCM constatava che il comportamento di Google, consistente nell'ostacolare e nel procrastinare la pubblicazione dell'applicazione JuicePass su Android Auto, non avendo approntato le necessarie soluzioni informatiche, costituiva un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE. Nello specifico, secondo l'AGCM, il rifiuto di Google doveva essere ricollocato nel contesto di un rifiuto di interoperabilità, equivalente a un rifiuto di contrattare, consistente in un ingiusto svantaggio per l'applicazione concorrente. Dopo il respingimento del ricorso dinanzi al TAR Lazio, la questione è arrivata al Consiglio di Stato, che, nel considerare il comportamento di Google potenzialmente idoneo a eliminare la concorrenza sul mercato, ha ritenuto necessario ottenere dei chiarimenti dal giudice UE sull'interpretazione dell'art. 102 TFUE e nello specifico sulla giurisprudenza derivante dalla sentenza *Bronner* in materia di diniego di accesso a un'infrastruttura di un'impresa in posizione dominante. In particolare, il giudice del rinvio si chiedeva opportunamente se le caratteristiche specifiche del funzionamento dei mercati digitali giustificassero un discostamento dalle condizioni enunciate nella stessa sentenza *Bronner*, o quanto meno una loro interpretazione più elastica. La questione principale posta dal Consiglio di Stato, ai fini della presente analisi, verteva, pertanto, sul criterio dell'indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura e, nello specifico, se esso dovesse essere interpretato nel senso che l'accesso debba essere indispensabile per l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino, o se sia sufficiente che l'accesso sia indispensabile per un utilizzo

più conveniente dei prodotti o servizi offerti dall'impresa richiedente l'accesso, specie nel caso in cui il prodotto oggetto del rifiuto abbia essenzialmente la funzione di rendere più agevole e conveniente la fruizione di prodotti o servizi già esistenti⁴⁷. A tale questione principale, in verità, andrebbe aggiunta anche la seconda domanda posta dal Consiglio di Stato, che si interrogava sull'abusività di un comportamento in un contesto in cui il mancato accesso, o meglio la mancata interoperabilità dell'applicazione con la piattaforma digitale dell'impresa dominante, non avesse impedito all'impresa richiedente di continuare a essere attiva, e anche di crescere, sul mercato per tutto il periodo del presunto abuso.

Secondo la Corte di giustizia, la questione posta dal giudice del rinvio chiedeva se l'art. 102 TFUE dovesse essere interpretato nel senso che il rifiuto, da parte di un'impresa dominante che ha sviluppato una piattaforma digitale (Android Auto), di garantire, a un'impresa terza che ne ha fatto richiesta, l'interoperabilità di tale piattaforma con un'applicazione (JuicePass) sviluppata da detta impresa terza potesse costituire un abuso di posizione dominante anche qualora la suddetta piattaforma non fosse indispensabile per lo sfruttamento commerciale di detta applicazione su un mercato a valle, ma fosse idonea a rendere la stessa applicazione più attraente per i consumatori⁴⁸.

La Corte di giustizia, nel rispondere al giudice del rinvio, è partita dal presupposto che le condizioni di cui alla sentenza *Bronner*, tra cui quella dell'indispensabilità, erano giustificate dalle circostanze di quella causa, che consistevano nel rifiuto dell'impresa dominante di consentire a un concorrente l'accesso a un'infrastruttura che essa aveva sviluppato per le esigenze della propria attività, interpretando, quindi, l'indispensabilità dell'accesso all'infrastruttura, per l'esercizio dell'attività del concorrente, nel senso che non esistesse alcun sostituto reale o potenziale all'infrastruttura stessa. L'applicazione delle condizioni di cui alla sentenza *Bronner*, quindi, risulta giustificata solo nell'ipotesi in cui l'impresa dominante abbia sviluppato un'infrastruttura per le sole esigenze delle proprie attività, proprio per continuare a incentivare le imprese in posizione dominante a investire in innovazio-

⁴⁷ *Ivi*, punto 24.

⁴⁸ *Ivi*, punto 36.

ne e sviluppo⁴⁹. Al contempo, la stessa Corte, seguendo le conclusioni dell'AG Medina, ha anche affermato che qualora un'impresa in posizione dominante abbia sviluppato un'infrastruttura non per le sole esigenze delle sue attività, ma anche nella prospettiva di consentirne l'utilizzo a imprese terze, la condizione dell'indispensabilità dell'accesso a detta infrastruttura per l'esercizio dell'attività del richiedente, di cui alla sentenza *Bronner*, non si applica⁵⁰. In casi del genere, come quello di specie nella causa *Android Auto*, la qualificazione di un rifiuto di dare accesso come abusivo non deve essere limitata ai casi in cui tale rifiuto ponga l'impresa terza che ha richiesto l'accesso nell'impossibilità di esercitare la sua attività, proprio in ragione del fatto che né la necessità di tutelare la libertà di contrattare e il diritto di proprietà dell'impresa in posizione dominante, né la necessità di continuare a incentivare quest'ultima a investire nello sviluppo di prodotti o servizi di qualità, giustificerebbero, in tali circostanze, un'interpretazione così restrittiva della nozione di abuso. La Corte ha giustificato una tale distinzione di trattamento tra i due rifiuti di accesso, ai fini della rilevanza della condizione dell'indispensabilità per la determinazione della loro abusività, partendo dal costo sostenuto per lo sviluppo dell'infrastruttura. Infatti, nel caso in cui quest'ultima sia stata creata dall'impresa in posizione dominante non per le sole esigenze delle sue attività, ma tenendo in considerazione che possa essere utilizzata anche da imprese terze, chiedere all'impresa in posizione dominante di aprire a un'impresa terza detta infrastruttura non altera il modello economico applicato allo sviluppo di quest'ultima⁵¹.

La conseguenza di tale analisi, secondo la Corte, è che, per stabilire

⁴⁹ *Ivi*, punto 43.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. Medina, del 5 settembre 2024, C-233/23, *Alphabet e Google* ("Android Auto"), par. 35, in cui è stato affermato che le condizioni *Bronner* si applicano ai casi di diniego di accesso a un'infrastruttura adibita esclusivamente all'attività e all'utilizzo dell'impresa dominante, quale mezzo per preservare gli utili derivanti dagli investimenti effettuati per lo sviluppo dell'infrastruttura. Mentre, le condizioni in parola non si applicano quando l'infrastruttura interessata è aperta ad altri operatori sul mercato, in virtù di obblighi regolamentari, e, a maggior ragione, nel caso in cui l'infrastruttura sia stata concepita deliberatamente per essere fruibile a terzi.

⁵¹ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 46.

se le condizioni di cui alla sentenza *Bronner* si applichino a una causa riguardante un rifiuto di accesso a un'infrastruttura, bisogna determinare se quest'ultima sia stata sviluppata dall'impresa dominante unicamente per le esigenze della propria attività e sia da essa detenuta, o se essa sia stata sviluppata al fine di consentirne l'utilizzo anche da parte di imprese terze, come nel caso della causa di specie, in cui Google aveva già concesso l'accesso di imprese terze ad Android Auto, rendendo quest'ultima compatibile per talune categorie di applicazioni, nello specifico quelle multimediali e di messaggistica. Android Auto, pertanto, non era stata sviluppata da Google per le sole esigenze della propria attività, di conseguenza la condizione relativa all'indispensabilità dell'accesso, per l'esercizio dell'attività del richiedente, non era applicabile alla causa in oggetto per stabilire se il relativo rifiuto costituisca un abuso di posizione dominante. In tale ipotesi, il rifiuto può costituire un abuso di posizione dominante anche qualora la piattaforma digitale in questione non sia indispensabile per lo sfruttamento commerciale dell'applicazione; occorrendo determinare solo se il rifiuto opposto dall'impresa dominante abbia l'effetto, attuale o potenziale, di escludere, ostacolare o ritardare lo sviluppo sul mercato di un prodotto che sia, anche potenzialmente, in concorrenza con un prodotto fornito o che può essere fornito dall'impresa dominante⁵², costituendo un comportamento che limita la concorrenza basata sui meriti (*competition on the merits*), causando così un danno ai consumatori⁵³.

A conclusione di tale analisi, la Corte, nel rispondere alla domanda

⁵² È opportuno evidenziare, sebbene vada oltre l'oggetto della presente trattazione, come la Corte, nella presente sentenza, abbia valutato anche la rilevanza degli altri criteri *Bronner*, tra cui quello consistente nella giustificazione oggettiva del rifiuto da parte dell'impresa dominante. Nello specifico, il giudice dell'UE ha riconosciuto che la mancata garanzia dell'interoperabilità potesse essere oggettivamente giustificata nell'ipotesi in cui il modello applicato per garantirla compromettesse l'integrità della piattaforma o la sicurezza del suo utilizzo o fosse impossibile realizzarla per altre ragioni tecniche. Al di fuori di tali fattispecie, però, secondo la Corte, la mera inesistenza del modello o le difficoltà connesse al suo sviluppo, al netto del periodo di tempo ragionevole concesso a tal fine, non erano sufficienti a costituire una giustificazione oggettiva del diniego, come in effetti avvenuto nella causa di specie. *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punti 73 e 74.

⁵³ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 51.

posta dal Consiglio di Stato, ha affermato che l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che il rifiuto, di un'impresa dominante che ha sviluppato una piattaforma digitale, di garantire a un'impresa terza l'interoperabilità di detta piattaforma con un'applicazione sviluppata dalla stessa impresa terza possa costituire un abuso di posizione dominante anche nell'ipotesi in cui la piattaforma in oggetto non sia indispensabile, ma sia soltanto idonea a rendere la stessa applicazione più attraente per i consumatori, e pur sempre nell'ipotesi in cui la medesima piattaforma non sia stata sviluppata dall'impresa dominante unicamente ai fini della propria attività⁵⁴.

È opportuno soffermarsi brevemente, in questa sede, anche sulla seconda questione rivolta dal giudice del rinvio, vertente sull'idoneità a produrre effetti anticoncorrenziali del rifiuto di garantire l'interoperabilità tra Android Auto e l'applicazione sviluppata da Enel X, nell'ipotesi in cui quest'ultima fosse rimasta attiva sul mercato e ivi avesse sviluppato la sua posizione, indipendentemente, quindi, dalla garanzia dell'interoperabilità. La Corte, nel rispondere a tale questione, ha confermato la giurisprudenza ormai consolidata che mira a sanzionare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso del comportamento in oggetto⁵⁵, sottolineando che il suo carattere abusivo non può dipendere dalla capacità dei concorrenti di attenuare tali effetti anticoncorrenziali, non potendo escludere che, in mancanza di detto comportamento, la concorrenza avrebbe potuto svilupparsi ulteriormente. Allo stesso tempo, però, secondo la stessa Corte, non può escludersi che, se opportunamente dimostrata, tale capacità dei concorrenti può comunque costituire un indizio della non idoneità del diniego di accesso a produrre effetti preclusivi⁵⁶.

5. Considerazioni conclusive

In un'economia frenetica come quella odierna, in cui i settori indu-

⁵⁴ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 52.

⁵⁵ *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, sopra citata, punto 53.

⁵⁶ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 59.

striali sono sempre più dinamici e plasmati dall'innovazione, risulta non sempre agevole, nell'applicazione delle norme in materia di concorrenza, trovare un giusto equilibrio tra l'incentivo per le imprese a investire in innovazione, da una parte, e il mantenimento di condizioni di parità sul mercato (*level-playing field*), dall'altra. In un tale contesto, le condizioni per l'illiceità del rifiuto di contrattare, opposto da un'impresa dominante nei confronti di una concorrente che aveva fatto richiesta di accesso a tale infrastruttura, sviluppate dalla sentenza *Bronner* in poi appaiono ormai per certi versi inadeguate a una loro applicazione in settori altamente dinamici e innovativi⁵⁷. La ragione di tale inadeguatezza, secondo quanto affermato dallo stesso giudice dell'Unione, risiede nel fatto che l'applicazione di tali condizioni, e in particolare quella riguardante l'indispensabilità dell'accesso, oggetto della presente trattazione, non si estenderebbe agevolmente ai nuovi ecosistemi in cui operano oggi le imprese dominanti, le quali forniscono sempre più infrastrutture aperte che non sono sviluppate per le proprie attività ma piuttosto per l'utilizzo anche da parte di terzi⁵⁸; modificando, quindi, la valutazione dal "se" l'accesso sia indispensabile al "come" deve essere garantito tale accesso, a condizioni eque e non discriminatorie. Nei mercati più dinamici, pertanto, il requisito dell'indispensabilità costituisce ormai una soglia troppo elevata ai fini della valutazione dell'intervento da parte delle autorità preposte per imporre l'accesso all'infrastruttura detenuta dall'impresa dominante⁵⁹. Di conseguenza, al di fuori dei casi di rifiuto di accesso in senso stretto a un'infrastruttura che l'impresa dominante non abbia inteso condivi-

⁵⁷ Con l'eccezione della ben nota causa Microsoft, conclusasi nel 2007 con la sentenza del Tribunale. Tale causa, infatti, riguardava la concessione obbligatoria di licenze su diritti di proprietà intellettuale su un'infrastruttura che non era stata sviluppata per essere accessibile ad altri sviluppatori di *software*, presentando, quindi, degli elementi, in termini di interessi e incentivi, ragionevolmente equivalenti a quelli descritti in relazione alla sentenza *Bronner*. Si vedano le conclusioni *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citate, par. 42.

⁵⁸ Per un commento, in tal senso, si veda, J. KOKOTT, M. SERAFIMOVA, *Balancing Innovation and Competition in Dynamic Industries*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, n. 3, 2025, p. 123 ss.

⁵⁹ P. IBÁÑEZ COLOMO, *Case C-233/23, Android Auto (III): Implications of the Judgment*, in *Chillin' Competition* (pubblicato online il 28 marzo 2025).

dere, l'assenza della condizione dell'indispensabilità non è di per sé decisiva ai fini dell'esame della potenziale abusività della condotta dell'impresa che occupa una posizione dominante.

Nonostante le recenti pronunce della Corte di giustizia, soprattutto nelle cause *Google Shopping* e *Android Auto*, abbiano affermato, sebbene in modo diverso⁶⁰, l'irrelevanza e a tratti l'inadeguatezza delle condizioni sviluppate nella sentenza *Bronner*, con particolare riferimento a quella dell'indispensabilità, con riguardo alla loro applicazione nei confronti di imprese dominanti che sviluppano e detengono piattaforme digitali, ciò non significa necessariamente che il giudice dell'Unione abbia voluto definitivamente cassare i c.d. "*Bronner criteria*"⁶¹. La Corte ha inteso piuttosto operare una distinzione tra i fatti sottesi alla causa *Android Auto* e quelli di cui alla causa *Bronner*, segnatamente la presenza di un'infrastruttura concepita come modello accessibile da parte di terzi, nel primo caso, e un'infrastruttura creata per un utilizzo esclusivo da parte dell'impresa dominante, nel secondo caso, concludendo che, nel primo caso, le motivazioni che tradizionalmente spingono le imprese dominanti a non concedere con facilità l'accesso all'infrastruttura da loro detenuta, quali la libertà di scegliere i propri partners commerciali e la promozione dell'incentivo a investi-

⁶⁰ È opportuno rammentare come le due cause in oggetto, sebbene fossero accomunate dal fatto che entrambe avessero quale oggetto della condotta abusiva un'infrastruttura creata per essere condivisa con terzi, a differenza, quindi, della sentenza *Bronner*, allo stesso tempo, però, la condotta abusiva riguardava, nella causa *Google Shopping*, un accesso a condizioni discriminatorie, mentre, nella causa *Android Auto*, pur sempre un rifiuto di accesso.

⁶¹ Secondo autorevole dottrina, per poter comprendere le norme sul rifiuto di contrattare bisogna partire dalla sentenza *Magill*, in cui la Corte ha affermato che tale rifiuto costituisce un abuso solo in casi eccezionali, sottolineando che ciascun caso si basa su dei fatti e circostanze differenti. La Corte di giustizia, nella sentenza *Android Auto*, ha voluto sottolineare come le condizioni sviluppate in *Bronner* fossero giustificate proprio dalle specifiche circostanze della causa. Pertanto, la loro mancata applicazione non comporta la loro marginalizzazione, ma solo che tali condizioni si applicano al ricorrere di determinate circostanze. Quindi, se la Corte non le applica, non è perché intenda discostarsene in quanto non più attuali, ma perché ritiene che i fatti sottesi non richiedano la loro applicazione. Si veda, G. MONTI, *The Android Auto Judgment: Every Road Leads to Magill*, in *Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper*, n. 2, 2025, p. 1 ss.

re e innovare, non si applicano, quantomeno con la stessa intensità rispetto al secondo caso.

L'impressione che si ha, pertanto, è che se la tipologia di abuso applicabile ai fatti di cui alla causa *Android Auto* sia pur sempre riconducibile a un rifiuto di contrattare o diniego di accesso opposto dall'impresa dominante, ci si troverebbe dinanzi a un abuso di intensità inferiore, a seconda, quindi, delle circostanze e delle caratteristiche dell'infrastruttura coinvolta, se aperta a terzi o meno, e dell'impatto potenziale di un accesso imposto dall'autorità preposta sull'incentivo a innovare. Questo, in effetti, sembra essere stato l'approccio adottato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Android Auto*. Non sembra, pertanto, condivisibile l'ipotesi che per i fatti sottesi alla causa *Android Auto* si possa più opportunamente parlare di un abuso consistente in un accesso discriminatorio, fattispecie, quest'ultima, senz'altro rilevante, invece, nella causa *Google Shopping*. Quanto appena affermato sarebbe suffragato dal fatto che, mentre, nella prima causa, la condotta potenzialmente abusiva consisteva nella concessione, da parte dell'impresa dominante (Google), dell'accesso alla propria piattaforma digitale (Android Auto) ad alcuni sviluppatori di applicazioni (multimediali e di messaggistica), ma non ad altri (Enel X per JuicePass), che molto probabilmente sarebbero stati concorrenti reali o potenziali dell'impresa dominante in un mercato a valle; nella seconda causa, la questione riguardava il posizionamento e la presentazione discriminatori, nelle pagine di risultati generali del servizio di ricerca generale di Google, dei comparatori concorrenti rispetto al comparatore di prodotti di Google, un'ipotesi, quest'ultima, in cui l'accesso non era in discussione perché concesso ma a condizioni discriminatorie.

Si può senz'altro concludere, quindi, che la causa *Android Auto* integri maggiormente una fattispecie di diniego di accesso, in questo caso sotto forma di rifiuto di interoperabilità, non del tutto lontana rispetto a quanto accadeva nella causa *Bronner* di quasi trent'anni prima, nonostante l'unica ma fondamentale differenza, peraltro sottolineata dalla stessa Corte, consistesse nel fatto che le infrastrutture oggetto del diniego erano state concepite per finalità differenti, elemento, quest'ultimo, decisivo nel determinare la rilevanza o meno della condizione dell'indispensabilità dell'accesso ai fini della determinazione dell'abusività della condotta dell'impresa dominante. L'assenza della

rilevanza della condizione dell'indispensabilità, tuttavia, può comunque non essere a sua volta determinante per stabilire la non abusività della condotta, in particolare proprio in quelle situazioni in cui ci troviamo dinanzi a un'infrastruttura sviluppata per essere aperta a terzi, in ragione del fatto che, sempre secondo la Corte, l'accesso avrebbe potuto rendere più attraente per i consumatori l'applicazione dell'impresa che ne aveva fatto richiesta⁶², soprattutto se l'impresa dominante si era anche posta l'obiettivo di promuovere la propria applicazione che andava a competere con quella dell'impresa richiedente nel mercato a valle.

Nonostante l'interpretazione offerta dal giudice UE possa sembrare *prima facie* compromettere la posizione delle imprese dominanti che non potrebbero più contare sui "*Bronner criteria*" per rifiutare legittimamente l'accesso a una loro infrastruttura se non indispensabile, quantomeno nei casi in cui la stessa infrastruttura non fosse stata sviluppata unicamente ai fini della propria attività; tuttavia, è la stessa Corte di giustizia che, nella medesima sentenza *Android Auto*, ha tenuto a restringere la portata della mancata rilevanza della condizione dell'indispensabilità dell'accesso, limitandola a quelle situazioni in cui un'autorità *antitrust* possa anche dimostrare che l'impresa dominante e quella che richiede l'accesso siano almeno concorrenti potenziali in almeno un potenziale mercato a valle⁶³.

Tutto ciò indubbiamente non contribuisce a creare certezze, con riguardo ai confini entro i quali le imprese in posizione dominante potranno godere della libertà di scelta dei propri partners commerciali e di quella di poter disporre dei propri beni. Ci si chiede, pertanto, in tempi di regolamentazione delle piattaforme digitali, se non sia il caso che anche la questione dell'interoperabilità di queste ultime con talune applicazioni non possa essere affrontata più opportunamente con il ri-

⁶² *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 52.

⁶³ *Ivi*, punto 85, in cui la Corte fa riferimento all'identificazione di un mercato a valle potenziale, anche ipotetico, soprattutto quando tale mercato è ancora in fase di sviluppo o evolve rapidamente. In effetti, nella causa di specie, Google stava già cercando di penetrare, mediante la sua applicazione Google Maps, nel mercato a valle della ricerca delle stazioni di ricarica per veicoli elettrici sulla piattaforma Android Auto, lasciando fuori o ritardando l'accesso a tale mercato dell'applicazione JuicePass, ponendo in essere, quindi, una sorta di abuso per effetto leva.

corso a strumenti legislativi invece che con sanzioni fondate sull'applicazione *ex post* delle norme UE in materia di concorrenza. Una proposta, questa, o forse una provocazione, in effetti lanciata dalla stessa AG Medina in occasione delle sue conclusioni alla causa *Android Auto*⁶⁴, che risulta in verità per nulla isolata, o comunque degna di essere presa in considerazione per assicurare un quadro normativo più certo e appropriato in tema di accesso alle piattaforme e di interoperabilità negli ecosistemi digitali⁶⁵.

ABSTRACT (ita)

Il contributo esamina il criterio dell'indispensabilità nel test *Bronner* alla luce della sentenza *Android Auto* della Corte di giustizia. Tradizionalmente, il rifiuto di accesso a un'infrastruttura detenuta da un'impresa dominante è abusivo solo se l'accesso è indispensabile per competere. La Corte ha però distinto tra infrastrutture sviluppate per uso esclusivo e infrastrutture concepite per l'uso anche di terzi. Nel primo caso, l'indispensabilità resta decisiva; nel secondo, come in *Android Auto*, il rifiuto può configurare abuso anche se l'accesso non è strettamente necessario, purché idoneo a ostacolare la concorrenza basata sui meriti. Ciò riflette le peculiarità dei mercati digitali, dove piattaforme e interoperabilità giocano un ruolo centrale. L'analisi evidenzia come il requisito dell'indispensabilità rischi di risultare inadeguato nei nuovi ecosistemi digitali, suggerendo l'opportunità di un intervento normativo per garantire condizioni di accesso eque e certezza giuridica.

ABSTRACT (eng)

This paper analyzes the role of the indispensability requirement in refusal to deal cases under Article 102 TFEU, with a focus on the *Android Auto* judgment. While *Bronner* made indispensability the decisive criterion, recent case law (*Slovak Telekom*, *Google Shopping*) has narrowed its scope, especially in digital markets. In *Android Auto*, the Court held that where a platform is designed for third-party access, refusal of interoperability may constitute abuse

⁶⁴ Conclusioni *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citate, par. 6.

⁶⁵ J. KOKOTT, M. SERAFIMOVA, *op. cit.*, pp. 127-128.

even without strict indispensability, if it can hinder competition and consumer choice. The article argues that this shift reflects the specific dynamics of digital ecosystems and raises the question whether legislative tools may be more suitable than ex post antitrust enforcement to regulate access and interoperability.

LA RULE OF LAW E IL COSTITUZIONALISMO EUROPEO

Vincenzo Omaggio*

SOMMARIO: 1. Un concetto identitario. – 2. *Rule of Law* prima dello Stato. – 3. *Rule of Law* nello Stato. – 3.1. Lo Stato legislativo. – 3.2. Lo Stato costituzionale. – 4. *Rule of Law* oltre lo Stato.

1. *Un concetto identitario*

Nel complesso delle relazioni che l'Unione europea intesse con il resto del mondo, la *Rule of Law* svolge la funzione relevantissima di promuovere principi, valori, regole e interessi, che rappresentano in maniera inconfondibile la sua identità e che devono permeare la sua azione sulla scena internazionale. Una funzione che i recenti rivolgimenti geopolitici mondiali rendono ancor più significativa e preziosa e che non può prescindere dalla costante rivalutazione di un patrimonio etico, politico e giuridico secolare, ma al contempo complesso, multiforme, sfuggente. A questo fine si può considerare opportuna una ricognizione a grandi linee delle configurazioni assunte dal concetto di *Rule of Law* nel corso della storia culturale e istituzionale europea.

Com'è noto, la *Rule of Law* è generalmente considerata un concetto non soltanto complesso e articolato, ma anche ambiguo e problematico: *an essentially contested concept*. Il che non vuol dire denigrarlo, o indulgere a uno scetticismo rinunciatario, tutt'altro¹. Piuttosto significa

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli.

¹ J. WALDRON, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept?*, in *Law and Philosophy*, n. 1, 2002, p. 137 ss; ora anche come *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge, 2021, pp. 121-136. In particolare, p. 121: «That a concept in common use, such as the *rule of law*, may be called essentially contested is not a criticism of that concept. Quite the contrary: "essentially contested" is a theoretical designation that draws attention to the way in which arguments about the meaning of a given concept contribute to our understanding and evaluation of the sys-

esaminarlo *come un problema*². La nozione è problematica a cominciare dal significato letterale dell'espressione («governo della legge o regola del diritto»³?) che è difficile da tradurre e comunemente non è tradotta, ma conservata nella sua lingua originale, per non dire della sua portata semantica, che va al di là della somma dei due termini che la compongono (*rule* e *law*), tanto da indurre tempo fa Jeremy Waldron a proporre di trasformarla in una parola sola: *ruleoflaw*, quasi un significato nuovo e indipendente dai suoi componenti lessicali⁴.

Con ogni evidenza la nozione deve la sua complessità alla commistione di prospettive concettuali, storico-politiche e giuridiche; è un concetto posto al confine di domini territorialmente distinti, quando non contrapposti, come il diritto, la politica e la morale. È perciò per

tems, practices, and actions to which the concept is applied».

² A. PIN ha intitolato il suo libro *Il rule of law come problema. Le sfide dell'Europa centro-orientale, della Brexit e del Medio Oriente*, Napoli, 2021. Egli osserva tra l'altro che il successo della *Rule of Law* «ha reso incerti non solo i suoi contorni ma il nucleo e persino la funzione di tale nozione» e che nonostante si tratti di un valore fondamentale del costituzionalismo, «tuttavia il suo uso così diffuso ne ha probabilmente spuntato l'efficacia», p. 14. Sul successo «sospetto» della *Rule of Law* restano impresse nella memoria le parole di Martin Krygier: «The rule of law is today the beneficiary, sometimes the victim, of enormous rhetorical enthusiasm. No one is against it. Once upon a time, and not too long ago, it had a lot of enemies» (M. KRYGIER, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory* by Brian Z. Tamanaha, in *Journal of Law and Society*, vol. 32, n. 4, 2005, p. 657).

³ N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, p. 276.

⁴ J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in *Georgia Law Review*, n. 43, 2008, pp. 9-10: «Grammar suggests that we need to understand the concept of law before we can understand the Rule of Law. The "Rule of Law" is a complex phrase and the word "law" is one of its components. Just as we cannot understand a phrase like "the protection of human rights" unless we understand the smaller component phrase "human rights", so it might appear that we cannot understand the meaning of "the Rule of Law" unless we already grasp the concept of law. But I disagree. I think the surface grammar here is misleading and that we cannot really grasp the concept of law itself without also understanding the values comprised in the Rule of Law. I don't mean to turn the tables; I don't mean to say that we have to understand the concept of the Rule of Law first, and then go on to conceptualize law itself in a way that is derivative from that understanding. I think we should understand these terms as a package, rather than understanding one as a separable component of the other».

ragioni strutturali un'idea sempre "in cerca di definizione", come è stato scritto⁵, su cui molto si è detto senza raggiungere ancora un grado di chiarificazione corrispondente alla mole degli studi. Al punto che Mauro Barberis, tra i filosofi del diritto, ha parlato di una sorta di test di Rorschach⁶, una macchia di inchiostro su cui ciascuno proietta le proprie teorie e anche le proprie inclinazioni e le proprie preferenze. Una specie di oggetto misterioso dal punto di vista analitico: *it's a bird, it's a plane, it's rule of law*, parafrasando un vecchio saggio di Anthony D'Amato⁷ dedicato al *jus cogens*. Con queste premesse credo si possa dire che il modo più plausibile per affrontare il tema consiste in un esame storicamente orientato⁸, come si conviene a un concetto capace di riproporsi in epoche e contesti diversi con contenuti diversi. A partire però da un requisito costante, seppure indeterminato, una *ratio* che resta inalterata pur assumendo connotati diversi: la limitazione del potere attraverso il diritto. Questo nucleo prescrittivo è, come dire, indubbio, fuori discussione⁹. Ma di quale potere si parla e di quale diritto? Qui cominciano i dubbi, le sovrapposizioni, anche le contraddi-

⁵ G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 11.

⁶ M. BARBERIS, *Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 14.

⁷ A. D'AMATO, *It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens!*, in *Connecticut Journal of International Law*, n. 1, 1990, pp. 1-6.

⁸ G. PALOMBELLA, *Il Rule of law. Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, in *Sociologia del diritto*, n. 1, 2009, p. 27: «Il Rule of law è un modello istituzionale concernente il diritto. Data la sua natura normativa, si è ritenuto, di fatto, che significasse cose diverse in tempi e contesti diversi. [...] Pertanto una riconsiderazione sensibile a questa complessità deve avvalersi, a un tempo, della ricostruzione storica, comparata, non meno di quella filosofica, e tener conto delle loro interrelazioni». Si veda anche F. VIOLA, *Il Rule of law come idea di società*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2020, p. 27: «La formulazione del rule of law ha sempre un carattere storico e contingente, perché le forme di arbitrio possibili sono legate alla configurazione storica del potere». Si veda anche A. MARMOR, *The Ideal of the Rule of Law*, in *USC Law Legal Studies Paper*, n. 6, 2008, pp. 2-17.

⁹ Una recente conferma in G. POSTEMA, *Il dominio del diritto. Responsabilità reciproca e rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 91: «Tuttavia la sua idea centrale, costantemente riconosciuta nel corso della sua lunga storia, è relativamente semplice. È l'idea che quando è la legge a governare, essa fornisce protezione e strumenti di tutela contro l'esercizio arbitrario del potere».

zioni, in quanto la *Rule of Law* esprime anche un profilo ambiguo e dilemmatico: governo delle leggi, non governo degli uomini, si dice. Ma in che senso? Le leggi sono sempre fatte dagli uomini, da chi altri se no? A meno che non si accolga un'idea giusnaturalistica del diritto, cui accedere per una via razionale e scientifica, che darebbe luogo a una sovrapposizione tra *Rule of Law* e *Rule of Good Laws*. Ma un governo delle leggi così inteso sarebbe deterministico, confacente al mondo della natura, non al mondo della cultura, che corrisponde a quello del diritto e delle istituzioni umane; oppure condurrebbe a un'incorporazione di questa nozione nell'ambito del discorso morale senza residui, cioè alla perdita della sua sostanza giuridica, che è irrinunciabile, per quanto irriducibile al mero diritto positivo (*Rule by Laws*). Quindi né *Rule by Laws* né *Rule of Good Laws*, ma una via intermedia¹⁰ o forse una via alternativa, che a tratti costeggia questa contrapposizione, altre volte la sorvola nei tempi lunghi della storia.

2. *Rule of Law prima dello Stato*

La *ratio* della *Rule of Law* sembra legata allora alla possibilità teorica di un diritto che governi coloro che fanno le leggi¹¹, un complesso di principi di ordine superiore, non promananti da una *voluntas* sovrana, ma derivanti da un'opera collettiva, involontaria, riflesso di una ragione storica, non metastorica, sovraindividualistica, e perciò in grado di arginare il potere politico, che del diritto rappresenta solo un momento: il momento potestativo, dominativo. Qui si trova l'origine storica della nozione di *Rule of Law*, che affonda le radici nella distinzione medievale tra *gubernaculum* e *jurisdictio*, dove quest'ultima non indica semplicemente l'insieme delle decisioni giurisprudenziali, in sé non meno intenzionali delle leggi del parlamento, ma l'insieme dei

¹⁰ «Il *rule of law* intende proprio custodire la possibilità di una via intermedia fra il *rule by laws* e il *rule of good laws*»: F. VIOLA, *Rule of law. Il governo delle ieri e oggi*, Torino, 2011, p. 12.

¹¹ Una possibilità che G. POSTEMA chiama *riflessività* («la legge che governa coloro che governano attraverso la legge e in suo nome») e che definisce la *condicio sine qua non* della *rule of law*: *op. cit.*, p. 90.

principi o *rationes decidendi* ricavabili dalle decisioni, non riconducibili a un diritto intenzionalmente prodotto in via autoritativa. La mente corre all'*incipit* di *Lo spirito delle leggi*, dove Montesquieu scrive che «le leggi, intese nel loro significato più ampio, sono i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose»¹², sono il risultato di diverse forze e componenti che si costituiscono in relazioni, configurando la giuridicità dei vari contesti ed esprimendo il legame profondo tra le leggi e la realtà che esse devono regolare.

A differenza di formule apparentemente equivalenti sviluppate nella cultura giuridica continentale, quali *Rechtsstaat*, *État de droit* o Stato di diritto legislativo¹³, ispirate al principio di legalità, la *Rule of Law* è nata per così dire “prima dello Stato”, nell’esperienza giuridica anglosassone di *common law*. E manifesta storicamente un primato della funzione giurisdizionale, nel senso ampio della sua attitudine iusgenerativa, sulla funzione legislativa e su quella di governo. Molte sono a questo riguardo le voci autorevoli che testimoniano, proprio nel modello inglese, di una sostanziale continuità tra le antiche libertà medievali e quelle moderne fissate su fondamenta indipendenti da un potere politico sovrano.

Alla fine dell'Ottocento Albert Venn Dicey, nella sua celebre *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, pur mettendo insieme elementi eterogenei, quali il principio di legalità penale, l'eguaglianza dei cittadini e la tutela giudiziale dei diritti, ha stabilito un punto fermo, quello per cui i principi generali della costituzione inglese sono il risultato di pronunce giurisdizionali delle corti di giustizia, laddove nei modelli continentali, la protezione dei diritti individuali risulta, o “sembra risultare”, dai principi generali della costituzione: il diritto costituzionale inglese è il risultato e non la fonte dei diritti individuali¹⁴. Quella inglese è una *judge-made constitution*. Quel “sembra risul-

¹² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. I, trad. it. di B. Boffito Serra, Milano, 1989 (1748), p. 147.

¹³ «Nel *Rechtsstaat* è in gioco il modo di concepire l'attività di governo; nell'*État de droit*, il modo di concepire la legislazione. Nel *Rule of law* l'attenzione si sposta sulla giurisdizione»: G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 116.

¹⁴ A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, trad. it. di A. Torre, Bologna, 2003 (1885), pp. 162-163: «[...] presso di noi i principi generali della costituzione (come per esempio il diritto alla li-

tare” sta proprio a precisare che nei modelli continentali la tutela non è così sicura, è sempre incerta. La maggiore tutela del sistema inglese deriva proprio dalla circostanza che la costituzione «non è stata fatta ma si è sviluppata da sé»¹⁵ e perciò l’assolutismo è combattuto in nome di una realtà sostanziale, quei «privilegi e libertà degli inglesi che costituivano il *law of the land*, un “diritto comune” materiale che, essendosi venuto a formare nel corso dei secoli e con il concorso di molti, nessuno avrebbe potuto sospendere, a differenza delle leggi e delle costituzioni continentali»¹⁶. Invece le costituzioni che hanno un autore, un potere costituente, dipendono da questo potere¹⁷ e il contrasto all’assolutismo avverrà sulle basi malcerte della sua autolimitazione.

La costituzione inglese ha sempre riposto nel parlamento le garanzie di tutela dei diritti contro l’arbitrio e l’assolutismo, ma il parlamento inglese, diversamente da quelli dell’Europa continentale che hanno concentrato su di sé la potestà politica sotto forma di legislazione sovrana, ha conservato la sua vocazione di “corte di giustizia” e l’attitudine alla concretezza, cioè al miglioramento del diritto esistente¹⁸. Proprio l’attenzione all’ingiustizia¹⁹ costituisce il suo tratto distintivo e questa concretezza connota al contempo anche la *Rule of Law*.

bertà personale, o il diritto di riunione) sono il risultato di decisioni giurisprudenziali che hanno definito i diritti dei privati in particolari casi che sono stati portati alla cognizione delle corti di giustizia, laddove invece in molte forme costituzionali straniere la protezione (se così la si può definire) che è data ai diritti individuali risulta, o sembra risultare, dai principi generali della costituzione. [...] In breve, la nostra costituzione è una costituzione fatta dai giudici [*judge-made constitution*] e reca con sé tutti gli elementi, sia buoni che cattivi, del diritto fatto dai giudici». Su Dicey si veda il recente M. D. WALTERS, *The Spirit of Legality: A. V. Dicey and the Rule of Law*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, pp. 153-170.

¹⁵ A.V. DICEY, *op. cit.*, p. 163.

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 118.

¹⁷ Seguendo Dicey dovremmo indagare le qualità specifiche del modello inglese, cosa che naturalmente qui non si può fare. Mi limito a segnalare *ex pluribus* il volume di C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, 2014.

¹⁸ R. DREIER, *Recht und Gerechtigkeit* (1982), in R. DREIER, *Recht, Staat, Vernunft*, Francoforte sul Meno, 1991, p. 24 ss;

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 120.

A questo riguardo Maurizio Fioravanti²⁰ osservava che il principio della sovranità del parlamento inglese non è entrato mai in contrasto con la *Rule of Law*, pur mancando di un *higher law*, in quanto non c'è alcuna legge che non possa essere modificata dal parlamento. Ciò perché il *King in Parliament* – il monarca, l'aristocrazia e i *Commoners* – esprime tre volontà che unendosi forniscono la rappresentazione del regno in tutte le sue articolazioni sociali e culturali. La sovranità qui non ha la base razionalistica e individualistica della sovranità parlamentare della tradizione europea-continentale, la quale è funzionale alla produzione di quella particolare fonte del diritto che è la legge generale e astratta, ma ha piuttosto una base storicistica e corporativa, rappresentativa delle diverse istituzioni del Paese.

In altri termini, la *Rule of Law* nasce in un ambiente in cui il diritto non è inteso come prodotto del potere, ma vive nei costumi e nei principi giuridici, elaborati dall'opera dei giudici. Domanda che il diritto positivo debba essere almeno in parte considerato fuori della disponibilità del sovrano, rimanendo, ciò nonostante, vero e proprio diritto positivo e non già diritto naturale o semplice moralità positiva. Così è per il McIlwain di *Costituzionalismo antico e moderno*²¹, che riprende la distinzione medievale di *gubernaculum* e *iurisdictio*, presente nei testi più autorevoli, da Henri Bracton a sir John Fortescue. Proprio nell'autonomia della *iurisdictio* per McIlwain si rinviene la prova più evidente del fatto che nell'Inghilterra medievale la massima romana dell'assolutismo (*quod principi placuit legis habet vigorem*) «non aveva riconoscimento né teorico né pratico»²². Il *ius dicere* ha la sua autonomia ed esorbita dalla sfera del governo (*gubernaculum*) che il monarca può avocare a sé²³. La *Rule of Law* attraversa l'intera storia costituzio-

²⁰ «Ma sovranità del parlamento e *rule of law* non sono affatto contrapposti. [...] «sovranità» non significa «dominio», ma tendenza a raffigurare per il tramite del parlamento le molteplici realtà di cui il Regno si compone»: M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le costituzioni del Novecento*, Torino, 2021, pp. 229-230.

²¹ C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it di V. de Caprariis, Bologna, 1990 (1947).

²² C.H. MCILWAIN, *op. cit.*, p. 105.

²³ «Uno dei tratti essenziali del costituzionalismo di Bracton è certamente la netta separazione che egli fa tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, accordando al re un'autorità ir-

nale europea, a partire dall'antichità classica e poi per tutta la tradizione costituzionale largamente dominante in Europa prima della Rivoluzione francese: si accompagna a lungo all'ideale della costituzione mista, un modello che raccomanda le virtù politiche della moderazione e della *medietas* ed è compatibile con la conservazione delle differenze e delle diseguaglianze giuridiche e sociali. Che anzi diffida dell'eguaglianza dei moderni, guardata come una pericolosa dismisura rispetto all'equilibrio costituzionale. La costituzione premoderna è una condizione di equilibrio fra le componenti della società, che presenta una struttura cetuale, e deve scongiurare le soluzioni estreme distruttive dell'ordine, quali l'oligarchia e la democrazia. L'ideale giuridico della *Rule of Law* in questo contesto aderisce al carattere composito, plurale e differenziato della compagine sociale, in vista di «un ordine non uniformante, ma che presuppone le differenze»²⁴: l'equo trattamento di ciascuno non vuol dire l'eguaglianza. Un'equa considerazione delle componenti sociali è alla base della limitazione del potere.

La sostanza della *Rule of Law* sta in un'idea del diritto capace di contrastare *sul piano giuridico* la tendenza monopolizzatrice del potere, anche quello espresso nella forma weberiana *legale-razionale*. Serve, in altri termini, che esista concretamente un diritto positivo *altro* dalla volontà del sovrano, radicato nella società mediante fonti giuridiche indipendenti dal *droit politique*. Ovviamente anche la legge sovrana è diritto. La *Rule of Law* allora è la tensione tra due forme di diritto, una modalità di limitazione del *diritto mediante il diritto*.

Ritorno ai quesiti posti in precedenza. Limitazione di quale potere? Attraverso quale diritto? Se il potere politico è pluralistico, come quello premoderno, la *Rule of Law* trova spazio fisiologicamente nella pluralità delle fonti e nel primato del diritto giurisprudenziale e scientifico; se il potere è invece monistico, come quello espresso dalla sovranità moderna, la *Rule of Law* tenderà a identificarsi con il principio di legalità, ma si tratta di un'identificazione parziale e insoddisfacente

responsabile ed autocratica per il primo, ma solo per esso. E questo è anche il solo tratto importante della nostra dottrina costituzionale medioevale, che ha corso rischio di andar smarrito nei più moderni sviluppi del pensiero politico»: C.H. MCILWAIN, *op. cit.*, p. 99.

²⁴ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 335.

a fronte della propria *ratio*. La sua *ratio* costitutiva è limitare il diritto mediante il diritto. A un certo punto, il prevalere del principio della sovranità statale, l'idea del diritto come prerogativa dello Stato, «ha condotto ad intendere la *Rule of Law* come “governo della legge” e a identificarlo con il principio di stretta legalità»²⁵. Sempre in terra inglese si svolge il prologo teoretico di questa fase nuova. Ha la forma di un dialogo: *Un dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*²⁶. L'autore è Thomas Hobbes²⁷ che immagina un confronto con un legista, autorevole interprete del *common law*, dietro il quale campeggia la figura di *sir* Edward Coke. Se il Legista, secondo la tradizione del *common law*, pensa il diritto come il frutto della ragione artificiale di tanti uomini, maturata «con lungo studio, con l'osservazione e con l'esperienza, e non dalla ragione naturale dell'uomo comune», per il Filosofo Hobbes il diritto è il prodotto dell'unico *uomo artificiale*, la persona dello Stato, il cui comando è legge. Cosicché per lui «Non è la sapienza, ma l'autorità che crea la legge [...] perché solamente può fare le leggi colui il quale è fornito di potere legislativo. Che il diritto sia stato elaborato da individui dotti e gravi, ossia dai giureconsulti, è evidentemente falso; poiché furono i re d'Inghilterra a fare tutte le leggi del paese, consultandosi con la nobiltà ed i comuni riuniti in parlamento; e di costoro nemmeno uno su venti

²⁵ Così, in termini del tutto condivisibili, Francesco Viola, che sottolinea il carattere riduttivo della sovrapposizione. Cfr. F. VIOLA, *Il Rule of law come idea di società*, cit., p. 35. Più avanti aggiunge: «Si deve ritenere che il *rule of law* debba occuparsi di tutte le forme di normatività giuridica, perché tutte concorrono a guidare il comportamento sociale. Ma ognuna di esse deve essere trattata secondo la sua specie e sulla base delle minacce che possono provenire da esse alla libertà giuridica, cioè dall'uso arbitrario del potere che ognuna di esse rende possibile».

²⁶ T. HOBBS, *Opere politiche*, vol. I, trad. it. a cura di N. Bobbio, Torino, 1959, p. 359 ss.

²⁷ «Thomas Hobbes is the founder of the rule by law tradition in modern Western thought. It argues that there is no more to law than what the holder of supreme legislative power chooses to enact, whatever its content. Hobbes founds it in opposition to the conception of the rule of law exemplified in the writings of Sir Edward Coke according to which the common law, as interpreted by judges, contains fundamental legal and moral principles which condition the content of enacted or statute law»: D. DYZENHAUS, *Thomas Hobbes and the Rule by Law Tradition*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, p. 261.

era un dotto uomo di legge»²⁸. Ma il vero punto di frattura è un altro, a ben vedere. Il Legista infatti è pronto a riconoscere che tutto questo può avere un senso, ma esclusivamente per il diritto scritto: «mentre io parlo del diritto comune»²⁹. La secca replica del Filosofo è di quelle epocali, che fanno di lui il fondatore della tradizione del *rule by law*: «No, io parlo del diritto in generale»³⁰. Se la legge è tutto il diritto, la lotta contro l'arbitrio consisterà nel limitare lo Stato mediante la legge, nella forma della sua autolimitazione.

3. Rule of Law nello Stato

3.1. Lo Stato legislativo

Almeno fino al XVIII secolo la nozione di *Rule of Law* convive con il diritto consuetudinario³¹, un diritto oscuro, ma molto risalente e perciò autorevole, senza il bisogno di far ricorso a requisiti di chiarezza e precisione e senza la necessità di restrizioni interpretative.

Con la Rivoluzione l'eguaglianza dei moderni irrompe nella storia costituzionale e con essa la sovranità: «Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti», recita l'art. 1 della *Dichiarazione* del 26 agosto 1789. L'eguaglianza si misura adesso proprio dall'eguale sottoposizione alla legge dello Stato e dalla sua uniforme applicazione. Il circuito «potere costituente-volontà popolare - parlamento sovrano - legge generale» ridisegna i rapporti tra diritto e potere e anche il senso della *Rule of Law*. Non c'è più spazio giuridico per un'eterolimitazione del potere politico, ma soltanto per la sua autolimitazione. Da questo momento la tradizionale vocazione *jurisdiction – dependent* della *Rule of Law* appare obsoleta³² e nei confronti del giudice si manifesta una

²⁸ T. HOBBS, *op. cit.*, p. 401.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ J. REID, *The Rule of Law*, DeKalb, 2004, p. 16. In proposito, G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il Rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 67.

³² Il modello di *Rule of Law* come *jurisdiction – dependent* può apparire «un'idea antiquata nel contesto dello Stato moderno», cfr. J. WALDRON, *The Rule of law in*

diffidenza che lo relega al ruolo di mero applicatore della legge dello Stato sovrano. Come accade in quelle fasi in cui domina una concezione monista dell'ordinamento, nel periodo compreso tra la Rivoluzione e lo Stato liberale di diritto il ruolo della giurisdizione tende a ridursi³³ a vantaggio di una formulazione nuova della non arbitrarietà sotto forma di principio di legalità.

Con le costituzioni rivoluzionarie e poi con lo Stato di diritto ottocentesco si impone l'idea di una razionalità formale del diritto, di una sua identificazione con la legge, in quanto espressione del potere legittimo. Il principio di legalità prescrive che il potere esista solo in quanto attribuito dalle leggi e legittima il suo esercizio solo in quanto disciplinato dalle norme. Pertanto il concetto di "non arbitrarietà", che prima poteva voler dire "una fedeltà al diritto", ricca di connessioni con il tessuto sociale, diventa ora sottoposizione al potere pubblico mediante il rispetto di norme espresse. Dunque la chiarezza, la pubblicità, l'irretroattività, la stabilità diventano caratteri «anatomici»³⁴ che il diritto non può non avere. Dal momento in cui il potere politico ha tendenzialmente monopolizzato la produzione delle norme, emarginando le altre fonti giuridiche, la *Rule of Law* va concentrando la sua attenzione sulla qualità delle leggi. Perché ci sono soltanto le leggi: *nihil est in mundo nisi in legislatione*. La certezza del diritto diviene il requisito essenziale.

Si tratta della versione della *Rule of Law*³⁵ che è stata definita *for-*

Contemporary Liberal Theory, in *Ratio Juris*, n. 2, 1989, pp. 79-96, spec. p. 80.

³³ «[...] e tende invece ad assumere un ruolo centrale in quelle altre fasi in cui l'ordinamento tende a strutturarsi in senso pluralistico, ed in cui i diritti stessi sono da ricondurre a una pluralità di fonti attributive, com'era nell'Europa precedente la Rivoluzione, e come evidentemente torna ad essere nell'odierno panorama costituzionale europeo»: così M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 351.

³⁴ M. KRYGIER, *The Rule of Law. Legality, Teleology, Sociology*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, 2009, p. 47.

³⁵ A titolo esemplificativo: L. FULLER, *La moralità del diritto*, trad. it. di A. Dal Brollo, Milano, 1986 (1963); H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, in H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 114-116; J. RAZ, *The Rule of Law and Its Virtue*, in J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, pp. 210-232; M. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, 2007, pp. 101-186; R. SUMMERS, *A Formal Theory of the Rule of Law*, in *Ratio Juris*, vol. 6, n. 2, 1993, pp. 127-142; B. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA,

male, tesa a identificare alcune caratteristiche formali o procedurali che il diritto deve avere affinché l'azione umana sia guidata mediante regole³⁶. Naturalmente ciò non preclude, anzi comporta, un valore morale³⁷ da assegnare alla *Rule of Law* in quanto strumento (insostituibile) contro l'arbitrio e in difesa della dignità e dell'autonomia dei destinatari delle norme, considerati come soggetti in grado di determinarsi razionalmente e meritevoli di compiere scelte autonome sulla base dei precetti giuridici in vigore. Nel contempo i cittadini sono messi in condizione di criticare l'esercizio del potere pubblico che agisca arbitrariamente, deludendo le aspettative stabilite dalle leggi. Nel modello formale il rispetto dei requisiti è una questione di grado, dal momento che un ordinamento si conforma più o meno alla *Rule of Law* in base all'effettiva realizzazione della generalità e astrattezza, dell'accessibilità, dell'irretroattività, della coerenza, della stabilità e dell'uniforme applicazione delle norme giuridiche. Il *Rule by Law* come principio di legalità è un ideale nel senso che mira in via tendenziale e asintotica al grado più alto di autolimitazione dell'unico potere normativo. La codificazione del diritto può temperare la sovranità ma non addomesticarla³⁸.

Il *Rechtsstaat* e la *Rule of Law* rappresentano tradizioni di pensiero significativamente differenti³⁹, seppure accomunate da un medesimo

N. WALKER (eds.), *op. cit.*, pp. 3-15.

³⁶ In merito G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 212 ss.

³⁷ È giusto quanto scrive Waldron quando osserva che «questi aspetti non li consideriamo importanti per ragioni meramente formalistiche» e ricorda quanto conti per la teoria formale di Hayek, ad esempio, il valore della libertà, o per quella di Fuller, il valore della dignità umana. Cfr. J. WALDRON, *Il rule of law e l'importanza della procedura*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 358-359.

³⁸ «The codification of rules tempered sovereigns, it did not tame them»: J. MEIERHENRICH, *Rechtsstaat versus the Rule of Law*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *op. cit.*, p. 56; in altri termini, «In the Rechtsstaat tradition, law derives from the state [...] The sovereign – whether in the form of a monarch or the people – is law's overlord» (p. 54).

³⁹ È la tesi di fondo sostenuta da Jen MEIERHENRICH nel suo saggio *Rechtsstaat versus the Rule of Law*, cit., pp. 39-67; «The difference between the idea of the Rechtsstaat and that of the rule of law is more than a variation on a theme» (p. 39). Di «differenze non significative» aveva parlato invece, tra gli altri, D. N. MACCORMICK,

intento di riduzione dell'arbitrio del potere. Il modello del *Rechtsstaat* ha più cose in comune con l'idea del *Rule by Law* che con la tradizione storica della *Rule of Law*⁴⁰. Il potere del diritto rappresenta la struttura dello Stato più che una sua limitazione, in quanto il diritto non è più limite alla politica⁴¹, e la libertà dei cittadini è la conseguenza di questo assetto più che la sua premessa⁴². Lo Stato di diritto, il *Rechtsstaat* o *l'État de droit* fanno riferimento innanzitutto allo Stato, poi al diritto; alla legge più che al diritto. Si tratta della *Rule of Law as a Law of Rules*: più che governare sotto le leggi, il sovrano governa attraverso le leggi. Quando il potere prende la forma della legge, la lotta all'arbitrio si esprime come limitazione del potere *mediante la legge*, vale a dire come autolimitazione. Ma in questo modello monistico, che non ammette fonti normative indipendenti, va perduto qualcosa di caratteristico della *Rule of Law*⁴³, che in sé non è assimilabile a nessuna forma di Stato (di diritto)⁴⁴.

Der Rechtsstaat und die rule of law, in *JuristenZeitung*, vol. 39, n. 2, 1984, p. 65.

⁴⁰ «With this in mind, it is correct to conclude that the formal legality has more in common with the idea of rule by law than with the historical rule of law tradition»: B. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004, p. 96.

⁴¹ «Whereas in the rule of law tradition, the law has always tended to function as a limit to politics, in the Rechtsstaat tradition, the law has been both lever and language of politics»: J. MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 57.

⁴² «The key difference between the Rechtsstaat tradition, with its deep roots on the European continent, and the rule of law tradition, with its Anglo-American heritage, has to do with the question of where the rights of individuals originate»: J. MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 64.

⁴³ «Peraltro, il *rule of law* è ben difficilmente assimilabile a una forma di presentazione di uno specifico assetto storico dello Stato»: G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità*, cit., p. 73.

⁴⁴ Lo Stato di diritto moderno vive all'interno di una logica di autolimitazione del proprio potere, che presenta misura e portata variabili. A questo riguardo sono interessanti e anche condivisibili alcune osservazioni svolte da Roberto Bin sulle pesanti influenze del pensiero liberale, che, a partire da un certo momento, hanno dato una svolta "antistatalista" alla nozione di Stato di diritto. Mentre prima, per un lungo tratto che va da Hobbes a Kant e all'Ottocento, lo Stato è il tramite indispensabile della libertà e dell'eguaglianza degli individui, unico strumento di protezione dal potere economico e cetuale esercitato dagli altri individui. La nozione di Stato di diritto, da concetto a uso bellico, da parola di lotta contro i pregiudizi e i privilegi del mondo feudale, si è trasformato, secondo Bin, in un concetto a uso difensivo. Probabilmente è

A testimonianza di un progressivo inaridimento del potenziale comunicativo del concetto, valgano due esempi molto significativi tratti dall'ambito della tradizione giuspositivistica novecentesca, corrispondenti alle figure di Hans Kelsen e Joseph Raz⁴⁵. Se per definire la *Rule of Law* è necessario prima assegnare un significato al concetto di diritto, come ordinamento giuridico fatto di norme, se il *concept of law* precede la *Rule of Law*, il discorso può sfociare in un esito normativistico tautologico. *Rule of Law* significa sottoporsi al diritto, che è fatto di norme positive. Cosicché la *Rule of Law* coincide con la *Rule by Law*. Ad esempio Hans Kelsen con la consueta chiarezza ha sostenuto che ogni Stato è necessariamente uno Stato di diritto, «in quanto si intenda per Stato di diritto uno Stato che ha un ordinamento giuridico». Questo Stato di diritto però non va confuso con quello che indica un ordinamento giuridico di contenuto ben determinato e precisamente con quello che comprende certe istituzioni, come diritti di libertà, garanzie per la legittimità delle funzioni degli organi e metodi democratici di produzione del diritto. Quest'ultimo difatti rappresenterebbe una sorta di «pregiudizio giusnaturalistico»⁴⁶.

così; tuttavia questa riflessione vale per lo Stato di diritto ma non per la *Rule of Law*, che è una categoria pensata al di là dello Stato. D'altronde lo scopo di Bin non è tematizzare la distinzione tra i due concetti quanto capire cosa oggi possa dire la *Rule of Law* in ordine al rapporto tra ordine politico e ordine sociale: ad esempio, in quale misura esso possa coniugarsi con la tutela dei diritti sociali. E da questo versante è indubbio che la *Rule of Law* abbia caratteri destaturalizzati e generi effetti destaturalizzanti, motivo per cui ora è particolarmente in auge quando occorre costruire le coordinate di un diritto globale in cui la legalità e la tutela dei diritti possono e devono essere sganciati dallo schema tradizionale della sovranità degli Stati. Si veda R. BIN, *Rule of law e ideologie*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *op. cit.*, p. 37 ss.; per la tematica dei diritti, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018.

⁴⁵ Nella stessa prospettiva si colloca più di recente la "*formal or thin definition*" di Brian Tamanaha: «The rule of law, at its core, requires that government officials and citizens are bound by and act consistent with the law. This basic requirement entails a set of minimal characteristics: law must be set forth in advance (be prospective), be made public, be general, be clear, be stable and certain, and be applied to everyone according to its terms. In the absence of these characteristics, the rule of law cannot be satisfied», B. TAMANAHA, *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. PALOMBELLA, N. WALKER (eds.), *op. cit.*, p. 3. Nell'intento di fornire una definizione minimale e perciò condivisa della *Rule of Law*, si propone il concetto di *Rule by Law*.

⁴⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves,

Naturalmente alla base del discorso kelseniano si trova “un concetto di diritto” che, nel segno di un positivismo giuridico conseguente, si definisce in termini di «un ordinamento coattivo della condotta umana sul cui valore morale o di giustizia non si esprime alcun giudizio»⁴⁷. Su un comune fondamento coattivo può dirsi che ogni Stato non è altro che diritto. Ma così non è ancora dimostrata l’affermazione reciproca: che ogni diritto s’identifichi con lo Stato. Anzi, come abbiamo visto, questa differenza risulta un elemento decisivo per dare significato alla *Rule of Law*. Anzi per questa via, come dimostra la tradizione giuspositivistica, la *Rule of Law* è condotta a un bivio che lo spingerà inesorabilmente o verso la pura tautologia e l’autocompiacimento retorico⁴⁸ o verso la filosofia politica, alla ricerca del sistema politico più desiderabile in una certa ottica politica, quella liberale.

Joseph Raz a sua volta ha sostenuto che la formula della *Rule of Law* si applica a sistemi giuridici già esistenti e già definiti come tali sulla base di un concetto di diritto, di un’idea delle fonti o della validità giuridica, che ne costituisce la premessa logica e che non si identifica con la *Rule of Law*. Ora se questo non coincide tautologicamente con il concetto di diritto, allora non può essere altro che una delle virtù che un sistema giuridico può possedere e mediante la quale può essere giudicato⁴⁹. Un ideale politico, che come tutti gli ideali è realizzabile in misura variabile. È noto come Raz sostenga la necessità di intendere il diritto come un insieme di ragioni esclusive, pena la perdita della sua autorità. Le norme devono essere percepite come ragioni “escludenti” le ragioni “di primo grado”, che guidano le nostre azioni⁵⁰. L’autorità giuridica, secondo Raz, ci rende il servizio insostituibile di tramutare in formule incontestabili le ragioni sottostanti che influiscono solitamente sulle nostre azioni, in modo da costituire ragioni specifiche, che non si aggiungono alle altre nella deliberazione, ma le

Torino, 1984 (1934), p. 147.

⁴⁷ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁸ S.L. Paulson, *Teorie giuridiche e rule of law*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1992, p. 251.

⁴⁹ Soprattutto J. Raz, *The Rule of Law*, cit.; ma anche J. Raz, *The Politics of the Rule of Law*, in *Ratio Juris*, n. 3, 1990, p. 331 ss.

⁵⁰ J. Raz, *The Authority of Law*, cit., p. 22 ss.

prevengono (cosiddetta “tesi della prevenzione”). Ma una caratteristica della *Rule of Law*, come abbiamo visto, è proprio quella di non poter prescindere dal substrato di moralità positiva, che rappresenta il lato non dominativo del diritto.

3.2. Lo Stato costituzionale

Solo ridimensionando il proprio monopolio legislativo e ponendo la tutela dei diritti sullo stesso livello della sovranità politica, nel modello dello Stato costituzionale novecentesco, lo Stato di diritto proverà ad annodare un nuovo legame con la *Rule of Law*, sebbene quest’ultima conservi la propria identità, irriducibile a qualsiasi forma di Stato⁵¹. Il modello dello Stato costituzionale segna una discontinuità rispetto a quello legislativo⁵² proprio in quanto non si limita a prevedere che alcune garanzie procedurali e sostanziali trovino posto nell’ordinamento, ma propone un ordinamento che esprime la dualità tra momenti potestativi e momenti non potestativi.

Il legame ora si stabilisce nella misura in cui lo Stato costituzionale

⁵¹ A questo riguardo rinvio alle considerazioni svolte da L. FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015, pp. 4-5, quando scrive che «il *rule of law* inglese, pur rappresentando la prima esperienza di stato di diritto in senso forte è sempre rimasto legato alla tradizione del *common law* e non perciò riconducibile a nessuno dei due modelli qui distinti di stato di diritto [...] non essendo qualificabile né come stato di diritto legislativo né come stato di diritto costituzionale». In altri termini la *Rule of Law* è una forma di limitazione del potere in senso forte, in quanto i poteri sono vincolati sia in ordine alle forme che ai contenuti, cioè al rispetto dei diritti fondamentali. Ma tale rispetto si esprime nella forma spontanea da parte di legislatore e giudici, in quanto i principi sono radicati culturalmente e socialmente nel comune senso civico. In assenza di una costituzione formale, manca la positivizzazione dei principi e, di conseguenza, anche la rigidità della costituzione e il sindacato di costituzionalità affidato ad organi giurisdizionali.

⁵² Come è stato autorevolmente spiegato, lo Stato costituzionale novecentesco è per un verso «espressione di un “tipo storico” di costituzione nuovo e inedito, diverso cioè sia dalle Costituzioni rivoluzionarie della fine del Settecento, sia dalle Carte dell’età liberale del diciannovesimo secolo» (M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 123); per altro verso «può essere considerato come una sorta di esito complessivo, entro cui confluisce e precipita l’intera esperienza dello Stato europeo»: M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Bari, 2002, pp. 20-21).

mette al di sopra della legge la Costituzione con i suoi principi etico-politici positivizzati. Questi principi non operano soltanto limitando il potere dello Stato, ma anche dando espressione a un complesso di valori fondamentali, che mettono in evidenza il nesso immediato con la persona (la costituzionalizzazione della persona), cui conferisce un carattere originario, indipendente dallo Stato; non sua emanazione, ma criterio della sua legittimità. L'evoluzione storica dallo Stato di diritto liberale allo Stato costituzionale è contrassegnata dal passaggio dalla mera garanzia legislativa dei diritti al concetto di inviolabilità: la tutela dei diritti si emancipa dalla modalità della riserva di legge, che non è più sufficiente in sé a produrre l'effetto della garanzia. La previsione costituzionale adesso eleva i diritti al rango di principi fondamentali, coperti da un carattere di inviolabilità da parte del potere legislativo e difesi dal controllo di costituzionalità⁵³.

Lo Stato costituzionale, a differenza del vecchio Stato di diritto liberale, allinea i poteri di indirizzo, risultanti dalle scelte del popolo sovrano sulla base del principio di maggioranza (legislazione e governo) e quelli di garanzia, cui è affidata la tutela dei principi e delle regole costituzionali (giurisdizione e funzioni di tutela attribuite ad altre autorità)⁵⁴. Questo equilibrio rinnova la separazione virtuosa tra il *gubernaculum*, che esprime la forza necessaria per deliberare e imporre le leggi, e la *iurisdictio*, che esprime la forza necessaria per tutelare i diritti e per impedire che un unico potere s'imponga nella vita sociale e po-

⁵³ M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 137. Nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo non pochi contestano che il sindacato di costituzionalità faccia parte integrante della *rule of law*. Si tratta degli esponenti del cosiddetto *political constitutionalism* (avversi al *legal constitutionalism*), attivi nell'area anglosassone. Ad esempio: J. WALDRON, *The Core of the Case against judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346 ss; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007; L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004; J. GRIFFITH, *The Common Law and The Political Constitutionalism*, in *Law Quarterly Review*, vol. 117, 2001; M. TUSHNET, *Anti-Formalism in Recent Constitutional Theory*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, 1985, p. 1502 ss.; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from The Courts*, Princeton, 1999. A questo riguardo mi permetto di rinviare anche al mio *Saggi sullo Stato costituzionale*, II ed. ampl., Torino, 2022, p. 156 ss.

⁵⁴ M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., p. 151.

litica⁵⁵. In questo modo si ripristina il dispositivo fondamentale della *Rule of Law* che agisce come limite a ogni monopolio della produzione giuridica.

Le sue costituzioni sono bilanciate. Esse non si fondano più su un solo potere supremo; ciò vuol dire in altri termini che sperimentano l'esaurimento della dimensione della *suprema potestas* impersonata da un potere esclusivo. Nello Stato costituzionale contemporaneo, come sovente si dice, la sovranità appartiene alla costituzione e al suo complesso di principi, regole e istituzioni, che è come dire che la sovranità non si dà più nel suo significato tradizionale, che ha accompagnato la vicenda dello Stato moderno da Hobbes alla Rivoluzione. La costituzione pluralistica prescinde da una soggettività perfetta, da una volontà artefice, prescinde da un potere supremo.

La rigidità costituzionale, come tratto tipico di quest'esperienza, ha avuto in definitiva l'effetto di scomporre il tradizionale principio di legalità in due livelli normativi: quello proprio dello Stato di diritto liberale, espresso dalla subordinazione del potere esecutivo e del potere giurisdizionale alla legge ordinaria, e quello della legalità costituzionale, espresso dalla subordinazione del potere legislativo ai principi del dettato costituzionale. Non si tratta più dunque soltanto della non arbitrarietà come ragionevole certezza delle norme, ma c'è qualcosa in più, ci sono limiti che si impongano a tutta la legislazione, che si basano su determinati principi costituzionali e agiscono in funzione di difesa dei diritti fondamentali. Fisiologicamente questo modello rimette al centro la funzione giurisdizionale come strumento di garanzia. Il giudice è sottoposto in primo luogo alla costituzione di cui è interprete attivo, poi alla legge che applica e di cui valuta la legittimità costituzionale. Questo rapporto diretto con il testo costituzionale, non più mediato *necessariamente* dall'*interpositio legislatoris*, rende la giurisdizione una funzione costituzionale equiordinata alla legislazione.

⁵⁵ *Ivi*, p. 277. Il temperamento delle caratteristiche formali del modello di Stato di diritto nella seconda metà del ventesimo secolo a partire dalla Germania è all'origine della convergenza teorica e pratica con la prospettiva della *Rule of Law*. Ed è per questa ragione, secondo Meierhenrich, che autori come MacCormick hanno potuto accostare le due tradizioni. Cfr. J. MEIERHENRICH, *op. cit.*, p. 66.

4. Rule of Law *oltre lo Stato*

In virtù del suo carattere composito, che compendia costituzione dei poteri e costituzione dei diritti, lo Stato costituzionale di diritto ha corretto le semplificazioni legicentriche dello Stato liberale e si è anche aperto nel contempo alla dimensione dell'ordine giuridico sovranazionale, mediante la previsione della cessione di quote di sovranità. Si è dato la possibilità di regolare poteri e garantire diritti in una prospettiva collocata al di sopra degli Stati nazionali, al di fuori del principio di unità politica nella forma statale. Si pensi all'art. 11 della nostra Costituzione, che ha posto le basi per un superamento del dispositivo hobbesiano posto a fondamento dello Stato moderno. Quel dispositivo considerava politicamente e giuridicamente insostenibile la coesistenza delle parti con il tutto: il tutto nasce per dominare le parti e disinnescarne la carica eversiva. Una limitazione della sovranità nell'ambito di una costruzione politica più ampia suonava perciò come un'autoconfutazione. Lo Stato costituzionale si presenta adesso come una soggettività sovrana temperata e stabilmente collocata entro una dimensione politica più vasta e perciò più capace di garantire la pace e la giustizia tra le Nazioni, condizioni dell'accettazione delle limitazioni della sovranità. La costruzione della "costituzione europea" rappresenta un momento significativo di quest'esperienza. E in tale ambito ha acquistato spazio il ricorso al concetto di *Rule of Law* sotto la nozione di "comunità di diritto". Senza dubbio facilitato dalla sua vocazione ultrastatuale e dal profilo *jurisdiction related*, la *Rule of Law* in questa forma destatuata va a stabilirsi saldamente tra i fondamenti dell'Unione in quanto "perfetto sinonimo" di Stato di diritto, come si legge nell'art. 2 TUE, secondo cui l'Unione è basata «sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani»⁵⁶.

Il diritto dell'Unione si è sviluppato in gran parte come un diritto giurisprudenziale, nato dall'affidamento alla Corte di giustizia di una funzione nomofilattica stabilita dal Trattato di Roma. La legalità euro-

⁵⁶ Nella versione inglese Stato di diritto diventa semplicemente *Rule of Law*. Si veda in argomento R. BIN, *Rule of law e ideologie*, cit., p. 47.

pea è geneticamente diversa da quella democratica, sorta nei contesti nazionali⁵⁷. La legalità dello Stato di diritto si fondava (e si fonda) sul riconoscimento come unico potere legittimo dell'espressione diretta o indiretta della volontà del popolo sovrano. Nel diritto dell'Unione invece non c'è una legge in senso moderno, in quanto la funzione legislativa è distribuita tra diversi soggetti, e la democrazia non è intesa come responsabilità verso gli elettori, ma piuttosto come limitazione e diffusione del potere mediante relazioni di *checks and balances*. La sua legittimità si esprime in forma pluralistica (non monistica) e si radica nella relazione "premoderna" tra *jus commune* e *jura propria*. Una funzione di spicco nella comunità di diritto è svolta dalla Corte di giustizia, fulcro dell'ordinamento comunitario e delle sue istituzioni, soggette per un verso al controllo di conformità al Trattato e per altro verso ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali⁵⁸. Il principio della legalità europea, che indica il passaggio dallo Stato di diritto alla comunità di diritto, ruota intorno al controllo giurisdizionale della Corte, che offre l'interpretazione vincolante del contenuto dei Trattati e anche dei principi generali.

Gli storici delle istituzioni eurounitarie hanno distinto con chiarezza almeno due fasi di sviluppo. In una prima fase la comunità di diritto è il nucleo indefettibile della *Rule of Law*. Walter Hallstein, primo presidente della Commissione europea, scriveva che «la comunità non è dotata di alcun potere diretto di coercizione, non dispone di forze armate, né di polizia. È dotata di un'infrastruttura amministrativa limitata [...] in breve non è uno Stato: il diritto che essa crea è la sua sola forza» (discorso al Parlamento europeo del 17 giugno 1965). L'elemento deontologico fondamentale del processo di integrazione è dato dallo Stato di diritto, o meglio dalla *Rule of Law*. La *Rule of Law* si distingue dallo Stato di diritto perché manca dell'elemento della statualità e si distingue anche dal principio di legalità, perché indica con-

⁵⁷ Nell'ambito dei "diritti oltre lo Stato" rinvio per osservazioni più argomentate al mio *Saggi sullo Stato costituzionale*, cit., p. 210 ss.

⁵⁸ M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, VI, Milano, 2013, pp. 371-435, spec. p. 371 ss.; A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, 2017, spec. p. 97 ss.

formità al diritto e non alla legge. Si tratta di una legittimazione attraverso il diritto più che attraverso la sovranità democratica popolare. Come è stato tante volte evidenziato, risulta in quest'ambito recessivo il versante del costituzionalismo sociale che innerva lo Stato costituzionale democratico, a cominciare dal principio di indivisibilità dei diritti di cittadinanza (civili, politici, sociali ed economici). Il ruolo centrale, si è detto, viene svolto dalla Corte di giustizia. L'art. 19 TUE prescrive che la Corte assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione dei Trattati. Nella celebre sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts*, essa aveva dichiarato che «la Comunità economica europea è una comunità di diritto [*a Community based on the Rule of Law*] nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato»⁵⁹. L'art. 263 TFUE stabilisce il controllo della CGUE sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni e pareri nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Si pronuncia sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento, dal Consiglio o dalla Commissione. In altri termini l'art. 263 TFUE disegna un sistema completo di rimedi giurisdizionali contro qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni che sia destinato a produrre effetti giuridici. In questa prima fase prevale un principio di attivazione delle competenze nel quadro di un equilibrio istituzionale di cui la Corte cura l'articolazione verticale dei poteri tra Stati membri e la distribuzione orizzontale dei poteri tra le istituzioni europee.

In una seconda fase alla comunità di diritto tende a sostituirsi la «comunità dei diritti», fino alla cosiddetta «unione dei valori»⁶⁰. La fa-

⁵⁹ Punto 23.

⁶⁰ Cfr. B. GUASTAFERRO, *Comunità di diritto, Unione di valori e condizionalità di bilancio: l'evoluzione del principio della Rule of law nell'ordinamento euro-unitario*, in T. E. FROSINI (a cura di), *Rule of law come costituzionalismo*, Bologna, 2023, p. 100; in tema anche C. BASSU, *Rule of law: presidio democratico e patrimonio costituzionale co-*

se nuova prende forma con il Trattato di Maastricht nello sforzo di alimentare il processo di integrazione europea (in particolare, la moneta comune) e consolidare la progressiva costituzionalizzazione dell'Unione⁶¹. Il rafforzamento del piano dei valori comuni era perseguito in funzione di una tendenza all'allargamento ai nuovi Paesi dell'Est europeo, e così della formulazione di condizioni essenziali di ammissione (criteri di Copenaghen). Ciononostante l'omogeneità iniziale ne resta minata significativamente soprattutto con l'allargamento del 2004, processo necessario quanto delicato, potrebbe dirsi⁶², che, nel mettere fine a una storica frattura nel cuore dell'Europa conseguente al conflitto mondiale, si aprirà (ingenuamente?) alla prospettiva illusoria di una compattezza culturale e politica intorno al sistema della liberaldemocrazia.

Se prima della Carta di Nizza si faceva riferimento unicamente al tessuto comune di diritti fondamentali come garantiti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, l'art. 6, par. 1, TUE nella sua formulazione attuale sancisce che: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2000, adottata a Strasburgo nel 2007, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati». Lo stesso articolo al par. 2 ribadisce che: «L'Unione aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; per concludere al par. 3 che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Il punto di arrivo è dato dal già ricordato testo “architettonico” dell'art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori 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

mune, in T. E. FROSINI (a cura di), *op. cit.*, pp. 127-139. Sul tema cfr, anche A. CIRCOLO, *Il valore dello Stato di diritto nell'Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela*, Napoli, 2023.

⁶¹ B. GUASTAFERRO, *op. cit.*, p. 100.

⁶² C. MARTINELLI, *La Rule of Law come limite al potere nelle trasformazioni della Costituzione inglese*, in T.E. FROSINI (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio del 2019, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Il contesto attuale e possibili nuove iniziative* dichiara che nel concetto di Stato di diritto rientra una pluralità di principi; questi, sul piano più strettamente normativo, sono ulteriormente ribaditi nell'art. 2 del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Questo articolo, nel definire lo Stato di diritto, dichiara che «in esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge»⁶³.

All'esito dei processi di allargamento di cui si è detto, lo scenario presente, come è noto, è tutt'altro che omogeneo dal punto di vista interno all'Unione, data la presenza crescente di movimenti politici e orientamenti culturali tesi a contestare la funzione fondamentale della *Rule of Law* per le democrazie, come testimoniato dalle esperienze della Polonia e dell'Ungheria, ispirate alle cosiddette “democrazie illiberali”⁶⁴. Questo quadro ha determinato la reazione delle istituzioni poli-

⁶³ Sul tema U. VILLANI, *La Rule of law nel diritto europeo e internazionale e il dovere di coerenza*, in *Archivio giuridico*, vol. IV, n. 1, 2025, pp. 911-925. In particolare si osserva che «Il concetto, in altri termini, viene a svilupparsi e ad arricchirsi di una pluralità di elementi, o di requisiti, che non sono più soddisfatti dalla semplice subordinazione alla legge, ma richiedono ulteriori impegni e, potrebbe dirsi, date “qualità” della stessa legge» (p. 912).

⁶⁴ G. AMATO, B. BARBISAN, C. PINELLI (eds.), *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Oxford, 2021; L. THIO, *Constitutionalism in Illiberal Politics*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012.

tiche e della Corte di giustizia, che ha prodotto una consistente e importante giurisprudenza in materia accompagnata da un ampio dibattito dottrinale⁶⁵. La Corte di giustizia ha chiarito che i valori di cui all'art. 2 non costituiscono una «mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica», ma costituiscono dei veri e propri «principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri»⁶⁶ e che «richiedono la conformità ad essi dell'ordinamento giuridico nazionale»⁶⁷. Difatti, secondo la Corte, «pur disponendo di identità nazionali distinte, [...] che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di “Stato di diritto” che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo»⁶⁸. A fronte delle difficoltà di applicazione delle procedure dell'art. 7 TUE per i casi di violazione dell'art. 2 TUE, proprio la Corte di giustizia ha svolto un ruolo propulsivo sia in sede di procedimento di infrazione sia mediante il rinvio pregiudiziale attivato dai giudici nazionali.

In questo ambito, nel quadro di un'ampia giurisprudenza che ha significativamente contribuito a delineare il contenuto dei valori comuni e della stessa nozione di Stato di diritto, merita segnalare la sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP). A prescindere dal merito della decisione⁶⁹ qui la Corte ha sostenuto che qualora un giudice nazionale ritenga

⁶⁵ P. MORI, *Appartenenza all'Unione europea e valori fondamentali comuni*, in questa *Rivista*, n. 2, 2025, pp. 1-18, spec. p. 5 a cui si rimanda anche per i ragguagli su giurisprudenza e dottrina.

⁶⁶ Corte giust. 5 giugno 2023, C-204/21, *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), punto 67.

⁶⁷ Corte giust. 16 febbraio 2023, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, punto 232.

⁶⁸ *Commissione/Polonia* (Indépendance et vie privée des juges), sopra citata, punti 72-74.

⁶⁹ Il caso riguardava un ricorso amministrativo speciale proposto dinanzi alla Corte amministrativa suprema portoghese dall' *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* per conto dei membri del Tribunal de Contas (Corte dei Conti) al fine di ottenere l'annullamento degli atti amministrativi di trattamento delle retribuzioni, adottati in base alla n. 75/1014, che avevano stabilito la riduzione temporanea delle retribuzioni dei giudici e la modifica delle condizioni di reversibilità giustificandole con esigenze imperative di riduzione del disavanzo di bilancio della Stato portoghese. La sentenza

che una misura nazionale contrasti con il valore dello Stato di diritto, come delineato dall'art. 19 TUE, può sollevare una questione pregiudiziale interpretativa dinanzi a essa. In altri termini la Corte ha opportunamente concentrato la sua attenzione sulla natura e sul contenuto dell'obbligo degli Stati membri di assicurare il rispetto della *Rule of Law* attraverso la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti derivanti dal diritto dell'UE, «andando oltre alla “tradizionale” interpretazione dell'art. 19 TUE»⁷⁰. Nella sentenza ASJP l'art. 19 par. 1, secondo comma, TUE (“Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”) è messo in collegamento diretto con l'art. 2 TUE⁷¹, senza separare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva dal diritto ad avere un giudice indipendente e imparziale e considerando l'obbligo in capo ai giudici degli Stati membri di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19 TUE come inclusivo di elementi procedurali ed elementi sostanziali come l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici. La Corte ha affermato così che «l'articolo 19 TUE [...] concretizza il valore dello Stato di diritto affermato dall'articolo 2 TUE»⁷², riconoscendo in definitiva che «l'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo atto ad assicurare il rispetto del diritto dell'UE è intrinseca ad uno Stato di diritto»⁷³. Cosicché, nell'apprestare una tutela giurisdizionale effettiva ai cittadini

stabilisce che l'art. 19, par. 1, secondo comma TUE deve essere interpretato nel senso che il principio dell'indipendenza dei giudici non osta all'applicazione ai membri del Tribunal de Contas di misure generali di riduzione salariale, come quelle stabilite dalla legge portoghese.

⁷⁰ M. PARODI, *Il controllo della Corte di Giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *EP*, vol. 3, 2018, pp. 985-992, spec. p. 988.

⁷¹ L'argomentazione della Corte si distingue da quella dell'Avvocato generale, che invece non ravvisa nell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE un principio generale di garanzia dell'indipendenza degli organi giurisdizionali degli Stati membri e che, richiamando l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, tiene distinti il dovere di tutela giurisdizionale effettiva dal principio di indipendenza dei giudici.

⁷² *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, sopra citata, punto 32.

⁷³ *Ivi*, par. 36.

entro i rispettivi sistemi i giudici nazionali, assicurano altresì il rispetto della *Rule of Law*.

In conclusione, sembra di poter dire che su questo terreno del sistema giurisdizionale integrato si misurerà in modo significativo la tenuta della coesione europea. Si misurerà sulla capacità di far valere i vincoli istituzionali contro le derive autoritarie di alcuni Stati membri, ma, più in generale, sulla capacità di consolidare il patrimonio ideale della *Rule of Law* come presidio delle democrazie di fronte a concezioni alternative di tipo “populistico”, e anche di fronteggiare le sfide dell’agenda politica, che oggi si presentano alle democrazie stabilizzate e rispetto alle quali queste possono apparire deboli, inefficienti, persino decadenti.

ABSTRACT (ita)

Il testo esamina il concetto di “Rule of Law” nel contesto del costituzionalismo europeo, evidenziandone la complessità e l’importanza identitaria per l’Unione europea. L’autore ripercorre l’evoluzione storica della “Rule of Law”, distinguendo la sua origine pre-statale anglosassone, incentrata sulla *jurisdictio* e sulla limitazione del potere attraverso il diritto giurisprudenziale, dalle successive interpretazioni “nello Stato”. In questa seconda fase, con l’avvento dello Stato legislativo, la “Rule of Law” si identifica con il principio di legalità e l’autolimitazione del potere sovrano lungo una direzione che va da Hobbes a Kelsen. Successivamente, con lo Stato costituzionale del Novecento, si assiste a un rinnovato legame con la “Rule of Law” grazie alla rigidità costituzionale e alla tutela dei diritti fondamentali, che ripristinano l’equilibrio tra *gubernaculum* e *jurisdictio*. Infine, l’analisi si estende alla “Rule of Law” oltre lo Stato, nel contesto dell’Unione Europea, dove essa assume la forma di “comunità di diritto”, basata sul controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia e sulla condivisione di valori fondamentali, che oggi sembrano esposti alle sfide poste dalle “democrazie illiberali” contemporanee.

ABSTRACT (eng)

The text examines the concept of ‘Rule of Law’ within the context of European constitutionalism, highlighting its complexity and its identity-forming

importance for the European Union. The author traces the historical evolution of the 'Rule of Law', distinguishing its pre-state Anglo-Saxon origin, centered on *jurisdictio* and the limitation of power through jurisprudential law, from subsequent interpretations 'within the State'. In this second phase, with the advent of the legislative state, the 'Rule of Law' identifies with the principle of legality and the self-limitation of sovereign power, following a trajectory from Hobbes to Kelsen. Subsequently, with the 20th-century constitutional state, a renewed connection with the 'Rule of Law' is observed, thanks to constitutional rigidity and the protection of fundamental rights, which restore the balance between *gubernaculum* and *jurisdictio*. Finally, the analysis extends to the 'Rule of Law' beyond the State, in the context of the European Union, where it takes the form of a 'community of law', based on the judicial review of the Court of Justice and the sharing of fundamental values, which today appear exposed to the challenges posed by contemporary 'illiberal democracies'.

INTERLUDIO TRA *LIN* E *LIN II*: RIFLESSIONI SU TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA*

Alessandro Rosanò**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritti fondamentali *vs* interessi finanziari dell'Unione: cenni giurisprudenziali. – 2.1. Diritti fondamentali *vs* interessi finanziari dell'Unione: il caso dell'istituto della prescrizione dei reati. – 3. La causa *Lin*: il rinvio pregiudiziale e le conclusioni dell'Avvocato generale. – 3.1. La causa *Lin*: la sentenza della Corte di giustizia. – 4. La causa *Lin II*. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel corso degli anni, l'esigenza di assicurare tutela agli interessi finanziari dell'Unione europea ha condotto a sviluppi significativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Può pensarsi alla sentenza *Amsterdam Bulb* del 1977, con la quale si affermò che il principio di leale cooperazione, obbligando gli Stati membri ad assumere tutte le misure idonee a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni europee, conferisce a ciascuno di essi la facoltà di determinare i provvedimenti idonei, comprese sanzioni di natura penale¹. Nel 1989, nella causa *Commissione/Grecia* – passata alla storia come il

* Il presente scritto è la rielaborazione della relazione presentata alla conferenza “Protezione dell'interesse finanziario UE attraverso la recente giurisprudenza della Corte di giustizia”, tenutasi a Teramo il 15 maggio 2025, nell'ambito della JM Chair “DECrim” – Deepening European Criminal Justice (Grant Agreement (GA) – 101127336), co-funded by the EU ERASMUS 2027 programme, under the European Union Jean Monnet Chair Programme Section (ERASMUS-JMO-2023-CHAIR).

** Ricercatore *Tenure Track* in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Parma, Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027.

¹ Corte giust. 2 febbraio 1977, 50/76, *Amsterdam Bulb BV/Produktschap voor siergewassen*, punto 32.

caso del mais greco, i giudici di Lussemburgo aggiunsero che, pur conservando libertà di scelta quanto alla reazione da definire e applicare, gli Stati membro devono assicurare che le violazioni del diritto sovranazionale siano represses in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che le sanzioni adottate a tal fine devono essere effettive, proporzionate e dissuasive². Tale impostazione è stata poi mantenuta³ e la Corte è giunta a riconoscere che la tutela degli interessi finanziari dell'Unione costituisce un obiettivo del processo di integrazione⁴.

In ragione di ciò, nonché dell'accresciuta importanza che tale finalità ha assunto nel diritto primario e derivato⁵, può affermarsi che il tema è di fondamentale importanza.

² Corte giust. 21 settembre 1989, 68/88, *Commissione/Grecia*, punto 24. Come condivisibilmente rilevato, «it is important to bear in mind that the criminal protection of the EU's financial interests was initially delegated to the sanctioning resources of the Member States, as affirmed – before the European legislator – by the Court of Justice in the Greek Maize case. This is because Member States have traditionally responded with strict and effective criminal laws to offences against their own national public administrations» (A. SANDULLI, A. NATO, *EU Financial Interests Within the Financialisation Process of the European Legal Order*, in *EP*, n. 3, 2024, p. 1087).

³ Per esempio, Corte giust. 8 luglio 1999, C-186/98, *Nunes e de Matos*, punto 10; 17 luglio 2008, C-132/06, *Commissione/Italia*, punti 37 e 46; 28 ottobre 2010, C-367/09, *SGS Belgium e a.*, punti 40-42.

⁴ Corte giust. 18 novembre 1999, C-209/97, *Commissione/Consiglio*, punto 29.

⁵ Come è stato detto, «safeguarding the EU's financial interests will become even more central than it already is, as well as an important means of harmonising and reinforcing European integration» (A. SANDULLI, E. TATÌ, A. NATO, *Introduction to the Special Section: The Shape-Shifting Definition of the EU's Financial Interest and its Protection in Contemporary Europe*, in *EP*, n. 3, 2024, p. 1063). Si consideri che, ai sensi dell'art. 83, par. 1, TFUE, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale, tra le quali rientrano il riciclaggio di denaro, la corruzione e la contraffazione dei mezzi di pagamento. Ai sensi del successivo par. 2, allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Proprio tale previsione, in ragione del fatto che nell'ambito in questione era già intervenuto il regola-

Tuttavia, a partire quanto meno dalla sentenza *Åkerberg Fransson*, la Corte di giustizia ha avuto modo di porre in evidenza che gli Stati membri, nell'ottemperare agli obblighi connessi alla salvaguardia degli interessi finanziari dell'Unione, devono altresì rispettare i diritti dell'individuo, coerentemente a quanto disposto dall'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali⁶, ai sensi del quale le disposizioni

mento (CE, Euratom) n. 2988/95 (e si ricorda altresì la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995), ha offerto la base giuridica per l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. Ulteriormente, l'art. 86, par. 1, TFUE lega l'istituzione della Procura europea alla necessità di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Infine, l'art. 325 TFUE è interamente dedicato alla lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e, oltre a confermare quanto risultante dalla sentenza sul caso del mais greco (parr. 1 e 2), stabilisce che gli Stati membri devono coordinare l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode organizzando una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti (par. 3) e che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (par. 4). Per una prima ricognizione a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si vedano L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, 2014; A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, 2018; M. KAIKAF-GBANDI, *The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 12, 2018, p. 575 ss.; L. PICOTTI, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona: la direttiva PIF nel contesto di una riforma "di sistema"*, in G. GRASSO ET AL. (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Pisa, 2018, p. 17 ss.; M. SIMONATO, A. TASHUKOV, *Protection of the Financial Interests of the EU*, in M. SCHOLTEN (ed.), *Research Handbook on the Enforcement of EU Law*, Cheltenham, 2023, p. 509 ss.

⁶ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 27. Per un commento alla sentenza, E. HANCOX, *The meaning of "implementing" EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *CMLR*, n. 5, 2013, p. 1411 ss.; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RDI*, n. 3, 2013, p. 883 ss.; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg*

della stessa si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà e agli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione.

Successivamente, è emersa in più casi portati all'attenzione della Corte del Kirchberg una tensione, variamente declinata, tra tutela dei diritti e tutela degli interessi finanziari e a essa si è accompagnata la necessità di raggiungere un bilanciamento tra le due. Tra l'altro, il tema è risultato centrale nella sentenza *Lin* del 2023, nella quale sono state affrontate questioni che attengono alla disciplina rumena della prescrizione dei reati, alle conseguenze che possono scaturire da tale istituto in termini di rischio sistemico di impunità e all'applicazione del principio della retroattività della legge penale più favorevole (o principio della *lex mitior*). A questa pronuncia si ricollega un altro rinvio pregiudiziale (causa *Lin II*), depositato in Corte il 10 aprile 2025, con cui si chiede ai giudici di Lussemburgo di chiarire ulteriori profili inerenti a prescrizione, interessi finanziari e *lex mitior*.

Pertanto, nel presente scritto, si intende offrire in primo luogo una panoramica quanto agli orientamenti assunti dalla Corte di giustizia circa le problematiche afferenti al possibile contrasto tra tutela dei diritti fondamentali e protezione degli interessi finanziari dell'Unione (par. 2) e, in particolare, nel caso della prescrizione dei reati come emerge dalle sentenze *Taricco* e *M.A.S. e M.B.* (par. 2.1). In seguito, viene illustrata la causa *Lin*, soffermandosi sulle conclusioni dell'Avvocato generale (par. 3) e sulla decisione della Corte (par. 3.1). Successivamente, si prende in considerazione il rinvio pregiudiziale relativo a *Lin II* (par. 4) per poi svolgere alcune considerazioni critiche circa il ragionamento della Corte in *Lin* e alla possibilità che determinate questioni, lì rimaste inevase, vengano affrontate in *Lin II* (par. 5). Le conclusioni riassumono l'analisi svolta in questa sede (par. 6).

Fransson, in *DUE*, n. 2, 2013 p. 229 ss.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *ELR*, n. 6, 2013, p. 866 ss.

2. *Diritti fondamentali vs interessi finanziari dell'Unione: cenni giurisprudenziali*

Si è già detto che nella sentenza *Åkerberg Fransson* la Corte di giustizia ha evidenziato che la tutela degli interessi finanziari dell'Unione deve procedere di pari passo con il rispetto dei diritti fondamentali. In quell'occasione, i giudici di Lussemburgo hanno aggiunto che, nell'ipotesi in cui l'operato degli Stati membri non sia interamente determinato dal diritto dell'Unione, rimane permesso alle competenti autorità statali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti, purché ciò non comprometta né il livello di protezione previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte medesima, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

In anni recenti si sono registrati numerosi casi in cui le ragioni sottese alla protezione degli interessi finanziari hanno sollevato questioni con riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e i giudici del Kirchberg, aditi tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale, hanno cercato di fornire una guida per bilanciare le due esigenze quando confliggenti. Si ritiene pertanto opportuno offrire una panoramica relativamente alle fattispecie di maggiore interesse⁷.

Nella causa *WebMindLicenses* fu chiesto alla Corte di chiarire se il diritto dell'Unione ostasse a che un'amministrazione tributaria, per verificare la sussistenza di una pratica abusiva in materia di IVA, potesse ricorrere a prove ottenute in un procedimento penale parallelo non ancora conclusosi, all'insaputa del soggetto passivo, attraverso, per esempio, intercettazioni di telecomunicazioni e sequestri di e-mail. Fermo il fatto che la verifica della sussistenza degli elementi di una

⁷ *En passant*, il tema è presente anche in Corte giust. 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*, punti 20-21, ove la Corte ha affermato che, per assicurare la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare così gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta quanto alle sanzioni applicabili, che possono essere amministrative, penali o una combinazione di entrambe. Sanzioni amministrative inflitte dalle autorità tributarie nazionali e procedimenti penali avviati per reati in materia di IVA costituiscono un'attuazione del diritto dell'Unione rilevante e dunque, in forza dell'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, devono rispettare il diritto al *ne bis in idem* garantito all'art. 50 della Carta medesima.

pratica abusiva deve essere condotta sulla base della disciplina nazionale sull'onere della prova, la Corte affermò che un accertamento dell'IVA a seguito della constatazione di una pratica abusiva costituisce attuazione del diritto dell'Unione. Si ricade così nell'ipotesi prospettata dall'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali. La conseguenza è che si applicano gli standard di tutela derivanti da quest'ultima e che l'amministrazione tributaria può fare ricorso a quelle prove, purché ciò avvenga nel rispetto dei suddetti standard⁸. Posto che l'art. 7 della Carta, dedicato al rispetto della vita privata e familiare, corrisponde all'art. 8 CEDU, coerentemente a quanto disposto dall'art. 52, par. 3, della Carta medesima bisogna attribuire all'art. 7 lo stesso significato e la stessa portata che sono conferiti all'art. 8 CEDU, tenendo conto dell'interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)⁹. Ne deriva che limitazioni al diritto al rispetto della vita privata e familiare come quelle scaturenti da intercettazioni di telecomunicazioni e sequestri di e-mail sono ammissibili solamente se previste dalla legge e se, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione¹⁰.

In *Kolev* il tema principale riguardava la compatibilità della disciplina bulgara dell'epoca sull'archiviazione dei procedimenti penali con l'art. 325 TFUE sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Il codice di procedura penale bulgaro prevedeva che, se la fase delle indagini preliminari non si fosse conclusa entro due anni a decorrere dall'accusa, l'indagato avrebbe potuto domandare al giudice di rinviare la causa al pubblico ministero, fissando un termine di tre mesi per concludere le indagini e chiedere, appunto, l'archiviazione o il rinvio a giudizio. Se avesse optato per il rinvio a giudizio, il pubblico ministero avrebbe avuto a disposizione altri quindici giorni per formulare l'imputazione. Nell'ipotesi di mancato rispetto di tale termine, il giudice avrebbe dovuto avocare la causa e archiviare. In caso contrario, il giudice avrebbe esaminato la regolarità del procedimento, accertando in particolare la mancata violazione di forme sostanziali. Se avesse ri-

⁸ Corte giust. 17 dicembre 2015, C-419/14, *WebMindLicenses*, punti 65-68.

⁹ *Ivi*, punti 70-72.

¹⁰ *Ivi*, punto 73.

tenuto che le violazioni si fossero verificate, la causa sarebbe stata rinviata nuovamente al pubblico ministero, che avrebbe dovuto provvedere a sanare i vizi entro un mese. Qualora questi non avesse rispettato il termine, non avesse sanato le violazioni o ne avesse commesse altre, il giudice avrebbe dovuto archiviare, senza potere né porre rimedio alle violazioni, né esaminare la causa nel merito. La decisione di archiviazione avrebbe potuto essere impugnata, salvi casi eccezionali, tra i quali però non rientravano fattispecie riferibili alla complessità del caso o alle manovre dilatorie della difesa¹¹. Secondo la Corte, ciò avrebbe potuto ostacolare l'effettività dell'azione penale e la repressione di attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione¹². Pertanto, il legislatore nazionale avrebbe dovuto assumere le misure necessarie, eventualmente modificando il codice di procedura penale, garantendo che il regime applicabile al perseguimento dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione non comportasse un rischio sistemico di impunità¹³. In attesa di tale riforma, l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto interpretare la normativa vigente alla luce dell'art. 325 TFUE o disapplicarla, assicurandosi però del fatto che i diritti fondamentali fossero rispettati e, in particolare, stabilendo se il diritto degli interessati a vedere esaminata la loro causa entro un termine ragionevole fosse rispettato e determinando le misure concrete da adottare per garantire il rispetto di tale diritto¹⁴. Quanto alla ragionevole durata della vicenda processuale, la Corte mise in rilievo che «il giudice del rinvio non può disporre l'archiviazione del procedimento penale (...) per il solo motivo che tale archiviazione costituirebbe, come asserito, la soluzione più favorevole per gli imputati per quanto riguarda il diritto di questi ultimi a che la loro causa sia esaminata entro un termine ragionevole e il loro diritto di difesa. Infatti, è consentito ai giudici nazionali applicare standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, ma a condizione che tale

¹¹ Corte giust. 5 giugno 2018, C-612/15, *Kolev*, punti 20-21, 61-62. La disciplina è stata in seguito modificata, con la conseguenza che il giudice non può più disporre l'archiviazione del procedimento penale, ma solamente deciderne l'accelerazione (punto 23).

¹² *Ivi*, punto 63.

¹³ *Ivi*, punto 65.

¹⁴ *Ivi*, punti 66-68, 73-74.

applicazione non comprometta, segnatamente, il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»¹⁵.

In *Dzivev* il rinvio proposto derivava da un procedimento penale promosso in Bulgaria nei confronti di più persone, accusate di avere commesso reati in materia fiscale. Nel corso delle indagini preliminari, un giudice non competente aveva concesso autorizzazioni a eseguire intercettazioni telefoniche e perciò veniva chiesto ai giudici di Lussemburgo se il diritto dell'Unione europea ostasse all'applicazione di una norma nazionale ai sensi della quale devono essere esclusi da un procedimento penale elementi di prova che richiedono un'autorizzazione giudiziaria, se l'autorizzazione era stata concessa da un'autorità giudiziaria mancante di competenza¹⁶. In questo caso, la Corte rispose sottolineando che la lotta contro la frode e le altre attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione deve sempre essere condotta nel rispetto del principio di legalità e del valore dello Stato di diritto¹⁷. Ciò implica che il potere repressivo non possa essere esercitato al di fuori dei limiti legali entro cui un'autorità giudiziaria può agire¹⁸.

In seguito, in *Úrad špeciálnej prokuratúry* la Corte fu chiamata a esprimersi con riferimento al caso di un diritto nazionale (nella fattispecie, quello slovacco) che, come interpretato dalla Corte suprema, non permetteva a enti statali di costituirsi quali parti danneggiate in procedimenti penali per reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. A opinione della Corte, questo non si sarebbe posto in contrasto con il diritto dell'Unione, purché la normativa di diritto interno avesse previsto procedimenti efficaci per consentire il recupero dei contributi del bilancio dell'Unione europea indebitamente percepiti. Tale circostanza avrebbe dovuto essere verificata dal giudice del rinvio¹⁹.

Infine, in *Ministerul Lucrărilor Publice* fu chiesto alla Corte di chiarire la nozione di frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione.

¹⁵ *Ivi*, punto 75.

¹⁶ Corte giust. 17 gennaio 2019, C-310/16, *Dzivev*, punti 14-16, 23.

¹⁷ *Ivi*, punto 34.

¹⁸ *Ivi*, punto 35.

¹⁹ Corte giust. 1° ottobre 2019, C-603/19, *Úrad špeciálnej prokuratúry*, punti 51-60.

Infatti, nella causa di merito, relativa a un progetto turistico cofinanziato da fondi europei, in cui pareva che il beneficiario, al fine di evitare rettifiche finanziarie, avesse presentato dopo la conclusione del progetto documenti falsi o inesatti per dimostrare il rispetto degli obblighi di sostenibilità (per esempio, distribuzione di materiale promozionale), era emerso il dubbio se il concetto in questione comprendesse anche l'indebita ritenzione di fondi (connessa, appunto, alla fase successiva alla realizzazione del progetto), oltre che l'indebita percezione (attinente alla fase dell'esecuzione del progetto)²⁰. Secondo la Corte, fermo il fatto che, in forza del principio di interpretazione conforme, spetta al giudice del rinvio valutare se il diritto nazionale possa essere interpretato in un senso o nell'altro, l'art. 325 TFUE pone in capo agli Stati membri un obbligo di risultato preciso per quanto riguarda l'adozione di misure dissuasive, effettive ed equivalenti a quelle utilizzate per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari. Tale obbligo non è accompagnato da nessuna condizione. In forza del principio del primato del diritto dell'Unione, la suddetta disposizione ha quindi l'effetto, nei suoi rapporti con il diritto interno, di rendere *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente²¹. Da ciò deriva che è incompatibile con il diritto dell'Unione qualsivoglia interpretazione del diritto nazionale in base alla quale le dichiarazioni che possono essere qualificate come frode, ai sensi del diritto dell'Unione, possano essere perseguite solo quando si sono verificate in occasione dell'esecuzione del progetto e non successivamente²². Tuttavia, il giudice del rinvio deve vigilare affinché i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati ed evitare che a questi ultimi siano inflitte sanzioni alle quali si sarebbero sottratti se le disposizioni di diritto interno fossero state applicate. Di conseguenza, qualora dovesse giungere alla conclusione che un'interpretazione conforme delle disposizioni nazionali contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, il giudice non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo e ciò varrebbe persino qualora il rispetto del medesimo con-

²⁰ Corte giust. 14 ottobre 2021, C-360/20, *Ministerul Lucrărilor Publice*, punti 10-20.

²¹ *Ivi*, punti 34-36.

²² *Ivi*, punto 37.

sentisse di rimediare a una situazione interna incompatibile con il diritto dell'Unione. In un caso del genere, spetta al legislatore nazionale adottare le misure necessarie²³.

2.1. Diritti fondamentali vs interessi finanziari dell'Unione: il caso dell'istituto della prescrizione dei reati

Alla luce della panoramica offerta nel paragrafo precedente, può affermarsi con sicurezza che il tema del rapporto tra tutela dei diritti fondamentali e tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea è ampiamente presente nella giurisprudenza di Lussemburgo e che la questione di fondo che la Corte ha dovuto affrontare e risolvere ha riguardato l'identificazione di percorsi interpretativi idonei a permettere ai giudici nazionali di realizzare un bilanciamento e, dunque, di conseguire un equilibrio tra le ragioni dell'una e dell'altra, fermi casi particolarissimi, come quello affrontato in *Dzivev*, in cui le autorizzazioni date da un giudice manifestamente incompetente esulavano dal perimetro dello Stato di diritto.

In questo contesto si inserisce la nota saga *Taricco*, ampiamente analizzata dalla dottrina²⁴. Ai fini del presente scritto, si intende ri-

²³ *Ivi*, punti 38-39.

²⁴ Tra i molteplici commenti e interventi, si vedano almeno M. TIMMERMAN, *Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco*, in CMLR, n. 3, 2016, p. 779 ss.; A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in DUE, n. 2, 2017, p. 249 ss.; P. MORI, *La Corte costituzionale chiede alla Corte di giustizia di rivedere la sentenza Taricco: difesa dei controlimiti o rifiuto delle limitazioni di sovranità in materia penale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 2, 2017, p. 407 ss.; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018; ID., *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in DUE, n. 1, 2018, p. 153 ss.; C. RAUCHEGGER, *National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.*, in CMLR, n. 5, 2018, p. 1521 ss.; N. LAZZERINI, *Il rapporto tra primato del diritto dell'Unione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali nella sentenza Taricco-bis: buona la seconda?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1, 2018, p. 234 ss.; D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.*, in QC, n. 1, 2018, p. 228 ss.; F. VIGANÒ, *Melloni Overruled? Considerations on the "Taricco II" Judgment*

chiamare i passaggi salienti delle due sentenze rese dalla Corte di giustizia quanto all'istituto della prescrizione dei reati, rilevante altresì nelle cause *Lin* e *Lin II*.

In *Taricco* i giudici del Kirchberg sostennero che una disciplina nazionale è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325 TFUE se impedisce di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o se prevede, per casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli stabiliti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. Il giudice nazionale deve verificare tali circostanze ed è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325 TFUE, eventualmente disapplicando le disposizioni di diritto interno che impediscono allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi in questione²⁵. Ciò deriva dal principio del primato, che rende inapplicabili disposizioni nazionali contrastanti con l'art. 325 TFUE²⁶. Il giudice deve comunque verificare che i diritti fondamentali dei soggetti interessati siano rispettati, visto che questi ultimi potrebbero essere sottoposti a sanzioni alle quali si sottrarrebbero nel caso in cui fosse applicato quanto prescritto dal diritto interno²⁷.

A tal proposito è necessario prestare attenzione al rispetto dovuto nei confronti del principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, il quale prescrive, tra l'altro, che nessuno possa essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale²⁸. Sul punto, però, la Corte rimarcava che, con riserva di verifica da parte del giudice di diritto interno, «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non ab-

of the Court of Justice, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2018, p. 18 ss.; G. PICCIRILLI, *The "Taricco Saga": the Italian Constitutional Court Continues its European Journey*, in *ECLR*, n. 4, 2018, p. 814 ss.

²⁵ Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, punto 58.

²⁶ *Ivi*, punto 52.

²⁷ *Ivi*, punto 53.

²⁸ *Ivi*, punto 54.

breviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana» e che quindi la disapplicazione non avrebbe violato i diritti degli imputati, posto che la garanzia *ex art. 49* della Carta non copre l'istituto della prescrizione dei reati²⁹.

Successivamente, la Corte di giustizia fu invitata dalla Corte costituzionale italiana a riconsiderare la propria posizione, in ragione di una peculiarità dell'ordinamento interno, nel quale si ritiene che l'istituto della prescrizione dei reati rientri nell'ambito di applicazione del principio di legalità in materia penale³⁰. Per questo, la Corte di Lussemburgo arrivò a stemperare il proprio approccio, affermando che, in generale, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare disposizioni interne sulla prescrizione che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedono, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli individuati per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che la disapplicazione comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un

²⁹ *Ivi*, punti 55-57. Al riguardo, si considerino anche le conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 30 aprile 2015, C-105/14, *Taricco*, par. 115, ove si legge, *inter alia*, che «in un caso come quello in esame non si deve però temere un conflitto con il principio della legalità delle pene. Tale principio, infatti, si limita ad esigere, sotto il profilo di diritto sostanziale, che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Le norme sulla prescrizione, tuttavia, nulla dicono in relazione alla punibilità di una condotta né alla misura della pena, bensì si pronunciano unicamente sulla perseguibilità di un reato, non ricadendo pertanto assolutamente nell'ambito di applicazione della regola *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Per lo stesso motivo, neanche il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite [...] si applica alle questioni concernenti la prescrizione».

³⁰ Corte cost. ord. 26 gennaio 2017, n. 24.

regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato³¹.

3. La causa Lin: il rinvio pregiudiziale e le conclusioni dell'Avvocato generale

Nella causa *Lin*, il rinvio pregiudiziale è stato formulato dalla Corte d'appello di Braşov, in Romania, nell'ambito di un procedimento per ricorso straordinario d'annullamento proposto avverso una sentenza definitiva con la quale la medesima Corte aveva condannato i ricorrenti a una pena detentiva per i reati di evasione fiscale e di costituzione di un'organizzazione criminale e a un risarcimento danni, comprendente anche l'IVA. Alla base del ricorso straordinario stava la convinzione dei ricorrenti che, al tempo della condanna, fosse già sopravvenuta una causa di estinzione del procedimento in ragione del decorso del termine di prescrizione. Tale convinzione riposava su un orientamento della Corte costituzionale rumena che, con la decisione n. 297 del 26 aprile 2018, aveva dichiarato incostituzionale l'art. 155, par. 1, del codice penale, ai sensi del quale il compimento di qualsiasi atto processuale nella causa era idoneo a interrompere il decorso della prescrizione. Secondo la Corte costituzionale si poneva una questione quanto alla prevedibilità degli effetti scaturenti dalla suddetta previsione. Infatti, in mancanza di notifica dell'atto processuale, l'indagato o l'imputato non avrebbe potuto venire a conoscenza del fatto che il termine prescrizione era stato interrotto, con evidente lesione del principio di legalità. In seguito, con la decisione n. 358 del 26 maggio 2022, la medesima Corte chiariva che, con la propria precedente declaratoria di incostituzionalità, non aveva inteso sostenere e ammettere che tutti gli atti che vengono notificati all'indagato o all'imputato o tutti gli atti che comportano la partecipazione dell'indagato o dell'imputato fossero idonei a interrompere il corso della prescrizione, dato che tale scelta sarebbe spettata esclusivamente al legislatore. Con la decisione n. 67 del 25 ottobre 2022, l'Alta Corte di cassazione e giustizia metteva in rilievo tre aspetti. *In primis*, chiariva che nell'or-

³¹ Corte giust. 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, punto 62.

dinamento interno le norme sull'interruzione della prescrizione fanno parte del diritto penale sostanziale e, dunque, sono soggette al principio della *lex mitior*, riconosciuto dall'art. 15, par. 2, della Costituzione rumena e dall'art. 5 del codice penale nazionale. Ulteriormente, sottolineava che, nel periodo compreso tra il 25 giugno 2018 (data di pubblicazione della decisione n. 297 della Corte costituzionale) e il successivo intervento operato con decreto d'urgenza del governo del 30 maggio 2022 per stabilire che il corso del termine di prescrizione della responsabilità penale è interrotto dal compimento di qualsiasi atto processuale nella causa che, per legge, debba essere notificato all'indagato o all'imputato, l'ordinamento rumeno non aveva contemplato alcuna causa di interruzione della prescrizione della responsabilità penale. Infine, evidenziava che un giudice eventualmente adito con un ricorso straordinario di annullamento, basato sugli effetti delle decisioni n. 297 e n. 358, non avrebbe potuto riesaminare la prescrizione della responsabilità penale nel caso in cui il giudice d'appello, prima della sentenza n. 358, avesse fatto interloquire le parti e valutato l'incidenza di tale causa di estinzione del procedimento penale nel corso del processo³².

In precedenza, però, i tribunali ordinari rumeni avevano interpretato la decisione n. 297 ritenendo che la portata dell'art. 155, par. 1, del codice penale andasse ristretta e quindi reputando che il termine di prescrizione venisse interrotto da atti che avrebbero dovuto essere comunicati all'indagato o all'imputato. Due delle tre questioni pregiudiziali rimesse alla Corte di giustizia nella causa *Lin* erano pertanto funzionali a comprendere se il sistema nazionale di prescrizione della responsabilità penale fosse compatibile con il diritto dell'Unione visto che, a seguito degli interventi della Corte costituzionale rumena, esso non aveva previsto per un periodo di tempo la possibilità di interrompere i termini di prescrizione, generando così un problema di impunità rispetto a comportamenti criminali lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea. La terza questione riguardava la compatibilità con il diritto dell'Unione di una disciplina nazionale che prevede la re-

³² Per questa ricostruzione si veda causa C-107/23, Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia, 22 febbraio 2023, disponibile *online*.

sponsabilità disciplinare dei magistrati ove essi disapplichino la giurisprudenza di una Corte costituzionale o di un organo giurisdizionale supremo se ritengono che essa contrasti con il diritto dell'Unione³³.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Sánchez-Bordona ha riassunto le prime due questioni pregiudiziali ritenendo che tramite esse il giudice del rinvio abbia chiesto alla Corte di stabilire se l'art. 325, par. 1, TFUE, in combinato disposto *inter alia* con la decisione 2006/928 istitutiva del meccanismo di cooperazione e verifica (MCV) nei confronti della Romania³⁴ e con l'art. 49 della Carta dei diritti fon-

³³ *Ibidem*.

³⁴ Come noto, il caso della Bulgaria e della Romania rispetto al loro ingresso nell'Unione fu peculiare, visto che esse avrebbero dovuto aderire nel 2004 in occasione del grande allargamento a Est ma, per ragioni connesse alla lentezza del processo di riforma condotto nei due Stati, soprattutto quanto ai settori giudiziario e amministrativo, si preferì rinviare al 2007 (Consiglio europeo di Copenaghen, *Conclusioni della Presidenza*, 12-13 dicembre 2002, punti 14-15). Il Trattato di adesione fu firmato il 25 aprile 2005 e nel Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione furono poste previsioni concernenti le misure di salvaguardia ora menzionate. All'art. 37, si stabiliva che, nell'ipotesi in cui Bulgaria o Romania non avessero osservato gli impegni assunti nel contesto dei negoziati di adesione, recando in tal modo pregiudizio al funzionamento del mercato interno, o anche nel caso in cui fosse stato possibile identificare un rischio imminente di pregiudizio, la Commissione avrebbe potuto, entro un periodo massimo di tre anni dalla data di adesione e su richiesta motivata di uno Stato membro o di propria iniziativa, adottare regolamenti o decisioni, definendo opportune misure. Tali misure avrebbero dovuto essere proporzionate, non discriminatorie, indonee a provocare forme di restrizione dissimulata agli scambi tra gli Stati membri e sarebbero state mantenute per il tempo strettamente necessario. Misure analoghe avrebbero potuto essere assunte, ai sensi dell'art. 38, in presenza di carenze gravi o di rischio imminente di carenze gravi quanto al rispetto degli obblighi concernenti la cooperazione giudiziaria in materia civile e penale. Pertanto, la Commissione europea, tramite due decisioni adottate nel 2006, istituì il MCV per Bulgaria (decisione 2006/929/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata) e Romania (decisione 2006/928/CE della Commissione, del 13 dicembre 2006, che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione). In entrambi gli atti, all'art. 1, si specificava che ogni anno, entro il 31 marzo, i due Stati membri avrebbero dovuto riferire alla Commissione sui progressi compiuti quanto al rispetto dei parametri di riferimento

damentali, osti alle norme e alla giurisprudenza nazionali sull'interruzione dei termini di prescrizione della responsabilità penale, tenuto conto del rischio di impunità per fatti costitutivi di frode grave agli interessi finanziari dell'Unione³⁵. Al riguardo, l'Avvocato generale ha sostenuto che non è possibile dare un'interpretazione delle norme costituzionali e della giurisprudenza rumena sull'interruzione dei termini di prescrizione della responsabilità penale nel periodo 2018-2022 che non si ponga in contrasto con le decisioni della Corte costituzionale, visto che esse esprimono in maniera definitiva il contenuto del diritto vigente in Romania e che la loro dottrina rappresenta l'ultima parola circa la legge nazionale³⁶.

Si tratta allora di stabilire se il diritto nazionale, come risultante dall'interpretazione resa dalla Corte costituzionale, violi l'obbligo di

individuati nell'allegato delle decisioni e, all'art. 2, che la Commissione avrebbe dovuto trasmettere al Parlamento europeo e al Consiglio le proprie osservazioni e conclusioni in merito alle relazioni presentate da Bulgaria e Romania. Nel considerando n. 9 del preambolo di ciascuna decisione si sottolineava che esse sarebbero state abrogate non appena tutti i parametri di riferimento fossero stati rispettati in maniera soddisfacente. Con due decisioni del 2023, la Commissione ha rilevato che i parametri di riferimento erano ormai rispettati in maniera soddisfacente in entrambi gli Stati membri e, pertanto, ha abrogato le decisioni istitutive (decisione (UE) 2023/1785 della Commissione del 15 settembre 2023 che abroga la decisione 2006/929/CE che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata e decisione (UE) 2023/1786 della Commissione del 15 settembre 2023 che abroga la decisione 2006/928/CE che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione). Un ricorso proposto al fine di ottenere l'annullamento di queste decisioni è stato dichiarato irricevibile dal Tribunale dell'Unione per carenza di legittimazione ad agire (Tribunale 3 febbraio 2025, T-1126/23, *Asociația Inițiativa pentru Justiție/Commissione*). La causa è ora pendente dinanzi alla Corte di giustizia (C-284/25, *Asociația Inițiativa pentru Justiție/Commissione*). Per un'introduzione al MCV, si rinvia ad A. ROSANÒ, *Not another EU report! Il meccanismo di cooperazione e verifica quale strumento di promozione dello Stato di diritto e i suoi effetti sul processo di allargamento*, in *Quaderni AISDUE*, serie speciale, n. 2, 2022, p. 357 ss.

³⁵ Conclusioni dell'Avv. gen. Sánchez-Bordona, del 29 giugno 2023, C-107/23 PPU, *Lin*, par. 49-50.

³⁶ *Ivi*, par. 69.

sottoporre a sanzioni penali effettive e dissuasive le frodi gravi recanti pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione³⁷. Sul punto, l'Avvocato generale ha rilevato che spetta sicuramente agli Stati membri assicurare che le norme applicabili ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non siano concepite in modo tale da presentare un rischio sistemico d'impunità³⁸, come spetta al giudice del rinvio verificare se, a causa della giurisprudenza della Corte costituzionale, la Romania corra un rischio sistemico d'impunità per i reati di frode grave lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea e per i connessi reati di corruzione, visto che, in tal caso, la Romania non rispetterebbe l'obbligo specifico di conformarsi ai parametri di riferimento individuati nella decisione istitutiva del MCV³⁹.

Va detto che l'art. 325, par. 1, TFUE e la decisione istitutiva del MCV hanno effetto diretto⁴⁰ e per via del principio del primato del diritto dell'Unione rendono inapplicabile qualsiasi disposizione nazionale contrastante⁴¹. Posto che sia l'uno sia l'altra si applicano nel procedimento considerato, il giudice del rinvio, in ragione dell'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, deve assicurarsi che i diritti garantiti dalla Carta siano rispettati, in particolare per quel che riguarda

³⁷ *Ivi*, par. 70.

³⁸ *Ivi*, par. 73.

³⁹ *Ivi*, par. 83.

⁴⁰ Per quanto riguarda natura ed effetti del MCV, si rinvia a Corte giust. 18 maggio 2021, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"* e 21 dicembre 2021, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion e a.* Per un commento alla prima pronuncia, O. KADLEC, D. KOSAR, *Romanian version of the rule of law crisis comes to the ECJ: The AFJR case is not just about the Cooperation and Verification Mechanism*, in CMLR, n. 6, 2022, p. 1823 ss. e M. MORARU, R. BERCEA, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, Asociația 'Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the national level*, in ECLR, n. 1, 2022, p. 82 ss. Per un commento alla seconda pronuncia, F. WEBER, *The Identity of Union Law in Primacy: Piercing Through Euro Box Promotion and Others*, in EP, n. 7, 2022, p. 749 ss. e P. FILIPEK, M. TOBOROWSKI, *Decoding the Euro Box Promotion case: Independence of constitutional courts, equality of States, and the clash in judicial standards in view of the principle of primacy*, in CMLR, n. 3, 2024, p. 831 ss.

⁴¹ Conclusioni *Lin*, cit., par. 84.

il principio di *lex mitior*⁴². Esso si applica alle norme di diritto penale sostanziale e non a quelle di diritto processuale⁴³. Dato che la giurisprudenza rumena conferma che le norme sulla prescrizione hanno natura sostanziale e che, in assenza di un'armonizzazione dei termini di prescrizione per i reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, spetta a ciascuno Stato membro stabilire quale natura abbiano le proprie norme in materia⁴⁴, ne consegue che il principio di *lex mitior* trova applicazione e non osta a tale conclusione il fatto che, nel caso concreto, l'effetto favorevole deriverebbe da decisioni di una corte costituzionale, anziché da un intervento del legislatore, visto che la Corte costituzionale rumena, dichiarando incostituzionale l'art. 155, par. 1, del codice penale, avrebbe agito come un legislatore negativo, le cui pronunce hanno un valore vincolante al pari delle leggi⁴⁵. Quindi, il principio di *lex mitior* giustifica l'esenzione dalla responsabilità penale, con la conseguenza che il diritto dell'Unione non impone la disapplicazione della giurisprudenza della Corte costituzionale rumena, per quanto i suoi effetti comportino l'impunità di taluni soggetti responsabili di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione⁴⁶.

Ulteriormente, l'Avvocato generale ha affermato che, qualora la Corte di giustizia avesse ritenuto che il principio di *lex mitior* come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali non si applicasse, si sarebbe dovuto verificare se l'ordinamento rumeno prevedeva uno standard di tutela più elevato, in ragione di quanto disposto dall'art. 53 della Carta⁴⁷. Coerentemente a quanto sostenuto dalla Corte in *Åkerberg Fransson*⁴⁸ e *Melloni*⁴⁹, quando in un determinato ambito l'azione degli

⁴² *Ivi*, parr. 86-87, 89.

⁴³ *Ivi*, par. 102.

⁴⁴ *Ivi*, parr. 104, 107.

⁴⁵ *Ivi*, parr. 113, 115.

⁴⁶ *Ivi*, parr. 129-130.

⁴⁷ Ai sensi del quale nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti (in particolare, la CEDU) e dalle costituzioni degli Stati membri.

⁴⁸ Sentenza *Åkerberg Fransson*, punto 29.

⁴⁹ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punto 60.

Stati membri non sia interamente determinata dal diritto dell'Unione, essi restano liberi di applicare standard nazionali di tutela, i quali però non devono compromettere né il livello di protezione previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione⁵⁰. Nel caso in discussione, ove non si fosse ammesso che trovava applicazione lo standard derivante dall'art. 49 della Carta, si sarebbe dovuto giungere a concludere che la Corte costituzionale rumena aveva definito uno standard di tutela più elevato. Esso di certo avrebbe sollevato problemi in relazione all'art. 325 TFUE e alle norme che lo mettevano in pratica, ma comunque avrebbe dovuto essere fatto salvo, considerato che diminuire il livello di tutela del principio della *lex mitior* per salvaguardare gli interessi finanziari dell'Unione sarebbe stato incompatibile con il valore dello Stato di diritto⁵¹. Ne deriva che il primato del diritto dell'Unione non avrebbe avuto effetto e il giudice del rinvio non avrebbe dovuto disapplicare la giurisprudenza della Corte costituzionale per garantire il rispetto dell'art. 325, par. 1, TFUE e della decisione istitutiva del MCV⁵².

Quanto alla terza questione, l'Avvocato generale ha reputato che gli artt. 2 e 19, par. 1, secondo comma, TUE debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa o a una prassi nazionale che consenta di far sorgere la responsabilità disciplinare di un giudice nazionale per qualsiasi inosservanza delle decisioni della Corte costituzionale o della Corte di cassazione nazionale. Essi non ostano tuttavia all'insorgere di una siffatta responsabilità disciplinare nei casi eccezionali di comportamenti gravi e totalmente inescusabili dei giudici, consistenti nel violare deliberatamente e in mala fede, o con negligenza particolarmente grave e grossolana, le norme del diritto nazionale e dell'Unione sul cui rispetto essi devono vigilare⁵³.

⁵⁰ Conclusioni *Lin*, citt., parr. 131-137.

⁵¹ *Ivi*, parr. 146-151.

⁵² *Ivi*, par. 152.

⁵³ *Ivi*, parr. 154-159. Con riferimento alla terza questione pregiudiziale, l'Avvocato generale riprende il ragionamento svolto in precedenza dalla Corte di giustizia nella già menzionata sentenza *Euro Box Promotion*, nonché in Corte giust. 22 febbraio 2022, C-430/21, RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle).

3.1. La causa Lin: la sentenza della Corte di giustizia

Nella propria sentenza, la Corte di giustizia ha considerato che una situazione giuridica in cui la normativa di uno Stato membro sull'interruzione del termine di prescrizione della responsabilità penale è stata invalidata dalla Corte costituzionale nazionale, senza che il legislatore abbia posto rimedio a ciò per un periodo di quasi quattro anni, è incompatibile con l'obbligo di assicurare che i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive e dissuasive e comporta il rischio intrinseco che numerosi di tali casi non possano essere perseguiti⁵⁴. Spetta allora ai giudici nazionali dare piena efficacia all'obbligo in questione, eventualmente disapplicando disposizioni interne che ostino all'applicazione di quelle sanzioni, nonché le pronunce rese da organi giudiziari nazionali che, contrastando con il suddetto obbligo, creino o aumentino il rischio sistemico di impunità per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione⁵⁵.

Tuttavia, va verificato se l'obbligo di disapplicazione non si ponga in contrasto con la tutela dei diritti fondamentali⁵⁶. Al riguardo, un aspetto messo in evidenza dalla Corte di giustizia concerne il fatto che le pronunce con le quali la Corte costituzionale rumena aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 155, par. 1, del codice penale si fondavano sul principio di legalità dei reati e delle pene, inteso con riferimento al profilo dei requisiti di prevedibilità e determinatezza delle legge penale, mentre fu in seguito l'Alta Corte di cassazione e giustizia, ossia l'organo giurisdizionale supremo dell'ordinamento rumeno, a riconoscere che le norme sulle cause di interruzione, come risultanti dall'interpretazione della Corte costituzionale, si sarebbero applicate retroattivamente, in virtù del principio della *lex mitior*⁵⁷.

Quindi, si possono identificare due standard nazionali di tutela: uno inerente alla prevedibilità della legge penale e un altro relativo all'applicazione retroattiva della legge penale favorevole. In forza del

⁵⁴ Corte giust. 24 luglio 2023, C-107/23 PPU, *Lin*, punto 94.

⁵⁵ *Ivi*, punti 97-99.

⁵⁶ *Ivi*, punto 100.

⁵⁷ *Ivi*, punto 74.

primo, era stato neutralizzato l'effetto interruttivo della prescrizione nel periodo compreso tra il 25 giugno 2018, data di pubblicazione della sentenza n. 297/2018 della Corte costituzionale, e il 30 maggio 2022, data di entrata in vigore del decreto-legge n. 71/2002. Sulla base del secondo, la neutralizzazione dell'effetto interruttivo sarebbe valsa anche in relazione ad atti processuali verificatisi ancor prima del 25 giugno 2018, ma dopo l'entrata in vigore del codice penale il 1° febbraio 2014, ossia per un periodo superiore a quattro anni⁵⁸. Per questo motivo, il secondo standard di tutela avrebbe dovuto essere considerato tale da compromettere il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione e i giudici nazionali non avrebbero dovuto applicarlo nell'ambito di procedimenti giurisdizionali diretti a sanzionare penalmente reati di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione⁵⁹, mentre non sarebbero stati tenuti a disapplicare il primo⁶⁰.

Con riferimento alla terza questione pregiudiziale, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che al giudice nazionale che ha esercitato la facoltà o che si è conformato all'obbligo di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE non può essere impedito di applicare immediatamente il diritto dell'Unione in modo conforme a una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte: reputare altrimenti ridurrebbe l'effetto utile di tale articolo⁶¹. Una normativa o una prassi nazionale ai sensi della quale le decisioni della Corte costituzionale, nonché dell'organo giurisdizionale supremo dello Stato membro, vincolano i giudici ordinari anche quando questi sostengono, in ragione di una pronuncia resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, che la giurisprudenza derivante dalle suddette decisioni sia contraria al diritto dell'Unione è idonea a impedire ai giudici ordinari di garantire la piena efficacia dei dettami del diritto dell'Unione e l'effetto impeditivo può essere rafforzato dal regime di responsabilità disciplinare previsto per i giudici⁶². Ne deriva che il principio del primato del diritto dell'Unione osta a una normativa o a

⁵⁸ *Ivi*, punto 122.

⁵⁹ *Ivi*, punti 123-124.

⁶⁰ *Ivi*, punto 125.

⁶¹ *Ivi*, punti 134.

⁶² *Ivi*, punti 134-135.

una prassi nazionale in forza della quale gli organi giurisdizionali nazionali ordinari di uno Stato membro sono vincolati dalle decisioni della Corte costituzionale, nonché da quelle dell'organo giurisdizionale supremo di tale Stato membro, e non possono, per tale motivo e con il rischio che sorga la responsabilità disciplinare dei giudici interessati, disapplicare d'ufficio la giurisprudenza risultante da tali decisioni, anche se essi ritengono, alla luce di una sentenza della Corte, che tale giurisprudenza sia contraria a disposizioni del diritto dell'Unione aventi effetto diretto⁶³.

4. *La causa Lin II*

A seguito della sentenza *Lin*, confermata da alcune ordinanze successive⁶⁴, la Camera penale dell'Alta Corte di cassazione e giustizia rumena ha deciso di conformarsi all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia e la Corte di appello di Bucarest ha inflitto una condanna, procedendo a disapplicare la decisione n. 67/2022 dell'Alta Corte. Tuttavia, il 17 giugno 2024, la Sezione per l'interpretazione di questioni di diritto di quest'ultimo organo giudiziario ha stabilito che la decisione 358/2022 della Corte costituzionale avrebbe dovuto essere applicata retroattivamente e che i tribunali di grado inferiore non avrebbero potuto ignorare le sentenze precedenti dell'Alta Corte che fossero allineate a quella pronuncia⁶⁵. In particolare, la Sezione ha evidenziato che nell'ordinamento rumeno la prescrizione della responsabilità penale è un istituto di diritto sostanziale, soggetto, tra l'altro, al principio della *lex mitior*, il quale concretizza il principio di legalità dei reati e delle pene⁶⁶. Ne deriva che la disapplicazione dell'interpretazione data

⁶³ *Ivi*, punto 137.

⁶⁴ Corte giust. 9 gennaio 2024, C-75/23, *Parchetul de pe lângă Tribunalul Braşov* e 9 gennaio 2024, C-131/23, *Unitatea Administrativ Teritorială Judeţul Unitatea Administrativ Teritorială Judeţul Braşov*.

⁶⁵ F. PEIRONE, *Time Clash: the Court of Justice Limits the Temporal Scope of Lex Mitior*. ECJ (Grand Chamber) 24 July 2023, Case C-107/23 PPU, *Lin*, in ECLR, n. 4, 2024, p. 613.

⁶⁶ Causa C-280/25 [Lin II], Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giusti-

dalla sentenza n. 67/2022 integrerebbe una violazione sia del suddetto principio sia di quello di certezza del diritto, conducendo così a un'applicazione differenziata del trattamento giuridico del concorso di leggi nel tempo a seconda che il reato sia reputato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione o meno⁶⁷.

Ulteriormente, con la sentenza n. 16/2024, la medesima Sezione per l'interpretazione di questioni di diritto ha riconosciuto che gli atti processuali adottati prima del 25 giugno 2018 interrompono la prescrizione della responsabilità penale, a prescindere dall'importo del danno e senza che sia necessario valutare concretamente un rischio sistemico di impunità, in tutti i casi aventi a oggetto reati contro gli interessi finanziari dell'Unione europea e reati di corruzione, solo se la legge penale più favorevole è il codice penale o una disciplina speciale recante disposizioni penali, nella versione in vigore tra il 1° febbraio 2014 e il 24 giugno 2018⁶⁸. Inoltre, ha stabilito che gli atti processuali per i quali esiste un obbligo legale di comunicazione all'indagato o all'imputato dopo il 30 maggio 2022 interrompono il decorso del termine di prescrizione della responsabilità penale solo per quanto riguarda i fatti commessi a partire da quella data o, per quel che concerne i fatti compiuti in precedenza, solo se la legge penale più favorevole è il codice penale o la normativa speciale contenente disposizioni penali, nella versione in vigore dal 30 maggio 2022⁶⁹. È stato poi confermato che la prescrizione dei reati si configura come istituto di diritto penale sostanziale⁷⁰.

In tale contesto si inserisce la causa *Lin II*, la quale trae origine da un rinvio pregiudiziale formulato dall'Alta Corte di cassazione e giustizia nell'ambito di un procedimento per ricorso per cassazione proposto dalla procura presso la Corte d'Appello di Oradea contro una sentenza con la quale quest'ultima aveva disposto l'archiviazione di un procedimento a causa del decorso del termine di prescrizione della responsabilità penale per un caso di complicità in evasione fiscale conti-

zia, punto 10, disponibile *online*.

⁶⁷ *Ivi*, punto 11.

⁶⁸ *Ivi*, punto 12.

⁶⁹ *Ivi*, punto 13.

⁷⁰ *Ivi*, punto 18.

nuata. La procura lamentava che sia prima del 25 giugno 2018 sia dopo il 30 maggio 2022 erano stati compiuti atti processuali che avevano interrotto la prescrizione. Dichiararla intervenuta avrebbe quindi comportato un contrasto con la sentenza *Lin*, ove è stato riconosciuto che il principio della *lex mitior* non dovrebbe produrre effetti anche nei confronti degli atti processuali redatti prima del 25 giugno 2018⁷¹.

Per questo, l'Alta Corte pone due quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia. Il primo è diretto a stabilire se, in assenza di una disposizione di diritto interno relativa a tale profilo, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che una frode è considerata grave solamente qualora riguardi un importo superiore a cinquantamila euro⁷². La questione è connessa principalmente al fatto che la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995 prevede che per i reati che integrano una frode ai suddetti interessi ogni Stato membro deve introdurre sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà personale e che l'importo minimo per considerare grave una frode non può essere superiore, appunto, ai cinquantamila euro⁷³. Al riguardo, il giudice del rinvio reputa che tale soglia di valore non esprima l'unico criterio di cui tenere conto, ma un semplice limite massimo che gli Stati membri devono prendere in considerazione⁷⁴.

Il secondo quesito, formulato nel caso di risposta negativa al precedente, riguarda la possibilità che, in forza del diritto dell'Unione come risultante dall'interpretazione datane dalla Corte di giustizia in *Lin*, il giudice di diritto interno debba disapplicare lo standard nazionale relativo al principio di *lex mitior*⁷⁵. Da tale standard deriverebbe che il riconoscimento dell'effetto interruttivo della prescrizione degli

⁷¹ *Ivi*, punti 1-5.

⁷² *Ivi*, punti 20-27.

⁷³ Si veda l'art. 2, par. 2, dell'atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. La Convenzione è stata sostituita dalla già ricordata direttiva (UE) 2017/1371 a partire dal 6 luglio 2019. Ai fini delle cause *Lin* e *Lin II*, all'epoca dei fatti, la disciplina da considerare era quella risultante dalla Convenzione.

⁷⁴ Sintesi *Lin II*, punto 47.

⁷⁵ *Ivi*, punto 29.

atti processuali intervenuti prima che fosse invalidata la disposizione legislativa nazionale che disciplina le cause di interruzione dei termini di prescrizione della responsabilità penale è incompatibile con il divieto di applicare la *lex tertia*, ossia con il principio di rango costituzionale che, con riferimento all'identificazione della legge penale più favorevole, fa divieto di creare in via interpretativa un *mixtum compositum*, vale a dire «un diritto desiderato ma inesistente»⁷⁶, e che così restringe la scelta a quella tra le due opzioni possibili che sia più vantaggiosa per il reo.

5. Considerazioni critiche

La sentenza *Lin* e il rinvio pregiudiziale in *Lin II* confermano che, più spesso che non, si può porre un problema relativo all'armonico e contemporaneo perseguimento delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali e degli interessi finanziari dell'Unione europea. In ragione del suo ruolo di interprete del diritto sovranazionale, spetta alla Corte di giustizia sostenere per via ermeneutica i giudici nazionali, favorendo l'identificazione di un punto di equilibrio tra ragioni che potrebbero entrare in rotta di collisione.

Talora, però, l'individuazione di tale punto può risultare estremamente complessa anche per i giudici di Lussemburgo, come testimoniano le vicende di quella che, ormai, può essere chiamata la saga *Lin*⁷⁷. La prima pronuncia resa dalla Corte di Lussemburgo al riguardo ha suscitato ampio interesse tra i commentatori, visto che, come in *Taricco*, la questione che veniva in rilievo atteneva all'effettività nella protezione dei diritti e degli interessi finanziari dell'Unione ma, a differenza di *Taricco*, la violazione del diritto dell'Unione non si era ancora verificata perché si era formato un giudicato di condanna nei confronti

⁷⁶ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Vol. I: La legge penale*, Torino, 1999, p. 12.

⁷⁷ La quale potrebbe arricchirsi di un nuovo capitolo, visto che il 21 luglio 2025 è stato depositato in Corte un ulteriore rinvio pregiudiziale proveniente dall'Alta Corte di cassazione e giustizia rumena, di cui però non sono ancora noti i dettagli (C-496/25, *Lin III*).

degli autori dei reati lesivi di quegli interessi⁷⁸. Vi è stato chi ha posto in evidenza che la Corte si è discostata dalle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale aveva avanzato l'idea di un'estensione dell'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali alle norme che interrompono la prescrizione della responsabilità penale quando rientrano nell'ambito del diritto penale sostanziale⁷⁹. Non solo: la Corte ha anche deciso di non seguire la proposta avanzata dall'Avvocato generale di fare prevalere lo standard nazionale di tutela nel caso in cui la stessa Corte avesse escluso che l'art. 49, par. 1, trovasse applicazione, sostenendo che il principio della *lex mitior* poteva aumentare il rischio sistemico che non venissero sanzionati reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione⁸⁰.

Sul punto, è stato notato che l'Avvocato generale Sánchez Bordona ha cercato di utilizzare la causa *Lin* per favorire lo sviluppo della giurisprudenza della Corte sull'applicazione retroattiva della legge penale favorevole, così da offrire «un livello elevato di salvaguardia e non solo una protezione *de minimis*»⁸¹.

Al riguardo, giova ricordare che nell'ordinamento internazionale il principio della retroattività della legge penale favorevole trova espressione in alcuni trattati dedicati al rispetto dei diritti umani. Per esempio, l'art. 15, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici riconosce tra l'altro che, se posteriormente alla commissione del reato la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne. La medesima disposizione si trova riprodotta all'art. 9 della Convenzione interamericana sui diritti umani.

Invece, la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU) nulla dispone al riguardo. L'art. 7, par. 1, CEDU si limita a stabilire che nes-

⁷⁸ F. GUELLA, *Accettabilità (provvisoria) di infrazioni UE motivate da ragioni interne di costituzionalità: primato e superamento del precedente nazionale in un "caso Taricco" rumeno*, in *DPCE online*, n. 4, 2023, p. 3675.

⁷⁹ R.A. GARCÍA, *Límites y contra-límites en la aplicación nacional de la CDFUE, y "preeminencia" del Derecho de la UE (STJUE 24 julio 2023, C-107/23 PPU, asunto Lin)*, in *REDE*, n. 1, 2024, p. 157.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ M. BONELLI, *Growing pains: Direct effect, primacy and fundamental rights after Lin*, in *CMLR*, n. 4, 2024, p. 1045. La citazione è tratta dalle Conclusioni *Lin*, punto 100.

suno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale e che non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso, ammettendo così solamente l'irretroattività della legge penale sfavorevole. Proprio per questo motivo, per molto tempo, sia la Commissione europea dei diritti dell'uomo⁸² sia la Corte EDU⁸³ negarono che l'articolo in questione tutelasse anche il principio della *lex mitior*.

Tuttavia, in anni più recenti, la Corte di Strasburgo è arrivata a superare tale interpretazione, fondata sul dato testuale, ritenendo che sia progressivamente emerso un consenso a livello europeo e internazionale circa il fatto che quello della retroattività della legge penale favorevole sia uno dei principi fondamentali del diritto penale e che sia coerente con il valore dello Stato di diritto applicare a ciascun fatto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata⁸⁴. Secondo un Autore, ciò andrebbe ricondotto al fatto che l'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali riconduce il principio in parola nell'alveo del principio di legalità dei reati e delle pene⁸⁵. Dunque, nel sistema CEDU, infliggere una pena più grave soltanto perché era prevista al momento della commissione del reato significherebbe applicare a scapito dell'imputato le regole che governano la successione delle leggi penali nel tempo ed equivarrebbe a non tenere conto di eventuali modifiche legislative favorevoli intervenute prima della condanna e a continuare a comminare pene che lo Stato considera ormai eccessive⁸⁶. Inoltre, l'obbligo di applicare la legge penale le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato è coerente con un altro elemento essenziale dell'art.

⁸² Commissione europea dei diritti dell'uomo 6 marzo 1978, ric. n. 7900/77, *X/Germania*, p. 72.

⁸³ Corte EDU 5 dicembre 2000, ric. n. 35574/97, *Le Petit/Regno Unito*, punto 2 della parte in diritto e 6 marzo 2003, ric. n. 41171/98, *Zaprianov/Bulgaria*, punto 6 della parte in diritto.

⁸⁴ Corte EDU 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, *Scoppola/Italia* (n. 2), punti 106, 108.

⁸⁵ M. TIMMERMAN, *Legality in Europe. On the principle "nullum crimen, nulla poena sine lege" in EU law and under the ECHR*, p. 11, nota 9, EUI PhD Thesis, 2018, disponibile online.

⁸⁶ *Scoppola/Italia* (n. 2), cit., punto 108.

7 CEDU, ossia la prevedibilità delle pene⁸⁷. Tale lettura è stata ribadita nel corso del tempo⁸⁸.

Per quel che riguarda l'ordinamento dell'Unione europea, va preliminarmente ricordato che, prima che venisse adottata la Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia aveva provveduto a elaborare un *Bill of Rights* non scritto giungendo ad asserire, a partire dalla sentenza *Stauder* del 1969 e pur nel silenzio dei trattati dell'epoca, che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto sovranazionale⁸⁹ e che la giustificazione di ciò va identificata nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁹⁰ e negli impegni internazionali assunti da essi attraverso convenzioni relative alla tutela dei diritti⁹¹, *in primis* la CEDU⁹². In questo modo, la Corte di Lussemburgo arrivò, di volta in volta, in ragione delle peculiarità dei casi prospettati, a dare rilievo a specifiche fattispecie⁹³.

Tale impostazione portò, nel 1984, al riconoscimento del fatto che il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, comune agli ordinamenti di tutti gli Stati membri e sancito dall'art. 7 CEDU, è

⁸⁷ *Ivi*, punto 109.

⁸⁸ Si vedano, per esempio, Corte EDU 24 gennaio 2017, ric. n. 67503/13, *Koprivnikar/Slovenia*, punto 49 e 12 gennaio 2016, ric. n. 33427/10, *Gouarré Patte/Andorra*, punto 28.

⁸⁹ Corte giust. 12 novembre 1969, 29/69, *Stauder*, punto 7.

⁹⁰ Corte giust. 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punti 3-4.

⁹¹ Corte giust. 14 maggio 1974, 4/73, *Nold*, punto 13.

⁹² Corte giust. 28 ottobre 1975, 36/75, *Rutili*, punto 32.

⁹³ Per una ricostruzione quanto all'evoluzione giurisprudenziale registratasi in materia, si vedano, senza pretesa di esaustività, M.H. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human Rights*, in *YEL*, n. 1, 1981, p. 125 ss.; G. L. TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, p. 717 ss.; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RDI*, 1988, p. 588 ss.; H.G. SCHERMERS, *The European Communities Bound by Fundamental Human Rights*, in *CMLR*, n. 2, 1990, p. 29 ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 2, 1992, p. 426 ss.

parte integrante dei principi generali di cui la Corte deve garantire l'osservanza⁹⁴.

Quanto invece alla retroattività della legge penale favorevole, il processo è stato più travagliato. Per lungo tempo, infatti, la Corte si è limitata a riconoscere che il diritto dell'Unione non osta all'applicazione di tale principio se riconosciuto dal diritto nazionale⁹⁵. La spiegazione è da ricondurre probabilmente alla circostanza che non in tutti gli Stati membri rientra tra i fondamenti del diritto penale. Infatti, come ricordato dall'Avvocato generale Kokott in *Niselli*, esso non era ammesso né in Irlanda, né nel Regno Unito⁹⁶; tuttavia, aggiungeva l'Avvocato generale, posto che nella maggior parte dei sistemi nazionali la situazione era diversa, che, nel 2000, era stata adottata la Carta dei diritti fondamentali, il cui art. 49, par. 1, come si diceva, conteneva (e contiene) una previsione dedicata al principio di *lex mitior* e che esso era stato accolto nel diritto comunitario derivato quanto alle sanzioni amministrative concernenti irregolarità lesive degli interessi finanziari dell'Unione⁹⁷, ciò avrebbe dovuto condurre a considerarlo non esclusivamente come un principio di diritto nazionale, ma anche come un principio generale del diritto sovranazionale⁹⁸. In quell'occasione, la Corte non rispose sul punto ma, a distanza di pochi mesi, in un *obiter dictum* della sentenza *Berlusconi*, evidenziò che il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e che, pertanto, esso deve essere considerato componente integrante dei principi generali del diritto

⁹⁴ Corte giust. 10 luglio 1984, 63/83, *Kirk*, punti 21-22.

⁹⁵ Corte giust. 14 dicembre 1995, C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, punto 14; 26 settembre 1996, C-341/94, *Allain*, punto 12; 29 ottobre 1998, C-230/97, *Awoyemi*, punti 36, 45.

⁹⁶ Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 10 giugno 2004, C-457/02, *Niselli*, punto 64.

⁹⁷ Si veda l'art. 2, n. 2, del già ricordato regolamento (CE, Euratom) 2988/1995.

⁹⁸ Conclusioni *Niselli*, cit., punti 64, 66. In precedenza, altri Avvocati generali avevano espresso posizioni differenti (conclusioni dell'Avv. gen. Fennelly, del 7 marzo 1996, C-341/94, *Allain*, punto 43 e conclusioni dell'Avv. gen. Léger, del 16 luglio 1998, C-230/97, *Awoyemi*, punti 31-32).

dell'Unione che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto interno adottato per attuare l'ordinamento sovranazionale⁹⁹.

In seguito, nella pronuncia *Paoletti*, la Corte ha rilevato che il principio in parola è ricompreso nel diritto primario dell'Unione¹⁰⁰, la qual cosa si ricollega evidentemente al riconoscimento in favore della Carta, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, del medesimo valore giuridico dei Trattati, *ex art.* 6, par. 1, TUE. Da ultimo, è stato riconosciuto che il principio trova applicazione anche in relazione a una sanzione amministrativa, di natura penale, inflitta sulla base di una norma che, successivamente all'adozione di tale sanzione, è stata modificata in modo più favorevole alla persona sanzionata, purché tale modifica rifletta un mutamento di posizione sulla qualificazione penale dei fatti commessi da tale persona o sulla pena da applicare¹⁰¹.

In *Lin*, la Corte di giustizia ha ritenuto di seguire un approccio fondato sulla distinzione tra il principio di legalità dei reati e delle pene sotto il profilo della prevedibilità e determinatezza della legge penale e l'applicazione retroattiva della legge penale favorevole. Il punto è che il ragionamento svolto dalla Corte al riguardo pare limitato¹⁰², tanto da potere generare confusione. I dubbi concernono il fatto che, secondo quanto riconosciuto dalla Corte, il principio di legalità, declina-

⁹⁹ Corte giust. 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 68-69. Per un commento, F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui*, in *DUE*, n. 2, 2006, p. 211 ss.; A. BIONDI, R. MASTROIANNI, *Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others*, in *CMLR*, n. 2, 2006, p. 553 ss.; A. LANZI, *I rapporti tra la legislazione penale nazionale e la normativa dell'Unione europea: il caso del falso in bilancio*, in *RIDPC*, 2006, p. 889 ss.; G. INSOLERA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cassazione penale*, n. 9, 2005, p. 2768 ss. Va ricordato, comunque, che sia in *Berlusconi* sia in *Niselli* (Corte giust. 11 novembre 2004, C-457/02) le questioni principali vennero risolte confermando l'interpretazione tradizionale secondo cui una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati.

¹⁰⁰ Corte giust. 6 ottobre 2016, C-218/15, *Paoletti e a.* Per un commento, A. ROSANÒ, *Principle of lex mitior, Is that you? - Case note on C-218/15, Paoletti and others*, in *NJECL*, n. 1, 2017, p. 6 ss.

¹⁰¹ Corte giust. 1° agosto 2025, C-544/23, *BAJI Trans*.

¹⁰² M. BONELLI, *op. cit.*, p. 1073.

to con riferimento alla prevedibilità e determinatezza della legge penale, deve prevalere sulla tutela degli interessi finanziari, ma non lo stesso accade in relazione al principio di *lex mitior*, che comunque è un aspetto del principio di legalità in materia penale¹⁰³. La Corte giustifica questa differenza considerando che l'applicazione del primo rimuove l'effetto interruttivo della prescrizione nel periodo compreso tra il 25 giugno 2018 e il 30 maggio 2022, mentre l'applicazione del secondo condurrebbe a una neutralizzazione che varrebbe anche per fatti verificatisi prima del 25 giugno 2018.

Tuttavia, deve notarsi che il rischio sistemico di impunità per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione non è da ricondursi solamente alla seconda delle due ipotesi ora prospettate. Come evidenziato dalla Corte, le sentenze della Corte costituzionale hanno avuto l'effetto di «creare un rischio sistemico di impunità», mentre la sentenza dell'Alta Corte di cassazione e giustizia ha aumentato tale rischio¹⁰⁴. Dunque, il principio di *lex mitior* come interpretato dall'Alta Corte di cassazione e giustizia aggrava la situazione provocata dalla prevedibilità e determinatezza della legge penale come intesa dalla Corte costituzionale e questo giustifica il fatto che gli organi giurisdizionali nazionali devono disapplicare lo standard nazionale di tutela che lo concerne. Non è però chiaro perché non debba essere disapplicato altresì lo standard relativo a prevedibilità e determinatezza, considerato che anche in quella ipotesi è stato identificato un rischio sistemico e che, senza tale standard, l'altro non potrebbe operare.

Vero è che la Corte ha affermato che i requisiti di prevedibilità, di determinatezza e di irretroattività della legge penale costituiscono un'espressione particolare del principio della certezza del diritto, che costituisce un elemento essenziale dello Stato di diritto, ossia di uno dei valori su cui si basa l'Unione europea¹⁰⁵. È però altresì vero che l'applicazione retroattiva della legge penale favorevole è stata riconosciuta come principio generale di diritto sovranazionale dalla Corte ed

¹⁰³ E.-S. TĂNĂSESCU, B. SELEJAN-GUȚAN, *A turn of tide in the fight against corruption in Romania: the CJEU between systemic risk of impunity and fundamental rights*, in *ERA Forum*, n. 4, 2025, p. 581.

¹⁰⁴ *Lin*, cit., punti 98-99.

¹⁰⁵ *Ivi*, punto 114.

è contemplata dall'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali, nonché che il rispetto dei diritti umani rientra a sua volta tra i valori fondativi dell'Unione.

Secondo un autore, tanto i principi di prevedibilità e determinatezza della legge penale quanto il principio di *lex mitior* sono riconducibili al valore dello Stato di diritto, però i primi opererebbero a un livello superiore rispetto alla *lex mitior*, in quanto perentori e inderogabili. Essi vietano la legislazione retroattiva perché, per essere prevedibile, la legge deve necessariamente disporre per il futuro, non per il passato. Al contrario, il principio di *lex mitior* opera in relazione a eventi già verificatisi¹⁰⁶. La tesi è suggestiva, ma non trova conferma nella pronuncia della Corte, come non trova conferma in quanto sostenuto dalla Corte una tesi alternativa che può essere qui avanzata per provare a fornire una spiegazione circa la posizione assunta dai giudici di Lussemburgo.

L'art. 15, par. 2, CEDU individua alcune figure di diritti assoluti, tra i quali rientra anche quello riconosciuto dall'art. 7 della medesima Convenzione. Perciò, il principio di legalità in materia penale non può andare soggetto a deroghe e, posta la coincidenza tra art. 7 CEDU e art. 49 della Carta dei diritti fondamentali e in forza dell'art. 52, par. 3, della Carta, il significato e la portata del diritto in questione nell'ordinamento dell'Unione devono essere gli stessi del diritto riconosciuto nel sistema CEDU. Ne deriva allora che anche nell'ordinamento dell'Unione il principio di legalità non è mai derogabile.

Eppure, ci si deve chiedere che cosa comprenda tale carattere di inderogabilità. Come specificato nelle Spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali, l'art. 49, par. 1, della Carta si contraddistingue per l'aggiunta della previsione relativa alla retroattività della legge penale più favorevole, che nel sistema CEDU non è presente *per tabulas*, ma è stata ricavata per via ermeneutica dalla Corte EDU. Dunque, sicuramente i profili della prevedibilità e determinatezza della legge penale, in quanto naturalmente ricompresi nell'alveo del principio di legalità in materia penale, hanno natura inderogabile. È opinabile invece che lo stesso valga con riferimento al principio della *lex mitior*, atteso il fatto che, nel sistema CEDU, si configura come una creazione ermeneuti-

¹⁰⁶ F. PEIRONE, *op. cit.*, pp. 605-606.

ca, derivante da un consenso generale che la Corte EDU ha registrato sul punto considerando gli ordinamenti degli Stati parti della Convenzione, posto però che alcuni di essi non riconoscono tale principio¹⁰⁷. Allora, ciò potrebbe giustificare la differente soluzione prospettata dalla Corte di giustizia.

In ogni caso, il ragionamento dei giudici di Lussemburgo pare offrire il fianco a una critica. Secondo la Corte EDU, è coerente con il principio dello Stato di diritto, di cui l'art. 7 è parte essenziale, aspettarsi che il giudice applichi a ogni reato la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più pesante solamente perché era prevista al momento della commissione del reato significherebbe applicare a scapito dell'imputato le norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo ed equivarrebbe a non tenere conto di eventuali modifiche legislative favorevoli all'imputato stesso intervenute prima della condanna e a continuare a comminare pene reputate ormai eccessive. Perciò, l'obbligo di applicare la legge penale più favorevole si configura come un chiarimento delle regole sulla successione delle leggi penali e, come si ricordava in precedenza, si accorda con un altro elemento essenziale dell'art. 7, ossia la prevedibilità delle pene¹⁰⁸. Dunque, riprendendo tale ragionamento e tenuto conto di quanto prescrive l'art. 52, par. 3, della Carta, anche nell'ordinamento dell'Unione il principio di *lex mitior* dovrebbe essere inteso come espressione del principio di certezza del diritto e, di conseguenza, del valore dello Stato di diritto. Perciò, rimane dubbio il fatto che, in relazione a esso, si ammetta la disapplicazione, esclusa invece per quel che riguarda prevedibilità e determinatezza della legge penale.

Ulteriormente, si ritiene che ci sia un problema di fondo da considerare, il quale contraddistingue la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione: la nozione di rischio sistemico non è mai stata chiarita¹⁰⁹. Pure in *Lin* la Corte di giustizia non ha colto l'occasione per offrire indicazioni er-

¹⁰⁷ Peraltro, come ricordato *supra*, vi è chi sostiene che la Corte EDU avrebbe ammesso che l'art. 7 CEDU tutela anche il principio della *lex mitior* proprio per via di quanto disposto dalla Carta dei diritti fondamentali.

¹⁰⁸ *Scoppola/Italia* (n. 2), cit., punto 108.

¹⁰⁹ R.A. GARCÍA, *op. cit.*, p. 158.

meneutiche idonee a definire la portata del concetto in questione e, anzi, sembra avere complicato la situazione, visto che sia nella prima sia nella seconda delle due ipotesi ricordate in precedenza è stato registrato un rischio sistemico. Volendo, pare possibile inferire qualche elemento. Secondo la Corte, un rischio sistemico si verifica sia quando una legge determina la prescrizione della responsabilità penale in un gran numero di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione per un periodo di circa quattro anni sia quando ciò si registra per un periodo superiore. Quindi, l'aspetto temporale dovrebbe avere una rilevanza minima e non sarebbe decisivo nel permettere di determinare la sussistenza di un rischio sistemico. L'attenzione va posta evidentemente sul «gran numero di casi», cioè su di un profilo di carattere quantitativo. Viene però da domandarsi se sia solamente questo a dovere essere preso in considerazione, atteso che i casi considerati in gran numero potrebbero avere una rilevanza economica limitata, mentre pochi casi potrebbero essere qualitativamente più importanti. La prima questione formulata nella causa *Lin II* potrebbe offrire alla Corte di giustizia la possibilità di fare chiarezza, tenendo conto altresì delle indicazioni fornite dal giudice del rinvio, il quale ha messo in rilievo il fatto che, ai sensi della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, l'importo minimo per considerare grave una frode non può essere superiore a cinquanta mila euro e, però, tale soglia di valore non esprimerebbe l'unico criterio di cui tenere conto.

Infine, preme ricordare la presenza di un convitato di pietra: i controlimiti. Come riconosciuto dalla Corte di giustizia in *M.A.S. e M.B.*, il giudice nazionale deve disapplicare le disposizioni interne relative alla prescrizione che non permettano di perseguire la finalità di tutela degli interessi finanziari dell'Unione, a meno che ciò non contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene. Il secondo quesito pregiudiziale formulato in *Lin II* sembra prefigurare tale possibilità, per quanto il giudice del rinvio si sia sforzato di negare che l'interpretazione fornita in *Lin* contrasti con il divieto di *lex tertia*. Resta il fatto che la Corte costituzionale rumena potrebbe giungere a identificare un problema sotto questo punto di vista e, forte della sentenza *M.A.S. e M.B.*, scegliere di non conformarsi alla sentenza *Lin* per dare applicazione a uno standard di tutela dei diritti riconosciuto in Costituzione, eventual-

mente senza bisogno di avviare un dialogo con la Corte di giustizia, come decise di fare all'epoca la Corte costituzionale italiana.

6. Conclusioni

Nel presente scritto si è cercato di porre in evidenza che ormai è sempre più ricco il filone giurisprudenziale dedicato al rapporto problematico e all'individuazione di un punto di equilibrio tra diritti fondamentali e interessi finanziari nell'ordinamento dell'Unione europea. Le vicende relative alle cause *Lin* e *Lin II* confermano quanto complesso possa essere tale tema e quanto necessario sia il ruolo della Corte di giustizia nel guidare i giudici nazionali affinché entrambe le esigenze possano essere adeguatamente tutelate.

Tuttavia la soluzione prospettata dai giudici di Lussemburgo in *Lin* solleva inevitabilmente alcuni interrogativi, visto che si è ritenuto di potere distinguere tra prevedibilità e determinatezza della legge penale, da un lato, e *lex mitior*, dall'altro, attribuendo un valore inderogabile solamente ai primi due aspetti del principio di legalità dei reati e delle pene e facendo derivare conseguenze differenti sul piano della disapplicazione della disciplina rumena in materia di interruzione della prescrizione, come interpretata da Corte costituzionale e Alta Corte di cassazione e giustizia. Come si è cercato di chiarire in precedenza, anche il principio di *lex mitior* è riconducibile all'assetto assiologico dell'Unione europea, sia sul piano dello Stato di diritto sia su quello dei diritti fondamentali. Pertanto, l'esito non dovrebbe essere differente per il fatto che nel primo caso si crea un rischio sistemico di impunità, mentre nel secondo lo si aggrava.

Ulteriormente, deve prestarsi attenzione al tema dei controlimiti: data la rilevanza costituzionale che la *lex mitior* ha nell'ordinamento rumeno, può essere che si giunga a un esito simile a quello con cui si è conclusa la saga *Taricco*, riconoscendo la prevalenza dello standard di tutela dei diritti definito a livello nazionale.

A prescindere, si ritiene che la causa *Lin II* offrirà alla Corte di giustizia l'occasione per affrontare questi profili controversi, nonché quello relativo al concetto di rischio sistemico di impunità, ancora non definito.

ABSTRACT (ita)

Nello scritto viene affrontato il tema inerente all'esigenza di raggiungere un equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali e protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, come risultante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. A tal fine vengono illustrate le pronunce in cui i giudici di Lussemburgo si sono confrontati con tale problema e, in seguito, ci si concentra sulle vicende relative alle cause *Lin* e *Lin II*. Viene messo in rilievo che nella sentenza *Lin* la Corte ha operato una distinzione tra prevedibilità e determinatezza della legge penale, da un lato, e principio della *lex mitior*, dall'altro, ricavandone conseguenze diverse ai fini dell'eventuale disapplicazione di una normativa di diritto interno (e dell'interpretazione di questa data da alcune corti nazionali) contrastante con le ragioni relative alla tutela degli interessi finanziari. Ulteriormente, si considerano profili riguardanti la (mancata) definizione del concetto di rischio sistemico di impunità e l'eventuale attivazione dei controlimiti.

ABSTRACT (eng)

The paper addresses the need to strike a balance between the protection of fundamental rights and the protection of the financial interests of the European Union, as reflected in the case law of the Court of Justice. To this end, the judgments in which the Luxembourg court has been confronted with this problem are presented and, subsequently, the *Lin* and *Lin II* cases are examined. It is emphasised that in *Lin*, the Court drew a distinction between the foreseeability and precision of criminal law, on the one hand, and the principle of *lex mitior*, on the other, deriving different consequences for the purposes of the possible disapplication of a rule of national law (and the interpretation thereof given by certain national courts) that conflicts with the protection of financial interests. Further, profiles are considered concerning the (lack of) definition of the concept of systemic risk of impunity and the possible activation of counter-limits.

CONCORRENZA E DEMOCRAZIA: QUALE LEGAME, QUALE INTERAZIONE E QUALE CONTAMINAZIONE?

Antonello Schettino^{*} e Alessandro Massolo^{}**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Genesi e fasi dell’antitrust: tra populismo, politica e scuole di pensiero. – 3. Le connessioni tra l’antitrust e la democrazia: la spinta endemica a rimodulare le priorità dai “mercati tradizionali” alle “nuove frontiere”. – 4. L’*enforcement* nei mercati del lavoro: il lavoratore come input essenziale della concorrenza. – 5. Il rinnovato focus sui mercati delle idee e dell’attenzione: tra conservazione e (i vari livelli di) eterointegrazione dei paradigmi antitrust. – 5.1. Le *killer acquisition*: la necessità di arginare i tentacoli delle *Big Tech*. – 5.2. La complementarità con il DMA: una sponda all’equità e alla contendibilità dei mercati. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il rapporto tra concorrenza e democrazia è da sempre oggetto di dibattito. Evidenti sono i punti di tangenza; più discusso il loro legame, soprattutto il grado di intensità che dovrebbe connotarlo in funzione e in ragione degli eventuali benefici derivanti da questo connubio¹. L’attenzione non è mai diminuita nel tempo, così come il bisogno

^{*} Funzionario presso l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l’istituzione di appartenenza.

^{**} Ricercatore presso il Centro Franco Fontana Luiss. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano l’istituzione di appartenenza.

¹ Per Luigi Einaudi era necessario mantenere un legame forte; di avviso diverso era invece Benedetto Croce (v. L. EINAUDI, *Il paradosso della concorrenza*, a cura di A. GIORDANO, Soveria Manelli, 2014 e B. CROCE, L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, Milano, 2021; Croce, infatti, ancorché non negasse certamente la necessità del libero mercato, asseriva che non fosse condizione necessaria per giungere ad una società capace di mantenere salde le libertà politiche e individuali).

di esplorarne le varie sfaccettature, mettendo a fuoco le componenti di questi due valori e/o strumenti e/o principi².

Se guardiamo al periodo più recente, ad alimentare le riflessioni sulle connessioni tra concorrenza e democrazia sono stati, come sempre, i mutamenti del contesto economico, politico e sociale: l'insorgere di crisi finanziarie e di periodi di stagnazione, l'avvento dell'algocrazia con le camere dell'eco e le bolle di filtraggio³, l'emersione del capitalismo della sorveglianza⁴ e del feudalesimo digitale con i tecno-oligarchi⁵

² Cfr. M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019. La duplice congiunzione è dovuta alla diversità di vedute, specie per la concorrenza. Alcuni sposano la lettura del bene-strumento, anche e soprattutto a seguito del Trattato di Lisbona (cfr. R. BIN, *La concorrenza come strumento. La concorrenza nel bilanciamento tra valori* e M. FIORILLO, *Concorrenza ed eguaglianza*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 65-73); altri propendono per la qualificazione di valore (cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, *La concorrenza come valore, I fondamenti europei della concorrenza* e M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, *ivi*, cit. pp. 35-65). C'è poi chi sostiene che si tratti di un principio (G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, *ivi*, pp. 149-155). Il tutto va però letto, pur sempre, in una concezione relativistica, giacché la riconduzione a una categoria non sopprime l'immanente dimensione valoriale, strumentale o di principio della concorrenza. E lo stesso vale per la democrazia: essa può essere procedura e, quindi, uno strumento; può fungere da obiettivo, configurandosi come fine; può plasmare sia la procedura che l'obiettivo, alla stregua di un principio (cfr. M. AINIS, *La forma della democrazia*, 22 agosto 2020, reperibile su repubblica.it; OECD, *The interaction between competition and democracy, Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 316, 2024; OECD/LEGAL/0484, *Declaration on Building Trust and Reinforcing Democracy*, 18 novembre 2022, legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0484; OECD/LEGAL/0379, *Recommendation of the Council on Transparency and Integrity in Lobbying and Influence*, 18 febbraio 2010, modificata il 3 maggio 2024, legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0379; OECD/LEGAL/0438, *Recommendation of the Council on Open Government*, 14 dicembre 2017, legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0438#supportDocuments; OECD/LEGAL/0484, *Declaration on Building Trust and Reinforcing Democracy*, 18 novembre 2022, legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0484).

³ M. AINIS, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 4 ottobre 2018.

⁴ D. MANCA, A. MASSOLO, G. GHIDINI, *La nuova civiltà digitale*, Milano, 14 maggio 2020.

⁵ Y. VAROUFAKIS, *Tecnofeudalesimo. Cosa ha ucciso il capitalismo*, Milano, 21 novembre 2023.

(anche definiti come le nuove Compagnie delle Indie⁶). Fenomeni che hanno contribuito a delineare, più in generale, uno scenario di “poli-crisi”⁷ nonché, più in particolare, all’incremento delle diseguaglianze e all’iniqua distribuzione della ricchezza, unitamente allo stravolgimento dei media e delle modalità di fare informazione (e politica). Con il conseguente consolidamento di potentati economici e la diffusione di movimenti populistici.

La ricerca di soluzioni a queste problematiche ha riaperto i riflettori, tra le altre cose, sul ruolo dell’antitrust e, segnatamente, sull’opportunità di rivederne i paradigmi, per meglio supportare la democrazia: non solo e tanto la dimensione economica quanto soprattutto la coesione politica e sociale⁸. Come vedremo di qui a poco, il vento del cambiamento ha iniziato a spirare al di là dell’oceano, raggiungendo poi il vecchio continente. Un territorio in cui è rimasto latente – ma sempre pronto a riesplodere – il malcontento verso l’*acquis* comunitario con la relativa cd. *market fatigue*⁹.

In tale prospettiva, nel prosieguo si prenderanno le mosse da una sintetica descrizione della genesi e delle fasi dell’antitrust: un esercizio utile a inquadrare il complesso tema della sfera di influenza dell’antitrust sulla democrazia. Saranno poi richiamate le recenti teorie messe appunto dalla dottrina nonché le principali novità giurisprudenziali e gli ultimi casi registrati nei mercati dove il legame tra concorrenza e democrazia appare più diretto e immediato, sì da evidenziarne i potenziali riflessi sul rapporto che le avvinca. Si concluderà provando a fornire qualche spunto di riflessione.

⁶ V. Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al 51° Forum di Cernobbio il 6 settembre 2025, nonché S. MANNONI, G. STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, 2021.

⁷ O. PALLOTTA, *Le funzioni dell’antitrust (alla prova di resistenza dell’Unione europea)*, in questa *Rivista*, 2025, pp. 1-27.

⁸ M. D’ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in MCR, 2020, pp. 235-252.

⁹ M. MONTI, *A new strategy for the single market at the service of europe’s economy and society*, Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, 2016.

2. *Genesi e fasi dell'antitrust: tra populismo, politica e scuole di pensiero*

L'*excursus* della genesi e della evoluzione dell'antitrust lascia emergere come le sue ragioni e teorie siano principalmente dipese (e dipendono) da latitudini, periodo storico e contesto politico-economico-sociale. Con una capacità di adattamento resa possibile dalle clausole generali sulle quali poggia il diritto antitrust, le quali conferiscono una natura camaleontica al relativo *enforcement*¹⁰.

Volendo riavvolgere il nastro, al di là dell'oceano, dove tutto è cominciato, la politica ha influenzato, se non determinato, la valenza iniziale, cavalcando il malcontento popolare contro i "baroni" dell'industria. Negli USA l'antitrust nasce per contrastare il potere delle grandi aggregazioni venutesi a realizzare in forma di trust: non doveva esistere un sovrano politico, tantomeno un autocrate economico; anche per il legame pericoloso che poteva costituirsi tra le due dimensioni. Andava inoltre preservato il "sogno americano" della piccola impresa di aprirsi un varco con successo tra i giganti¹¹. In tale prospettiva, si può ben dire che l'antitrust è "figlia" del populismo¹².

Negli anni '80, sotto la Presidenza Reagan, sale in cattedra la Scuola di Chicago. L'approccio strutturalista cede il passo a quello economico e neoliberale: a cavalcare la scena sono le categorie del *consumer welfare* e dell'efficienza allocativa; in assenza di effetti negativi su tali parametri, il mercato non si tocca ma si autocorregge (cd. *laissez faire*).

Passano gli anni e, di nuovo, il mutamento del contesto economico e sociale segna l'inizio di una nuova stagione: quella dei neobrandesiani (definiti così perché riprendono il pensiero del giudice Louis Bran-

¹⁰ M. RAMAJOLI, *L'antitrust è un camaleonte*, in *lavoce.info*, 3 febbraio 2025.

¹¹ C. OSTI, *Ma a che serve l'antitrust?*, in *FI*, 2015; T. WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, 2018.

¹² B. ORBACH, *Antitrust Populism*, in *New York University Journal of Law and Business*, 2017; G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, 1997; R. PARDOLESI, *Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del consumer welfare in diritto antitrust*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 1-22. All'epoca c'era infatti il timore che il potere smisurato dei grandi gruppi provocasse moti di protesta e risentimento popolare facile preda della propaganda socialista. Fu perciò sposato il principio populistico di difendere i deboli dai grandi.

deis). Questi ultimi, osservando i mercati digitali e paragonando l'era delle piattaforme a quella della *Gilded Age*, si fanno fermi sostenitori di un ritorno all'antitrust delle origini: l'abbandono dell'autocorrezione dei mercati per un approccio più interventista a supporto della democrazia a tutto tondo. Il pensiero neoliberale dei *Chicagonian* viene messo in discussione anche da una parte dei centristi e progressisti, i quali, pur non sposando la visione funzionale e sociale dell'antitrust dei cd. *Khanservatives*¹³, evidenziano la necessità di un *enforcement* più rigoroso¹⁴.

Tale ricetta, allo stato, non sembra essere stata messa in discussione dalla staffetta Biden-Trump¹⁵; ma, essendo agli esordi e considerata l'inclinazione a improvvisi e repentini cambi di rotta del Presidente americano, il condizionale risulta più che mai d'obbligo.

Al di qua dell'oceano, la politica ha parimenti inciso sull'antitrust, ma in modo diverso. Più indiretto e decisamente meno populista. In Europa, la concorrenza era un ingranaggio fondamentale di un progetto istituzionale, quello comunitario, che doveva essere accettato sulla scena mondiale. L'antitrust doveva rimuovere gli ostacoli dei privati alle libertà fondamentali, contribuendo a realizzare il Mercato Unico. Dietro c'era però anche e soprattutto la volontà di assicurare la pace – escludendo che fenomeni di concentrazione di poteri economici alimentassero movimenti estremisti – e di assicurare gli alleati che il

¹³ Jonathan Kanter e Lina Khan sono i principali esponenti dei neobrandesiani che, sotto la Presidenza Biden, hanno guidato il DoJ (Department of Justice) e l'FTC (Federal Trade Commission), autorità responsabili dell'*enforcement* antitrust negli USA.

¹⁴ E. FOX, *The Rise of the Antitrust Consensus Against Neoliberalism*, novembre 2024, in www.promarket.org.

¹⁵ V. da ultimo le dichiarazioni del DoJ sul caso Google (accessibili al seguente indirizzo Internet www.justice.gov/opa/pr/departement-justice-wins-significant-remedies-against-google): «This decision marks an important step forward in the Department of Justice's ongoing fight to protect American consumers. Under President Trump's leadership, we will continue our legal efforts to hold companies accountable for monopolistic practices» secondo l'Attorney General Pamela Bondi. «The first Trump administration sued Google to restore competition for millions of Americans subjected to Google's monopoly abuses. Today, the second Trump administration has won a remedy to do just that», ha invece dichiarato l'Assistant Attorney General Abigail Slater.

progetto comunitario non nascondesse un mega-cartello. Risultava perciò assente un percorso parlamentare e presente una strategia di geopolitica. Sul piano tecnico, poi, tanto ha pesato il pensiero ordoliberal: proteggere le libertà individuali e per esse il sistema democratico, avendo come stella polare un'economia sociale di mercato competitiva.

Successivamente, nell'UE hanno fatto breccia i parametri del *consumer welfare* e dell'efficienza allocativa tanto in voga negli USA con i *Chicagonian*. Il cd. approccio maggiormente economico elaborato da tale scuola convive ancora – soprattutto per effetto della spinta di un'autorevole dottrina¹⁶ – con la valenza politica dell'antitrust, consistente nella promozione dell'apertura e dell'integrazione dei mercati nazionali per assicurare il funzionamento del Mercato Interno. L'impronta ordolibérale è rimasta però pressoché intatta e ben presente sia negli *enforcer* sia nei giudici UE. Motivo per cui, diversamente dagli USA, negli anni si è costantemente registrato un atteggiamento più rigoroso e interventista, volto a tutelare i consumatori anche in modo indiretto, preservando *in primis* la struttura competitiva dei mercati. Una differenza di approccio che, se guardiamo al recente caso *Google*, ancora permane più nel pensiero dei giudici che negli *enforcer* americani, specie quando si interseca con la “sacra” libertà di espressione¹⁷.

¹⁶ R. PARDOLESI, *Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del consumer welfare in diritto antitrust*, in *Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2021, pp. 315-336; N. PETIT, L. RADIC, *The Superiority of the Consumer Welfare Standard*, in *LAW Working Paper 2024/20*, Fiesole, EUI.

¹⁷ F. NIOLA, *Antitrust, Google graziata negli Usa ma grigliata in Ue: quali effetti*, in www.agendadigitale.eu, 8 settembre 2025. Nell'Unione, Google è stata sanzionata dalla Commissione con un'ammenda pari a 2,95 miliardi di euro per l'abuso della propria posizione dominante lungo l'intera filiera della pubblicità display (caso AT.40670, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1992). La Commissione ha valorizzato il carattere intrinseco del conflitto di interessi derivante dall'integrazione verticale: Google vende spazi pubblicitari, controlla la piattaforma di intermediazione e disciplina le aste con tecnologie proprietarie, annodando in un unico soggetto l'offerta, la domanda e il meccanismo allocativo. È stato altresì imposto a Google di garantire la neutralità delle aste, la trasparenza dei flussi e la separazione funzionale tra ruoli incompatibili. Negli USA, la decisione del giudice Amit Mehta sul monopolio nella ricerca ha introdotto un ordine di rimedi che vieta accordi di esclusiva per i de-

Negli ultimi tempi, anche nel vecchio continente le congiunture economiche e politiche hanno alimentato le riflessioni sugli obiettivi e i paradigmi dell'antitrust nonché sulla necessità di rileggerli in chiave maggiormente democratica. Con delle forti prese di posizione della Commissione in tal senso¹⁸ e degli sviluppi giurisprudenziali che, in funzione delle peculiarità di casi e settori interessati, hanno fornito spunti interessanti sul grado di inclinazione dell'antitrust rispetto alla democrazia.

Non molto dissimile è il percorso maturato, ancorché tardivamente, in Italia. Nelle discussioni politiche che hanno condotto all'adozione della l. n. 287/90 non era troppo nascosta la volontà di "monitorare" i potentati economici dell'epoca (il cd. "CAF" – Craxi, Andreotti, Forlani *versus* Confindustria)¹⁹. E non è un caso il riferimento in tale legge all'«attuazione dell'art. 41 Cost.»²⁰. L'*enforcement* nazionale ha poi seguito, in una sorta di (obbligato) processo di osmosi, quello

fault (cioè per i meccanismi di pre-impostazione di un determinato servizio), ammette tuttavia la permanenza di remunerazioni per la posizione di motore predefinito e impone una parziale condivisione dei dati di ricerca con concorrenti. Lo stesso provvedimento, respingendo l'ipotesi di rimedi strutturali su Chrome portata avanti dal DoJ, riconosce la forza di attori emergenti come OpenAI, Anthropic e Perplexity quale fattore destinato a riequilibrare la dinamica concorrenziale. L'aspetto più eclatante resta il volume delle somme trasferite ad Apple, superiori a venti miliardi di dollari per il solo 2024, cifra che descrive l'entità di una rendita contrattuale trasformata in barriera comportamentale per l'utenza (www.justice.gov/opa/pr/departments-justice-wins-significant-remedies-against-google).

¹⁸ V. *Competition Policy Brief, A Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance*, Bruxelles, 2023, reperibile al seguente indirizzo Internet: [competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf)

[03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/kdak23001enn_competition_policy_brief_1_2023_Article102_0.pdf) e le dichiarazioni dell'ex Commissario Margrethe Vestager, *A Principles Based approach to Competition Policy* (Keynote at the Competition Law Tuesdays, 22 ottobre 2022), secondo la quale «By basing our policy intent and action on principles that stem directly from the Treaties, EU competition policy is able to pursue multiple goals, such as fairness and level-playing field, market integration, preserving competitive processes, consumer welfare, efficiency and innovation, and ultimately plurality and democracy».

¹⁹ A. PERA, *Vent'anni dopo: l'introduzione dell'antitrust in Italia*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010, pp. 441-466.

²⁰ F. AMMASSARI, G. BRUZZONE, *Commento all'art. 1, l. 287/1990*, in F. ARENA, R. CHIEPPA (a cura di) *Codice della concorrenza*, 2023, pp. 603-611.

dell'Unione, recuperando il ritardo accumulato: un immobilismo riconducibile in larga parte sia al contesto culturale, sia alla pervasività dell'intervento pubblico diretto nel nostro sistema Paese.

Alla stessa stregua di USA e UE, sul piano nazionale è stato forte il richiamo ad una visione più ampia e trasversale dell'*enforcement* antitrust. Vi sono espliciti riferimenti ai temi dell'inequità e delle disuguaglianze nelle relazioni annuali presentate dall'Autorità italiana nelle due ultime Presidenze²¹. Altrettanto accesi sono stati (e continuano) a essere i dibattiti dottrinali sui limiti (e "controlimiti") dell'antitrust, essendo ancora viva l'influenza della scuola di Chicago o comunque il pensiero neoliberale in una parte della dottrina²².

In definitiva, volendo tirare le somme, l'antitrust nasce negli USA da una storia parlamentare ben delineata e indirizzata dalla volontà populista di contrastare il potere delle grandi aggregazioni industriali sul piano economico e politico, sì da evitare pregiudizi ai soggetti coinvolti nelle dinamiche di mercato e – per il tramite dei paletti a tali aggregazioni – condizionamenti al sistema democratico.

In Europa è mancata una storia simile ma sono prevalse in ogni caso le ragioni politiche (o meglio di geopolitica): far decollare il progetto comunitario, convincere gli Americani che lo stesso non fosse teso a spartirsi il mercato ed evitare la riemersione di movimenti nazionalisti. Quindi: pace, benessere ed equilibri geopolitici²³.

²¹ Relazioni annuali AGCM sull'attività svolte nel 2016 e 2017 nonché quelle del 2023 e 2024, disponibili al sito www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali.

²² C. OSTI, *Dagli Appennini alle Ande: divagazioni su concorrenza e meritocrazia*, in MCR, 2023, pp. 147-156 e A. BOITANI, A. PEZZOLI, *Antitrust e disuguaglianze. Replica ai commenti*, in MCR, 2024, pp. 263-274; G. AMATO, R. PARDOLESI, A. NICITA, C. OSTI, P. SABBATINI, *Tavola rotonda su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, *ivi*, 2016, pp. 145-165.

²³ Un tema, quello geopolitico, che si sta paradossalmente riproponendo nei rapporti tra USA ed Europa per un asserito ingiustificato eccesso di *enforcement* nei confronti degli oligarchi dell'economia digitale (v. *Trump minaccia nuovi dazi all'Ue dopo la maxi multa a Google da 2,95 miliardi. Il colosso: «Decisione sbagliata, faremo ricorso» Sotto accusa le pratiche anticoncorrenziali nella pubblicità*, 5 settembre 2025, reperibile al seguente indirizzo: www.ilsole24ore.com/art/google-maxi-multa-ue-295-miliardi-AH5kXpTC; nonché F. MICHELETTI, *Trump's antitrust agency chief blasts EU digital rules as 'taxes on American firms' The EU is set to fine Apple and Meta for rule breaches in the coming days*, 2 aprile 2025, disponibile al seguente indirizzo:

Lo scenario italiano ricalca quelli americani ed europei ma con una peculiarità: l'antitrust doveva accompagnare (e spingere) le politiche di liberalizzazione, dovendo fare i conti con la necessità di limitare il potere economico non solo privato ma anche quello pubblico, assicurato da un esteso reticolo di partecipazioni statali.

Storie diverse legate da uno stesso filo conduttore di matrice politico: l'antitrust come strumento per una stabile e solida crescita economica nonché, ancor prima, di protezione della democrazia e della coesione sociale, con una rinnovata valenza in termini di geopolitica e di politica industriale. Tant'è vero che, pur essendo stati ancora una volta pioneristici i movimenti americani e pur avendo attraversato stagioni più o meno inclini ad una rigida implementazione dei paradigmi antitrust, le reazioni e le ultime fasi dell'*enforcement* antitrust sono pressoché speculari, con talune eccezioni nel campo della libertà di espressione.

3. Le connessioni tra l'antitrust e la democrazia: la spinta endemica a rimodulare le priorità dai "mercati tradizionali" alle "nuove frontiere"

La democrazia, oltre ad essere forma e procedura, è sostanza, valori e principi. Una società democratica implica la tutela della libertà, nelle sue varie declinazioni: politica, sociale ed economica, le cui sfere sono strettamente e intimamente connesse²⁴. La realizzazione di tale obiettivo porta con sé l'imposizione di limiti: la sfera di libertà di un soggetto finisce dove inizia quella dell'altro e così via. Con la necessità di pesi e contrappesi per riportare tutto in equilibrio.

Così stando le cose, intuitivo e pacifico è il legame tra l'antitrust e la democrazia economica²⁵. È appena il caso di ricordare che l'antitrust

www.politico.eu/article/trumps-antitrust-agency-chief-blasts-eu-digital-rules-as-taxes-on-american-firms/).

²⁴ OECD, *The interaction between competition and democracy*, cit.

²⁵ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 41, secondo il quale la tutela della concorrenza può essere correttamente definita anche come uno strumento di "democrazia economica" (nel senso che affida la selezione delle imprese di successo al "voto" di una giuria anonima formata da milioni di consumatori, in grado di scegliere liberamente e consapevolmente).

mira ad assicurare l'efficienza, l'eliminazione delle barriere all'ingresso/uscita, l'equità, la parità di trattamento, l'apertura, l'integrazione, l'assenza di compartimentazione nazionale/locale, il benessere dei consumatori. Il tutto avendo come stella polare il presidio della legalità e della meritocrazia per garantire – quantomeno nell'ordinamento dell'Unione – un'economia sociale di mercato fortemente competitiva.

La giurisprudenza dell'Unione più recente è chiara in tal senso, avendo ribadito il ruolo decisivo del parametro della concorrenza basata sui meriti²⁶. Nella sentenza *Enel*²⁷, la Corte di giustizia ha affermato che esulano da tale virtuosa forma di concorrenza la condotta di un'impresa dominante priva di alcun interesse economico, se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poi trarne profitto; così come non vi rientra la condotta che non può essere adottata da un ipotetico concorrente il quale, benché altrettanto efficiente, non sia dominante sul mercato di cui trattasi, poiché tale pratica si basa sullo sfruttamento di risorse o di mezzi propri di una tale posizione di potere economico.

Tutto ciò nella ferma convinzione che la tutela dei processi competitivi e di una effettiva concorrenza dei mercati – ancor prima di quella del benessere del consumatore – garantisce la libertà di scelta e di azione dei soggetti che vi partecipano a diverso titolo: dalle imprese ai consumatori, passando per gli utenti ai livelli intermedi della filiera produttiva.

Si tratta, all'evidenza, di una concezione ben lontana da quella Darwiniana e più vicina a quella di Rawls²⁸: l'eguale libertà di diventare diseguali, però partendo eguali²⁹. In altri termini, l'eguaglianza di

²⁶ P. IBÁÑEZ COLOMO, *Competition on the Merits*, in *CMLR*, 2024, pp. 387-416.

²⁷ Corte giust. 12 maggio 2022, C-377/20, *Enel*.

²⁸ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it., Edizioni Nuova Cultura, Roma 2008 (1994); *A Theory of Justice*, Harvard, 1971; K. JACKSON, *Antitrust and Equal Liberty*, in *Politics & Society*, 2023, pp. 337-363.

²⁹ Cfr. M. AINIS, *La libertà di diventare diseguali, ma partendo eguali un liberista non sarà mai d'accordo, un liberale sì*, recensione al libro di N. PORRO, *La Disuguaglianza fa bene. Manuale di sopravvivenza per un liberista* (Milano, 2016), 3 ottobre 2016, su *La Repubblica*.

opportunità e di capacità³⁰. L'obiettivo è impedire lesioni o deterioramenti dell'ordine pubblico economico, evitandone l'anarchico funzionamento e la supremazia del più forte sul più bravo³¹.

Ma come dicevamo, la libertà ha varie dimensioni. E lo stato in cui versa una di tali dimensioni si riverbera su quello dell'altra. Motivo per cui, in una doverosa prospettiva di istituzioni politiche ed economiche inclusive nonché di necessaria interazione tra politiche redistributive e pre-distributive, tutti i soggetti istituzionali sono chiamati a fornire il loro contributo e, quindi, anche gli *enforcer* antitrust: occorre spingere al massimo i limiti dei propri interventi per consentire una elevata coesione sociale e la più ampia partecipazione dei cittadini sul piano economico e politico³².

Un approccio siffatto porta ad escludere un'ovvietà: l'antitrust non è il rimedio a ogni male. Ma ciò non vale a scalfire i positivi riflessi collegati al suo compito essenziale: assicurare una sana e robusta "costituzione" economica, depurando i mercati dalle condotte che li avvelenano. L'azione antitrust risulta infatti funzionale ed essenziale al pieno godimento in via diretta della libertà economica e in via (più o meno) indiretta della libertà sia sociale sia politica.

Queste dimensioni, in determinati mercati, possono avere maggiori punti di tangenza – arrivando quasi a sovrapporsi, se non a fondersi – e beneficiare di un impatto più favorevole e immediato per effetto dell'antitrust³³. Dalla consolidata casistica antitrust emerge che i classici mercati in cui ciò si può verificare sono i servizi pubblici di interesse

³⁰ E. M. FOX, *Inequality: the qualified promise of competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, pp. 1-17.

³¹ Una metodologia interpretativa che, a ben vedere, è altresì in linea – ma non poteva essere altrimenti – con la tradizione costituzionale italiana, secondo la quale la concorrenza affonda le sue radici altresì nell'art. 3 della Costituzione, assicurando un'uguaglianza formale e sostanziale sul piano economico Cfr. G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in M. AINIS, G. PITRUZZELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 149-155.

³² A. BOITANI, A. PEZZOLI, *Antitrust e Lotta alle Disuguaglianze: Obiettivo Esplicito o Esternalità Consapevole?*, in *MCR*, 2023, pp. 19-48.

³³ Si riduce così il normale iato temporale per la percezione delle ricadute sociali e politiche dell'antitrust, le quali, di norma, vanno apprezzate nel medio periodo, non dovendosi fare influenzare dagli eventuali effetti collaterali (per imprese e/o consumatori) che si verificano nel breve periodo quando si contrastano le strategie dei potenti economici.

generale: la loro forte componente sociale fa sì che il consumatore benefici dell'azione antitrust anche nella veste di cittadino. Motivo per cui l'antitrust, fin dall'inizio, ha concentrato i propri sforzi su tali comparti economici, annoverandoli tra le priorità di intervento³⁴. Con un'azione incessante dalla forte connotazione politica che ha plasmato l'ordine giuridico di questi mercati: l'antitrust ha infatti accompagnato i processi di liberalizzazione e privatizzazione, contribuendo a evitare che lo sviluppo del mercato interno venisse compromesso e rallentato dalle condotte degli *ex-monopolisti*, sostanzialmente tutte imprese riconducibili, più o meno direttamente, al potere pubblico.

Rientra del resto nel "DNA" dell'antitrust la funzione complementare rispetto ai presidi delle libertà fondamentali dei cittadini e delle imprese dell'UE: si voleva (e si vuole) evitare che i risultati raggiunti nella lotta alle misure pubbliche in contrasto con tali libertà fossero (e siano) vanificati da condotte di impresa³⁵. È risultato quindi fisiologico che l'azione antitrust nei servizi pubblici di interesse generale ispirasse e incentivasse la regolazione *ex ante* di tali settori. Così, con il dichiarato fine di proseguire nell'apertura di questi mercati, il quadro normativo che si è andato via via a formare ha cristallizzato i principi basilari affermati dalla Corte di giustizia in ambito antitrust. Da qui i vari cd. pacchetti regolatori nei settori a rete: da quello delle telecomunicazioni³⁶ a quello dei trasporti³⁷, passando per i comparti delle poste³⁸ e dell'energia³⁹. Le arterie fondamentali del tessuto economico e sociale di un sistema Paese⁴⁰, liberate dall'occlusione degli *ex-monopolisti*.

³⁴ Cfr. M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, cit.

³⁵ D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

³⁶ V., *ex multis*, F. DALLE NOGARE, *Regolazione e mercato delle comunicazioni elettroniche. La storia, la governance delle regole e il nuovo Codice europeo*, Torino, 2019.

³⁷ V., *ex multis*, P. CHIRULLI (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016.

³⁸ V., *ex multis*, G. COLOMBO, *La regolazione del servizio postale nel difficile rapporto tra regole di mercato e garanzia della coesione sociale*, in RRM, 2021, pp. 206-223.

³⁹ V., *ex multis*, E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007.

⁴⁰ G. PITRUZZELLA, *Il costituzionalismo digitale tra Stati Uniti e Europa*, in questa Rivista, 2025, pp. 1-11.

Questa *escalation* regolatoria non ha però sbarrato la strada al cammino dell'*enforcement* antitrust. In aderenza alla suddetta funzione complementare, esso ha continuato a contribuire alla equità e contenibilità dei mercati dei servizi pubblici di interesse generale, sia integrando la regolazione di settore sia, a sua volta, facendone proprie le specificità nella costruzione di teorie del danno⁴¹. Un rapporto, quello tra regolazione di settore e concorrenza⁴², sempre vivo e che si sta riproponendo, come vedremo, anche per la regolazione trasversale. Su tutte, la disciplina in materia di privacy.

L'attenzione ai servizi di interesse economico generale è rimasta costante negli anni, continuando a ritagliarsi uno spazio importante nell'agenda antitrust. Dopo i settori a rete, le contingenze politiche e sociali hanno determinato (ancora una volta) lo spostamento del mirino dell'antitrust. La preoccupante crescita della spesa sostenuta dai sistemi sanitari nazionali e il loro parallelo definanziamento nel primo decennio degli anni 2000 aggravato dalla crisi finanziaria mondiale hanno spinto infatti l'antitrust a occuparsi dei mercati farmaceutici. Le priorità sono state perciò riviste per includere nel raggio d'azione le criticità presenti in tali mercati, alcune delle quali erano state messe in luce dall'indagine di settore della Commissione⁴³.

Nell'ultimo ventennio, sono stati avviati e conclusi casi a livello UE (*Astrazeneca*⁴⁴ e *Lundbeck*⁴⁵) e nazionale (*Pfizer*⁴⁶, *Roche Novartis*⁴⁷, *Aspen*⁴⁸ e *Leadiant*⁴⁹), sfociati in decisioni che hanno tutelato e rafforzato la libertà di scelta dei consumatori o meglio dei pazienti⁵⁰. Un esi-

⁴¹ La riprova più evidente sta nell'evoluzione della fattispecie del *margin squeeze*, rispetto alla quale, in *Slovak Telecom* (Corte giust. 25 marzo 2021, C-165/19 P), la Corte ha stabilito che non fosse necessario soffermarsi sull'indispensabilità dell'input a monte laddove l'obbligo di accesso fosse imposto dalle regole di settore.

⁴² V., *ex multis*, G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001.

⁴³ Commissione UE, 8 luglio 2009, *Final report*, IP/09/1098.

⁴⁴ Corte giust. 6 dicembre 2012, C-457/10 P.

⁴⁵ Corte giust. 25 marzo 2021, C-591/16 P.

⁴⁶ Cons. Stato, sentenza n. 693/2014.

⁴⁷ Cons. Stato, sentenza n. 4990/2019 e Corte giust. 23 gennaio 2018, C-179/16.

⁴⁸ Cons. Stato, sentenza n. 1832/2020.

⁴⁹ Cons. Stato, sentenza n. 2967/2024.

⁵⁰ *Ibidem*

to al quale si è addivenuti per il tramite di delicati esercizi di bilanciamento dei contrapposti principi e interessi in gioco, contrastando le strategie che facevano leva sull'utilizzo anticompetitivo dei diritti di privativa (tramite l'imposizione di prezzi eccessivi e la soppressione della concorrenza dei genericisti) e degli strumenti contemplati dalle regole di settore (tramite condotte di *regulatory gaming* e di abuso del diritto) con una rilevante azione di supporto dell'antitrust a favore dei regolatori⁵¹.

I consumatori/pazienti hanno beneficiato degli effetti immediati e tangibili conseguenti all'*enforcement* antitrust, essendo stati agevolati nell'accesso alle cure sanitarie a condizioni economiche migliori, soprattutto per il tramite della spinta alla diffusione dei farmaci generici. Al portato puramente economico di questi interventi (costi minori per i pazienti e risparmio per i sistemi sanitari nazionali) si è affiancato perciò quello della coesione sociale, avendo contribuito ad abbattere iniquità e disuguaglianze nel pieno godimento del diritto costituzionale alla salute.

Tutto ciò ha fatto riemergere l'antico e mai sopito dibattito sulle finalità dell'antitrust e sulla necessità di un loro allargamento per abbracciare la lotta alle disuguaglianze e alle ingiustizie sociali, rilanciandolo, come agli esordi, nel contrasto alle criticità non solo economiche ma anche politiche. Tale dibattito, come già anticipato, è andato via via crescendo sempre di più in ragione di duraturi periodi di stagnazione economica, della scarsità delle risorse, dell'assenza di politiche fiscali e sociali adeguate, dell'iniqua distribuzione della ricchezza e, da ultimo, dello stravolgimento dei media con l'avvento del cd. capitalismo della sorveglianza e del feudalesimo digitale dei cd. tecnoligarchi. Congiunture che hanno condotto la comunità antitrust, nel periodo più recente, a mantenere alta la propria attenzione sui mercati caratterizzati da un'elevata connotazione politica e sociale, convogliandola sul mercato del lavoro nonché sui mercati delle idee e dell'attenzione.

⁵¹ V. L. ARNAUDO, G. PITRUZZELLA, *La cura della concorrenza. L'industria farmaceutica tra diritti e profitti*, Roma, 2019.

4. *L'enforcement nei mercati del lavoro: il lavoratore come input essenziale della concorrenza*

I mercati del lavoro presentano una dimensione trasversale dal momento che le criticità nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratori sono riscontrabili in ogni settore economico. L'*enforcement* in tali mercati viene definito come l'ultima frontiera dell'antitrust, essendo recenti i primi interventi in questi comparti. Un'azione che si pone in continuità con la scuola di pensiero ordoliberal in Europa e per certi versi quella neobrandesiana negli USA, le quali fanno leva sull'antitrust per l'affermazione di una economia sociale di mercato fortemente competitiva. Quest'ultima, in linea, del resto, con quanto previsto dal diritto primario dell'Unione, essendo espressamente menzionata nell'art. 3, TUE⁵². A dire il vero, poi, la necessità di monitorare e, se del caso, intervenire sui mercati del lavoro affonda le proprie radici anche nella teoria economica, essendovi posizioni secondo le quali è possibile rinvenire un rapporto inverso tra l'accumulo del potere di mercato e le condizioni in cui versano i lavoratori⁵³.

Negli USA l'*enforcement* nei mercati del lavoro ha scalato le priorità dell'agenda antitrust⁵⁴. Probabilmente per le caratteristiche di tali mercati (forte dinamismo) e della regolazione americana (poco rigida). Fattori suscettibili di consentire un'elevata mobilità per la forza lavoro altamente qualificata. Con il conseguente interesse delle imprese a limitarla per contenere i costi che ciò può comportare e, nei mercati digitali, per scandire a proprio piacimento i processi di innovazione tramite la forza lavoro altamente qualificata che ne costituiscono il carbu-

⁵² M. BERNATT, *Competition law through the lenses of national constitutions: connecting competitive markets with socio-economic and environmental values*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, pp. 284-314.

⁵³ V. CAFORIO, M. MAGGIOLINO, *Quando la concorrenza e la sua tutela fanno bene ai lavoratori*, in *MCR*, 2023, pp. 49-76; T. BOERI, A. GARNERO, L.G. LUISETTO, *Non-Compete Agreements in a Rigid Labour Market: The Case of Italy*, in *IZA Discussion Paper No. 16021*, 2023, pp. 1-55.

⁵⁴ Cfr. OECD, *The Interaction between Competition and Democracy – Note by the United States*, 3 dicembre 2024, cit., nonché le Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, disponibili al seguente indirizzo: www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf.

rante: in tali mercati i lavoratori rappresentano infatti più che mai dei veri e propri asset strategici. Oltre all'adozione di apposite linee guida e alle dichiarazioni ufficiali dei rappresentanti delle istituzioni americane, sono stati condotti svariati casi, specie nei comparti digitali dove per primi si è avvertita l'esigenza di un intervento antitrust⁵⁵.

Come di consueto, l'Europa non è rimasta insensibile all'influenza americana. Sono stati così avviati i primi casi anche al di qua dell'oceano. La spinta maggiore è arrivata però più che dalla Commissione dalle istanze portate avanti a livello nazionale sia dai privati che dagli *enforcer*. L'attivismo di questi ultimi ha fatto sì che giungessero all'attenzione della Corte di giustizia i primi casi, maturati prevalentemente all'interno di un settore economico caratterizzato da una dimensione spiccatamente sociale e altamente politicizzato: lo sport.

La consacrazione del diritto antitrust UE nei mercati del lavoro è avvenuta infatti con le recenti sentenze *Antwerp* e *Diarra*⁵⁶. In tali pronunce, la Corte ha definito i giocatori professionisti di calcio – forza lavoro altamente qualificata – una risorsa essenziale per l'attività economica dei club professionistici e quindi per la definizione delle loro strategie. Un approccio non molto diverso da quello seguito negli USA in relazione ai lavoratori altamente qualificati delle *Big Tech*⁵⁷.

Più nello specifico, la Corte, nella causa *Diarra*, si è pronunciata per la prima volta sui cd. *no-poach agreement*, qualificandoli come una intesa restrittiva per oggetto. Tale fattispecie, come osservato dalla dottrina, insieme ai cd. accordi di *wage fixing* rappresentano un nuovo paradigma in ambito antitrust: con i primi le imprese si impegnano a

⁵⁵ E. A. POSNER, R. ZHENG, *The Silicon Valley No-Poach Conspiracy*, in *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, 2025, spec. pp. 25-28, disponibile al seguente indirizzo: chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/10332025.

⁵⁶ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-680/21, *Royal Antwerp Football Club*, e 4 ottobre 2024, BZ/FIFA and URBSFA, C-650/22. Per un commento v. R. PARRISH, *Royal Antwerp and home-grown players: re-shaping sports governance and EU sports law and policy*, in *The International Sports Law Journal*, 2024; A. SCHETTINO, A. CONI, *La tutela dei vivai calcistici: gli equilibri tra sport, concorrenza e lavoro*, in *Concorrenza e Mercato*, 2025, pp. 170-204, e, degli stessi Autori, *The Football Transfer System Under EU Judicial Scrutiny: FIFA Called Offside Once Again in the Diarra Case*, in *EJ*, 2025, pp. 237-257.

⁵⁷ E.A. POSNER, R. ZHENG, *op. cit.*

non sollecitare e/o a non assumere i rispettivi dipendenti, ovvero a non farsi concorrenza nel mercato del lavoro, limitandone la mobilità; con i secondi le imprese addivengono alla comune fissazione dei salari ovvero di altri elementi della retribuzione dei rispettivi dipendenti.

La teoria del danno costruita intorno a tali accordi consiste nel fatto che la limitazione della concorrenza tra datori di lavoro impedisce ai lavoratori di beneficiare di stipendi più alti o maggiori benefit e, al contempo, preclude loro la possibilità di accedere a migliori opportunità di impiego. Con la conseguenza che i benefici di un'azione antitrust ricadono in maniera pressoché diretta e immediata sui lavoratori, migliorandone le condizioni economiche e le prospettive di mobilità.

Ritorna qui, pertanto, ancora una volta il nesso tra l'antitrust e le libertà fondamentali, nella specie, quella della circolazione dei lavoratori. Non a caso le sentenze *Antwerp* e *Diarra* hanno stigmatizzato le regole imposte dalle federazioni di calcio sia sul piano antitrust sia sul piano delle libertà fondamentali, mandando un messaggio forte e chiaro alla comunità dello sport.

La platea dei destinatari di tale messaggio potrebbe essere però più estesa, essendo coinvolti, in un certo qual modo, tutti gli ordini professionali. Ciò in quanto la matrice ispiratrice delle sentenze *Antwerp* e *Diarra* è stata quella di assicurare una buona governance – e quindi un regime democratico – in un contesto economico e sociale dove le federazioni sportive (come gli ordini professionali) detengono un potere regolatorio il cui esercizio postula risvolti significativi per la vita professionale degli atleti (e, più in generale, dei professionisti di un determinato ordine).

A ben vedere, poi, il pervasivo potere regolatorio delle federazioni sportive non è molto dissimile da quello vantato da talune piattaforme digitali che svolgono una funzione di *gatekeeper*. Si ritiene perciò che valgano anche per tali soggetti i principi affermati dai giudici dell'Unione nel caso *Superlega*⁵⁸ sul combinato disposto degli artt. 102 e 106, par. 1, TFUE⁵⁹ – che peraltro sviluppano le argomentazioni alla

⁵⁸ Corte giust. 21 dicembre 2023, C-333/21, *European Superleague Company* e, in pari data, C-124/21 P, *International Skating Union/Commissione*.

⁵⁹ P.I. COLOMO, *Will Article 106 TFEU Case Law Transform EU Competition Law?*, in JECLAP, 2022.

base della sentenza *Google Shopping*⁶⁰ – al fine di superare le criticità competitive legate alle situazioni di conflitto di interessi in cui versano le imprese che – come le suddette piattaforme – regolano i servizi che esse stesse prestano sul mercato in competizione con altre imprese.

Nello specifico, i giudici dell'Unione, nel caso *Superlega*, hanno esteso l'ambito applicativo di tali norme (e quindi la teoria del cd. abuso inevitabile)⁶¹ anche alle imprese private, con una motivazione che – è bene ribadirlo – sembra riflettere un approccio generale e non strettamente legato al caso di specie, in cui si censurava l'esercizio arbitrario e discrezionale del potere regolatorio delle federazioni⁶².

Secondo la Corte di giustizia, infatti, l'estensione degli obblighi funzionali ad assicurare una parità di trattamento e una buona governance si imporrebbe "ancor più" laddove è con il suo comportamento autonomo, e non in ragione dell'attribuzione di diritti esclusivi o speciali da parte di uno Stato membro, che un'impresa dominante si assicura una posizione che le consente di poter impedire a imprese potenzialmente concorrenti di accedere a un certo mercato⁶³. Una situazione che appare del tutto sovrapponibile a quella presente nell'economia digitale, dove le piattaforme con un ruolo di cd. *gatekeeper* possono scandire le dinamiche competitive di un mercato, dettando le regole di accesso e permanenza delle imprese concorrenti. In tali casi, perciò, può venire in soccorso quella norma «di chiara oscurità»⁶⁴ contemplata dall'art. 106, par. 1, TFUE, la quale ha giocato un ruolo fondamentale nei processi di liberalizzazione dei settori in cui erano presenti i

⁶⁰ Tribunale 10 novembre 2021, T-612/17, *Google Shopping*, confermata in appello; v. Corte giust. 10 settembre 2024, C-48/22 P.

⁶¹ F. FERRARO, *Evoluzione o involuzione del diritto della concorrenza nella sentenza Superleague?*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, pp. 1-18.

⁶² A. SCHETTINO, A. CONI, *La governance dello sport e le regole antitrust alla "VAR" dei giudici UE: i casi European Superleague Company e International Skating Union*, in *DUE*, 2024; J. C. RODA, *What if the Super League Case Was about the Digital Market?*, in *JECLAP*, 2024; R. AGAFONOVA, *ISU and Superleague judgments: sports governance in the market driven era*, in *The International Sports Law Journal*, febbraio 2024, p. 441.

⁶³ Cfr. *European Superleague Company*, cit., punto 137.

⁶⁴ Conclusioni dell'Avv. gen. Tesaro, del 13 febbraio 1990, C-202/88, *Terminali di telecomunicazioni*, par. 11.

monopolisti e gli *ex*-monopolisti di Stato. Con la conseguenza che tale norma potrebbe essere chiamata a svolgere la stessa funzione nell'economia digitale, contribuendo a rafforzare l'equità, la contendibilità, la trasparenza e la neutralità tecnologica.

Rilevanti novità per i mercati del lavoro stanno emergendo anche dal controllo delle operazioni di concentrazione. In tale ambito sta prendendo sempre maggiore piede l'idea che nelle disamine delle operazioni di acquisizione e fusione debbano essere accesi i riflettori anche sull'impatto per il benessere della forza lavoro. Il che, a ben vedere, specie per i lavoratori altamente qualificati, si pone in linea con i principi affermati nelle sentenze *Antwerp* e *Diarra*.

In tale prospettiva, in dottrina sono stati proposti accorgimenti, sul piano operativo, per valutare gli effetti di una concentrazione dal punto di vista non solo dell'offerta ma anche della domanda delle risorse rappresentate dalla forza lavoro. E per agevolare una tale analisi è stato individuato il cd. SSNDW test ("*small but significant and non-transitory decrease in wages*": diminuzione piccola, ma significativa e non transitoria dei salari), strumento che si affiancherebbe al tradizionale SSNIP test⁶⁵.

Ulteriore novità, sempre in materia di concentrazioni, è rappresentata dalla cd. categoria delle *acqui-hiring*: il processo di acquisizione da parte di una azienda di talenti piuttosto che di prodotti o servizi. Si è infatti posto il tema se delle operazioni siffatte – comuni soprattutto nei mercati digitali e in quelli farmaceutici (e cioè i mercati ad alta intensità di ricerca e sviluppo) – possano dar luogo o meno a una concentrazione, con la necessità di rispettare i relativi parametri imposti dall'antitrust.

In proposito vale menzionare un recente caso che ha destato particolare attenzione nella comunità antitrust, quello relativo all'operazione *Microsoft/Inflection AI*⁶⁶. In tale caso, l'Autorità tedesca ha fornito una risposta positiva alla questione suddetta, non ritenendo però di poter esprimersi nel merito perché l'operazione non soddisfa-

⁶⁵ J. BROULÍK, *How to Define Relevant Labour Markets?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 2024.

⁶⁶ B. CHRISTIAN BECKER, F. BIEN, T. DOGANOGLU, *Microsoft/Inflection: Direct Hiring as a New Challenge for Merger Control*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 2025.

ceva le soglie previste nell'ordinamento tedesco. Al riguardo va detto però che, oltre al fattore lavoro, è stato altresì preso in considerazione il passaggio di diritti di privativa, ponendo perciò l'ulteriore questione se la conclusione sarebbe stata diversa laddove l'accordo avesse riguardato soltanto la forza lavoro. Ciò non toglie rilievo a tale decisione in quanto dà la stura a successive riflessioni, anche alla luce dell'ultima giurisprudenza UE sopra riportata, stimolando la ricerca di soluzioni normative volte ad assicurare che questo tipo di operazioni non pregiudichi gli equilibri concorrenziali e le condizioni dei lavoratori interessati.

Questa è del resto la direzione nella quale si sta muovendo la Commissione laddove si consideri la consultazione lanciata per la revisione delle linee guida sulle concentrazioni orizzontali e verticali⁶⁷. In tale ambito, la Commissione riconosce che le concentrazioni non devono più essere valutate solo da una prospettiva economicista-industriale, tutelando in modo ortodosso i soli interessi dei consumatori, ma che possono anche produrre effetti negativi sui lavoratori.

Ciò implica la volontà di rafforzare l'*enforcement* includendo obiettivi di interesse pubblico. Nel documento introduttivo alla consultazione, la Commissione afferma infatti che il nuovo quadro dovrà «rafforzare l'efficacia dell'*enforcement*» ma anche valutare «in che misura il controllo delle concentrazioni possa contribuire ad altri obiettivi di interesse pubblico». Il riferimento al lavoro e alla giustizia sociale non è dunque più marginale, ma parte integrante di questa evoluzione⁶⁸.

L'azione di *policy* della Commissione è peraltro coerente con le iniziative di *enforcement*, avendo sanzionato, per la prima volta, un cartello posto in essere da Delivery Hero e Glovo nel mercato del *food delivery*, i quali si erano coordinati, tra le altre cose, per non sottrarsi reciprocamente dipendenti tramite clausole di non assunzione⁶⁹.

⁶⁷ Le relative informazioni sono reperibili ai seguenti indirizzi competition-policy.ec.europa.eu/mergers/review-merger-guidelines_en; ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1141

⁶⁸ U. GAMBINI, A. MASSOLO, F. RICCHI, *Quando le fusioni toccano il lavoro: l'Antitrust Ue cambia rotta*, in www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/quando-le-fusioni-toccano-il-lavoro-lantitrust-ue-cambia-rotta/, 25 luglio 2025.

⁶⁹ Commissione, decisione del 2 giugno 2025 C(2025) 3304 final, AT.40795.

5. *Il rinnovato focus sui mercati delle idee e dell'attenzione: tra conservazione e (i vari livelli di) eterointegrazione dei paradigmi antitrust*

Più recentemente, l'attenzione è convogliata sui cd. mercati delle idee⁷⁰ e dell'attenzione⁷¹. Si tratta, in entrambi i casi, di metafore che

⁷⁰ La paternità di tale espressione è da attribuire alla giurisprudenza americana della prima metà del Novecento: con la stessa venivano indicati i mercati in cui si dipanavano le dinamiche competitive legate ai servizi dell'informazione, ponendo l'accento sulla necessità di assicurare il libero scambio delle idee sul piano politico prima ancora che economico. Cfr. M. RAMAJOLI, *I pericoli del marketplace of ideas. Considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 1, 2018. Sarebbe stato il giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes jr. ad averla impiegata nella sua *dissenting* opinion nel caso *Abrams v. United States* (1919). Più precisamente, egli parlava di «free trade of ideas», e cioè di libero scambio delle idee, precisando che «the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market». È stato in realtà il giudice della Corte Suprema William O. Douglas a impiegare il termine *marketplace of ideas* nella decisione del caso *United States v. Rumely* (1953). Questa metafora si fonda su alcuni concetti dell'ordinamento statunitense: (i) il mercato è presentato come il luogo della libertà, con un valore etico, prima ancora che economico; e, più a monte, la garanzia dei diritti economici si pone come conseguenza diretta del riconoscimento dei diritti di libertà civile e politica dei cittadini; (ii) la libertà di espressione non viene intesa come un diritto naturale meramente individuale, ma alla stregua di un bene comune. In tale prospettiva il massimo benessere per la collettività è raggiunto solo consentendo la più libera espressione degli interessi individuali: se il diritto individuale riceve una tutela piena, ne seguirà il vantaggio sociale del reciproco confrontarsi delle idee. È il cd. pluralismo esterno: far accedere al mercato quante più voci consentano i mezzi tecnici di trasmissione, cosicché tutti i consociati possano accedere a una varietà di opinioni diverse.

⁷¹ L'espressione mercati dell'attenzione viene utilizzata per evidenziare come in determinati mercati le imprese competano, per l'appunto, per l'attenzione dei consumatori, rappresentando quest'ultima il corrispettivo dei servizi offerti dalle piattaforme nell'ambito della cd. *zero-price-economy*. Una merce, quella dell'attenzione umana, che costituisce un bene scarso e, quindi, prezioso per le piattaforme, in ragione del sovraccarico di informazioni cui sono esposti i consumatori (cfr. J. M. NEWMAN, *Antitrust in Attention Markets: Objections and Responses*, in *Santa Clara Law Review*, 2020, e *Antitrust in Attention Markets: Definition, Power, Harm*, in *University of Miami Legal Studies Research Paper No. 3745839*, 2020; B. ORBACH, *Policy realignment and competition in attention markets*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, pp.

nel gergo della letteratura antitrust sono state rispolverate per fare generico riferimento, nell'era dell'economia digitale, ai settori dei media, della pubblicità e del marketing, mettendo in risalto gli stravolgimenti legati all'avvento delle piattaforme e degli ecosistemi costituiti dai cd. tecno-oligarchi. Altro è invece identificare i mercati rilevanti nell'*enforcement* antitrust. Ciò avviene sulla base di parametri e criteri economici definiti nell'apposita comunicazione della Commissione UE che racchiude prassi e giurisprudenza⁷². L'obiettivo è, come noto, delimitare lo spazio competitivo dove si registrano le pressioni concorrenziali tra le imprese oggetto di istruttoria.

Sul piano operativo, viste le specificità dell'economia digitale e le caratteristiche strutturali delle piattaforme, l'identificazione dei mercati rilevanti va effettuata prendendo le mosse dalla nozione di ecosistema per poi addentrarsi nei vari strati che lo compongono, scendendo sempre più nello specifico del singolo o dei singoli mercati che rilevano per la disamina di una o più condotte⁷³.

247-252; T. WU, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2019).

⁷² Comunicazione della Commissione, del 22 febbraio 2024, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, C/2024/1645.

⁷³ Cfr. G. OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Rivista delle società*, 2017, pp. 815-824. Tale approccio, in presenza di piattaforme multiversanti, può condurre alla definizione di un mercato rilevante del prodotto per i prodotti offerti da una piattaforma nel suo complesso (cd. approccio mono-mercato), sì da comprendere tutti i gruppi (o più gruppi) di utenti, oppure alla definizione di mercati rilevanti del prodotto separati (benché correlati) per i prodotti offerti su ciascun lato della piattaforma (cd. approccio multi-mercato); v., in tal senso, la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'UE in materia di concorrenza, cit., punti 94-95. Questa è del resto la metodologia seguita nel recente caso *Facebook Marketplace* (decisione della Commissione del 14 novembre 2024, C(2024) 8053 final, AT.40684), concluso con una sanzione pari circa 800 milioni di euro inflitta dalla Commissione, la quale ha accertato che Facebook ha violato l'art. 102 TFUE, sia per aver collegato il suo servizio di annunci classificati online, Facebook Marketplace, con il suo social network, Facebook, sia per aver imposto condizioni di transazione non eque ad altri fornitori di servizi di annunci online. In tale caso non v'è traccia né del mercato delle idee, né di quello dell'attenzione (cfr. D. MÂNDRESCU, *Facebook Marketplace: A Textbook Landmark Case For the Enforcement of EU Competition Law in the Digital Economy*, in *Kluwer Competition Law Blog*, luglio

Ad ogni modo, nei mercati ascrivibili alle più ampie categorie dei mercati delle idee e dell'attenzione emerge in tutta la sua complessità non solo la dimensione sociale della libertà ma anche quella politica; con la conseguenza che le distorsioni competitive nei mercati suddetti sono suscettibili di affliggere tali libertà, prima ancora che la sfera economica. Molto ha inciso il mutamento delle fonti di informazione, con l'affiancamento delle piattaforme ai media tradizionali. Divenute per talune categorie di utenti il canale pressoché principale⁷⁴. E l'informazione, si sa, è potere prima di tutto politico e poi economico. Motivo per cui i processi di innovazione e distruzione creatrice relativi al modo di fare informazione vanno monitorati con attenzione per depurarli da eventuali criticità.

Da qui la necessità di disciplinare e arginare gli aspetti problematici collegati all'emersione dell'algocrazia, alimentata dal feudalesimo digitale e dal capitalismo della sorveglianza⁷⁵, per contenere l'uso distortivo (e distopico) degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale, pilastri di questa nuova forma di governo. Strumenti che si nutrono di dati e abitudini dei consumatori per monopolizzare la loro attenzione e monetizzare i propri servizi sui connessi mercati della pubblicità online, conferendo alle piattaforme un penetrante potere (di fatto) regolatorio – connotato alla loro veste di *gatekeeper* – esercitato in una evidente situazione di conflitto di interessi, dovuta agli incentivi a tutelare e rafforzare i propri ecosistemi⁷⁶.

In tale prospettiva risulta perciò corroborata (anche e soprattutto in tali comparti) la necessità di rifarsi alla concezione ordoliberal se-

2025). Invero, la Commissione, in linea con il caso *Google Shopping* (decisione della Commissione del 27 giugno 2017, C(2017) 4444 final della Commissione, caso AT.39740), partendo dall'ecosistema Facebook, ha individuato il mercato delle piattaforme di *social network* per uso personale, il mercato degli annunci *display* e quello del *marketplace*.

⁷⁴ O. PALLOTTA, *Fornitori di media di servizio pubblico e pluralismo interno nell'era digitale. Riflessioni sulla concessionaria italiana alla luce del diritto UE*, in *EJ*, 2025, pp. 1-13.

⁷⁵ Y. VAROUFAKIS, *op. cit.*

⁷⁶ S. MAKRI, F. LUBINSKI, *Antitrust and complex democracy: Reclaiming markets from Technofeudalism*, in *Concurrences*, n. 7, 2025.

condo la quale il mercato è un ottimo servo ma un cattivo padrone⁷⁷, dovendo più che mai preservare e incoraggiare, anzitutto, la concorrenza dinamica⁷⁸. L'innovazione rappresenta infatti la chiave principale per scardinare i monopoli digitali, garantendo e al contempo evitando il consolidamento di legami troppo stretti tra gli attori economici e le istituzioni politiche⁷⁹. Non è però sufficiente garantire il pluralismo (economico e informativo). Vanno altresì monitorati gli equilibri nei rapporti tra le piattaforme e i consumatori, giacché l'ampliamento dei canali di informazione non restituisce la certezza di attribuire agli utenti la sovranità digitale, non avendo questi ultimi la stessa forza contrattuale e lo stesso *know-how* delle piattaforme⁸⁰.

Per tali ragioni, i mercati delle idee e dell'attenzione sono quelli che, da sempre, meglio riflettono il dibattito sull'antitrust come strumento di democrazia. Il nucleo fondamentale da preservare è quello della libertà di informazione e manifestazione del pensiero (attiva e passiva) nell'economia digitale. Tutto ciò impone di includere tali mercati nell'agenda degli *enforcer*. Il che pone il delicato tema delle modalità di intervento e di costruzione delle teorie del danno: il nodo cruciale è se la democrazia – con le sue componenti essenziali, su tutte pluralismo e libertà di pensiero – debba essere integrata o meno nel paradigma antitrust.

Più nel dettaglio, se può darsi ormai acquisita la tesi secondo la quale l'inserimento dei mercati ad alta componente sociale nelle priorità delle autorità antitrust rappresenti il principale mezzo per fornire un contributo (più o meno) diretto o indiretto con esternalità positive (più o meno consapevoli) alla tenuta democratica di tali mercati⁸¹ (come del resto testimoniato dall'*excursus* prima riportato), si dibatte an-

⁷⁷ M. MONTI, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea*, Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, 9 maggio 2010, p. 12.

⁷⁸ M. LIBERTINI, *op. cit.*, pp. 35-42.

⁷⁹ S. MANNONI, G. STAZI, *op. cit.*

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ A. BOITANI, A. PEZZOLI, *Antitrust e Lotta alle Disuguaglianze: Obiettivo Esplicito o Esternalità Consapevole?*, *op. cit.*

cora sull'opportunità di stravolgere o meno i paradigmi antitrust allorché si interviene in questi contesti economici⁸².

Secondo un primo orientamento, occorre solo rendere più rigido e intensificare l'azione antitrust, senza modificare la cassetta degli attrezzi, per non incorrere nel rischio di alternarne ratio e finalità, conferendo agli *enforcer* il delicato compito – primariamente politico o comunque proprio di un regolatore – di contemperare gli interessi generali con quelli economici (cd. approccio dinamico)⁸³.

Secondo un altro orientamento, i valori della democrazia dovrebbero essere inclusi nelle tradizionali categorie antitrust, per meglio intercettare le problematiche sociali e politiche presenti nei mercati delle idee e dell'attenzione; con la conseguente inclusione del pluralismo (economico e politico) negli obiettivi dell'antitrust – come pure nell'elaborazione delle teorie del danno per intercettare criticità sociali e nella valutazione delle giustificazioni fornite dall'impresa – ampliando, in entrambe le prospettive (accusa e difesa), la categoria del benessere dei consumatori (cd. approccio integrato)⁸⁴.

Tra questi c'è poi un orientamento intermedio che, rifacendosi in buona sostanza al rapporto di complementarità tra regolazione e antitrust, ritiene di poter appoggiarsi alla prima come una sorta di parametro esterno, facendo permeare in maniera meno invasiva nell'intervento antitrust obiettivi ed esigenze incarnati dalle regole di settore. Con una incorporazione più limitata rispetto all'approccio integrato,

⁸² Tali discussioni si pongono nel solco tracciato da quelle sviluppate nell'ambito del coevo (e perenne) dibattito sull'antitrust come strumento per realizzare gli obiettivi di interesse generale di stampo pubblicistico propri della politica: un approccio riconducibile alla teoria che propugna la cd. funzionalizzazione del diritto antitrust. V., *ex multis*, O. PALLOTTA, *Le funzioni dell'antitrust*, cit.; E. IOSSA, F. MATTONAI, *Il contributo dell'Agcm allo sviluppo della sostenibilità*, in MCR, 2023, pp. 365-390.

⁸³ Cfr. D.A. CRANE, *Antitrust as an Instrument of Democracy*, in *Duke Law Journal Online*, 2022; S.W. WALLER, *Discretionary Justice in Antitrust*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024.

⁸⁴ V.H.S.E. ROBERTSON, *Antitrust, Big Tech, and Democracy: A Research Agenda*, in *Antitrust Bull.*, 2022; ID., *Demokratiedefizite auf digitalen Märkten aus kartellrechtlicher Sicht*, in M. WENDLAND, I. EISENBERGER, R. NIEMANN (hrsg.), *Smart Regulation: Theorie- und evidenzbasierte Politik*, Tubinga, 2023.

senza torsioni interpretative, evitando di stravolgere finalità e paradigmi antitrust⁸⁵.

A supporto di tale orientamento, viene richiamata la sentenza *Meta*⁸⁶. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante, può risultare necessario verificare anche la conformità della condotta di un'impresa a norme diverse dall'antitrust, quali quelle sulla protezione dei dati personali (cd. GDPR)⁸⁷, poste a presidio di diritti e libertà fondamentali delle persone fisiche per il trattamento dei dati personali e della loro libera circolazione nell'UE. L'accesso a tali dati e il relativo sfruttamento rivestono un'importanza fondamentale nell'economia digitale (come fonte di finanziamento e strutturazione del modello di business)⁸⁸, rappresentando un parametro significativo della concorrenza fra le imprese. Pertanto, escludere le norme suddette dal contesto giuridico che l'*enforcer* deve prendere in considerazione ignorerebbe la realtà di tale evoluzione economica e potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto antitrust nell'UE.

Sicché, questa metodologia potrebbe essere riproposta⁸⁹, a seconda dei casi e delle condotte, analizzando i parametri esterni rinvenibili in altre norme poste a presidio della democrazia, quali quelle contempla-

⁸⁵ A. EZRACHI, V.H.S.E ROBERTSON, *Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, pp. 315–327.

⁸⁶ Corte giust. 4 luglio 2023, C-252/21.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ V. FALCE, *I dati come antidoto e leva concorrenziale. L'equilibrio mobile tra accesso e controllo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2024, pp. 207–225.

⁸⁹ A. C. WITT, *Meta v Bundeskartellamt-data-based conduct between antitrust law and regulation*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024.

te dai cd. *DSA*⁹⁰ e *RTPA*⁹¹. E la stessa valenza di parametro esterno potrebbe essere conferita ai cd. *AI ACT*⁹² e al *Media Freedom Act*⁹³.

Sul piano strettamente operativo, una delle fattispecie che ben potrebbe prestarsi all'applicazione della metodologia appena descritta è quella dei cd. abusi di sfruttamento: illecito anticoncorrenziale che

⁹⁰ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali, cd. DSA). Il DSA mira, infatti, a garantire un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile, in cui i diritti fondamentali degli utenti dei servizi digitali siano efficacemente tutelati e l'innovazione sia agevolata, contrastando la diffusione di contenuti illegali online e i rischi per la società che la diffusione della disinformazione o di altri contenuti illeciti o nocivi può generare.

⁹¹ Regolamento (UE) 2024/900 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, relativo alla trasparenza e al *targeting* della pubblicità politica. Esso mira a contribuire al corretto funzionamento del mercato interno della pubblicità politica e a sostenere un dibattito politico aperto ed equo, affrontando le preoccupazioni legate alla manipolazione delle informazioni e all'interferenza straniera nelle elezioni, oltre al trattamento dei dati personali a fini di pubblicità politica.

⁹² Regolamento (UE) 2024/1689 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (cd. *AI ACT*). In sintesi, esso mira a incoraggiare lo sviluppo e l'adozione di sistemi di intelligenza artificiale (IA) sicuri e affidabili in tutto il mercato unico dell'UE sia nel settore pubblico che in quello privato, garantendo al contempo la salute e la sicurezza dei cittadini dell'UE e il rispetto dei diritti fondamentali. Il regolamento stabilisce norme basate sul rischio per quanto riguarda: l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'utilizzo di taluni sistemi IA; il divieto di determinate pratiche di IA; i requisiti e gli obblighi relativi ai sistemi di IA ad alto rischio; la trasparenza per taluni sistemi di IA; la trasparenza e la gestione dei rischi per i modelli di IA per finalità generali (modelli IA potenti che supportano i sistemi IA in grado di svolgere una vasta gamma di compiti); il monitoraggio del mercato, la vigilanza del mercato, la governance e l'esecuzione; il sostegno all'innovazione, concentrandosi sulle piccole e medie imprese (PMI) e sulle *start-up*. Sono previste alcune esenzioni, come ad esempio per i sistemi utilizzati solo a fini militari e di difesa o a fini di ricerca.

⁹³ Regolamento (UE) 2024/1083 che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno. Tale regolamento è volto a: rafforzare la libertà editoriale e l'indipendenza dei fornitori di servizi di media; garantire che i fornitori di servizi di media possano operare più facilmente a livello transfrontaliero nel mercato interno dell'UE; consentire ai fornitori di servizi di media di beneficiare della trasformazione digitale dello spazio dei media; istituire garanzie per i fornitori di servizi di media e i giornalisti dalle interferenze; aumentare la trasparenza sul mercato, in particolare per quanto riguarda la proprietà dei media o l'assegnazione di pubblicità statali; rafforzare la cooperazione e la convergenza in materia di regolamentazione.

ruota intorno al concetto di iniquità nei rapporti tra un'impresa dominante e i consumatori.

Il ricorso a una tale fattispecie consentirebbe di preservare gli equilibri nei rapporti tra piattaforme e utenti, aspetto che, come già rilevato, non va sottovalutato. Sembra essere ormai entrata in crisi quella concezione di mercato delle idee, in funzione della quale il pluralismo esterno vale a depurare i suddetti rapporti da eventuali criticità, fornendo una via d'uscita agli utenti. Non sempre, infatti, ciò può verificarsi o può comunque comportare tempi di transazione dilatati, in ragione delle strategie poste in essere dalle piattaforme (quali, ad esempio, i cd. meccanismi di *default*) e del loro strapotere (alimentato anche e soprattutto dagli effetti di rete).

L'accertamento del suddetto abuso reintroduce però il tema della difficoltà di coglierne gli effetti anticoncorrenziali, essendo difficile misurare il pregiudizio arrecato al mercato e soprattutto quello arrecato ai consumatori, non avendo come riferimento i prezzi, parametro tradizionale e più agevole da misurare o quantomeno rispetto al quale la Corte di giustizia ha ormai scolpito i criteri per identificare un abuso siffatto.

Così, per superare lo scetticismo relativo a questa forma di abusi, taluni autorevoli commentatori hanno suggerito di considerare il danno inferto ai consumatori sul piano della qualità e della varietà sia del servizio informativo ricevuto sia della gestione dei loro dati⁹⁴. Spunti in tal senso si rinvencono nell'introduzione del SSNDQ test ("*small but significant non-transitory decrease of quality*": diminuzione della qualità di modesta entità ma significativa e non transitoria) nelle nuove linee guida della Commissione UE sulla definizione del mercato rilevante⁹⁵.

Ulteriori sponde sembrano essere offerte dalla sentenza *Google Android*⁹⁶. In tale pronuncia, è stato evidenziato come le pratiche abusive di Google avessero generato l'effetto di privare i concorrenti della possibilità di offrire senza ostacoli agli utenti che lo desideravano solu-

⁹⁴ A. EZRACHI, V.H.S.E ROBERTSON, *op. cit.*

⁹⁵ Comunicazione della Commissione, del 22 febbraio 2024, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza C/2024/1645.

⁹⁶ Tribunale 14 settembre 2022, T-604/18, punto 1028.

zioni alternative al servizio di ricerca generale *Google Search*. Da qui, sul piano generale, la lesione dell'interesse dei consumatori a disporre di più fonti per ottenere informazioni in Internet e, quindi, un pregiudizio in termini di qualità e varietà nella fruizione di un determinato servizio. Inoltre, più concretamente, le suddette pratiche abusive hanno altresì limitato lo sviluppo di servizi di ricerca diretti verso i consumatori che attribuiscono un'importanza particolare alla tutela della vita privata o alle particolarità linguistiche all'interno dello Spazio Economico Europeo (SEE): il che apre la porta anche la costruzione di un danno antitrust ancorato al livello di privacy. Interessi che risultavano non solo conformi alla concorrenza basata sui meriti, in quanto incoraggiavano l'innovazione a beneficio dei consumatori, ma erano anche necessari per garantire la pluralità in una società democratica.

Nel solco appena descritto, e a ulteriore affinamento del concetto di iniquità, si pone la decisione assunta dalla Commissione nel caso *Facebook Marketplace*⁹⁷. Essa, infatti, in linea con il caso *Apple App Store (Music Streaming)*⁹⁸, ha contestato l'iniquità delle condizioni contrattuali imposte dalla piattaforma ai propri partner contrattuali, accertando: (i) la natura pregiudizievole e sfavorevole di tali condizioni per le controparti; (ii) la sproporzione rispetto all'obiettivo perseguito. Questo test legale potrebbe quindi essere riproposto per misurare la legittimità di altre strategie di business.

Da ultimo, nell'ottica (meno problematica per la dottrina) di una maggiore diversificazione e di salvaguardia del pluralismo, risultano di estremo di rilievo i principi sviluppati nella sentenza *Google/Enel X*⁹⁹ perché suscettibili di cogliere le peculiarità legate all'infrastruttura delle piattaforme nonché, soprattutto, alla loro capacità di plasmare sia le dinamiche competitive di mercati già esistenti, sia quelle dei mercati in via di sviluppo. In tale pronuncia, è stato affermato che, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 102 TFUE, l'identificazione del mercato a valle non richiede necessariamente una definizione precisa del mercato

⁹⁷ Decisione della Commissione del 14 novembre 2024, C(2024) 8053 final, caso AT.40684.

⁹⁸ Decisione della Commissione del 4 marzo 2024, C(2024) 1307 final, caso AT.40437.

⁹⁹ Corte giust. 25 febbraio 2025, C-233/23.

dei prodotti e del mercato geografico. In talune circostanze, è sufficiente che possa essere individuato un mercato potenziale, anche ipotetico. Questo perché, quando il mercato a valle interessato è ancora in fase di sviluppo o evolve rapidamente e, perciò, la sua portata non è completamente definita allorché l'impresa dominante attua una condotta asseritamente abusiva, è sufficiente che l'autorità antitrust identifichi tale mercato, anche se solo potenziale. Tale autorità deve poi, tenendo conto delle caratteristiche e della portata potenziale del mercato suddetto, dimostrare che la condotta esaminata è idonea a produrvi effetti anticoncorrenziali, quand'anche esista su tale mercato solo una concorrenza potenziale tra i prodotti o servizi dell'impresa dominante e – in caso di rifiuto dell'interoperabilità con una piattaforma digitale ad essa richiesta da un'impresa terza (condotta contestata nel caso di specie) – i prodotti o i servizi di quest'ultima.

5.1. *Le killer acquisition: la necessità di arginare i tentacoli delle Big Tech*

Le *killer acquisition* si verificano quando le imprese acquisiscono concorrenti nascenti solo per interrompere i loro progetti di innovazione, anticipando così l'emersione di concorrenti futuri¹⁰⁰. Tali operazioni, spesso, fuoriescono dai radar del controllo antitrust perché non soddisfano i requisiti legati al fatturato dell'impresa target. Questo le rende particolarmente dannose per le dinamiche competitive dei mercati interessati, specie quelli ad alta intensità di ricerca e sviluppo nel settore farmaceutico, delle telecomunicazioni e del digitale. Da qui l'esigenza di individuare un approccio che consenta di arginare tali criticità, evitando fenomeni di monopolizzazione e, più in generale, il

¹⁰⁰ Parimenti problematiche sono le cd. "Reverse killer acquisition" che si verificano quando un'impresa dominante che sta sviluppando internamente un prodotto o servizio per entrare in un nuovo mercato decide invece di acquisire un'altra impresa che ha già sviluppato quella specifica funzionalità/capacità, arrestando così i propri sforzi di innovazione interna. Sicché, mentre una *killer acquisition* "classica" mira a eliminare un rivale (l'innovazione dell'impresa target), la *reverse killer acquisition* elimina l'innovazione interna dell'acquirente stesso, preferendo acquisire e sfruttare la tecnologia già sviluppata da un'azienda più piccola (cfr. OECD, *Theories of harm for digital mergers*, in *Competition Policy Roundtable Background Note*, 2023, pp. 1-50).

consolidamento di potentati economici a discapito del pluralismo economico e, nei mercati delle idee e dell'attenzione, di quello informativo. Lo scrutinio delle concentrazioni rappresenta infatti uno strumento fondamentale per la democrazia perché, assicurando la libera interazione delle forze competitive, crea un ambiente favorevole alla preservazione delle istituzioni politiche e sociali¹⁰¹.

La prima strada battuta per colmare questo vuoto di *enforcement* è stata l'applicazione dell'art. 102 TFUE, rifacendosi alla cd. teoria dell'abuso di struttura elaborata nel caso *Continental Can*¹⁰², allorché la Corte aveva ritenuto che una concentrazione potesse configurare una violazione dell'art. 102 TFUE. Sennonché, tale pronuncia si collocava in una fase in cui risultava ancora assente la disciplina in materia di concentrazioni. Residuavano perciò dubbi sull'attualità dei principi espressi dai giudici UE in *Continental Can* a seguito dell'introduzione delle norme relative al controllo delle concentrazioni. L'occasione per fare chiarezza si è presentata nella causa *Tower Cast*¹⁰³.

In tale pronuncia, la Corte di giustizia ha precisato che il controllo *ex ante* sulle concentrazioni e quello *ex post* ai sensi dell'art. 102 TFUE sono avvinati da un rapporto di complementarità: le concentrazioni che non ricadono nell'ambito applicativo della prima disciplina possono, quindi, a determinate e stringenti condizioni, essere censurate, a seguito del loro perfezionamento, come abuso di posizione dominante¹⁰⁴. La Corte ha poi ribadito quanto stabilito in *Continental Can*: a fronte di una concentrazione sotto-soglia (sia per i requisiti UE sia per quelli nazionali), si può configurare una violazione dell'art. 102 TFUE laddove l'*enforcer* verifichi che l'acquirente, dominante su un determinato mercato, acquisendo il controllo di un'altra impresa sul mercato stesso

¹⁰¹ Cfr. OECD, *The Interaction between Competition and Democracy – Note by the United States*, 3 dicembre 2024, disponibile al seguente indirizzo Internet, nonché le *Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, disponibili al seguente indirizzo www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/2023_merger_guidelines_final_12.18.2023.pdf

¹⁰² Corte giust. 21 febbraio 1973, 6/72.

¹⁰³ Corte giust. 16 marzo 2023, C-449/21, *Towercast*. Per un commento v., *ex multis*, M. DE VALOIS TURK, *What Should Post-Towercast Post-merger antitrust infringement look like?*, in *JECLAP*, 2023, pp. 367-371.

¹⁰⁴ *Towercast*, cit., punto 41.

abbia, mediante tale comportamento, sostanzialmente ostacolato la concorrenza su tale mercato. Nello specifico, la semplice constatazione del rafforzamento della posizione di un'impresa non è sufficiente per accogliere la qualificazione di abuso, dovendosi dimostrare che il grado di dominio così raggiunto rappresenta un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante¹⁰⁵.

In parallelo, si è cercato di intervenire a livello sia nazionale sia UE anche nell'ambito della disciplina delle concentrazioni, per un verso, allargando le maglie delle regole procedurali già esistenti, segnatamente, il cd. meccanismo di call-in; per altro verso, apportando delle modifiche alle regole nazionali per fare in modo di attrarre siffatte operazioni nello scrutinio antitrust.

Sotto il primo profilo, rileva il caso *Illumina-Grail*¹⁰⁶. In tale causa, è stato bocciato il tentativo della Commissione di incoraggiare o accettare, ex art. 22 reg. (UE) n. 139/2004, il rinvio ad essa di progetti di concentrazione non aventi dimensione UE, da parte delle autorità nazionali, qualora queste ultime non siano competenti a esaminare tali progetti ai sensi della propria legislazione nazionale. Ciò in quanto le soglie fissate per definire se un'operazione debba o meno essere notificata costituiscono una garanzia importante di prevedibilità e di certezza del diritto per le imprese: esse devono poter facilmente stabilire se il loro progetto di operazione debba essere oggetto di un esame preliminare e, in caso affermativo, da parte di quale autorità e a quali requisiti procedurali¹⁰⁷.

¹⁰⁵ *Ivi*, punto 52.

¹⁰⁶ Corte giust. 3 settembre 2024, C-611/22 P e C-625/22 P, *Illumina-Grail*. V. W. SAUTER- J. MULDER, *Merger jurisdiction in EU competition law after Illumina/Grail: What's next?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, pp. 215-222.

¹⁰⁷ In conformità alla sentenza *Towercast*, la Corte ha poi specificato che l'art. 21, par. 1, del regolamento (UE) n. 139/2004 non osta a che una concentrazione priva di dimensione UE ex art. 1 di tale regolamento, che sia inferiore alle soglie di controllo ex ante obbligatorio previste dal diritto nazionale, venga considerata da un'autorità nazionale come costitutiva, ad esempio, di un abuso di posizione dominante, tenuto conto della struttura della concorrenza su un mercato di dimensione nazionale. Il reg. (UE) n. 139/2004 non può ostare a che un'operazione di concentrazione priva di dimensione europea, come la concentrazione di cui trattasi, possa essere sottoposta a un

Quanto alle modifiche alle norme nazionali in materia di concentrazioni, taluni Stati membri hanno ancorato lo scrutinio di una concentrazione al valore dell'operazione (Austria e Germania)¹⁰⁸. In Italia, invece, è previsto che l'Autorità antitrust possa richiedere la notifica di operazioni che superino determinate soglie di fatturato mondiale¹⁰⁹, 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, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione.

Proprio in virtù di tali modifiche, l'Autorità italiana ha recentemente richiesto la notifica di una potenziale *killer acquisition* consi-

controllo da parte delle autorità nazionali garanti della concorrenza e dei giudici nazionali sulla base dell'effetto diretto dell'art. 102 TFUE, facendo ricorso alle proprie norme procedurali (cfr. *Illumina Grail*, cit., punto 214). È stato altresì rilevato il contrasto dell'interpretazione estensiva dell'art. 22, par. 1, primo comma, del reg. (UE) n. 139/2004 – che comporta potenzialmente un ampliamento dell'ambito applicativo di tale regolamento e della competenza della Commissione sulle concentrazioni – con il principio dell'equilibrio istituzionale, caratteristico della struttura istituzionale dell'UE, derivante dall'art. 13, par. 2, TUE, il quale implica che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni. La Corte ha precisato altresì che è stata prevista una procedura legislativa specifica per rivedere le soglie che definiscono l'ambito applicativo del reg. (UE) n. 139/2004. Pertanto, anche supponendo che l'efficacia delle soglie di competenza fondate sul fatturato previste dal reg. (UE) n. 139/2004 dovesse rivelarsi insufficiente per controllare talune operazioni con incidenza significativa sulla concorrenza, spetta unicamente al legislatore dell'UE rivederle o prevedere un meccanismo di salvaguardia che consenta alla Commissione di controllare tali operazioni (*ivi*, punti 215-216).

¹⁰⁸ OECD, *Theories of Harm for Digital Mergers – Note by Austria*, 16 giugno 2023.

¹⁰⁹ L'art. 16, comma 1-bis, l. n. 287/1990 specifica che ciò può verificarsi qualora venga superata una delle soglie previste per i fatturati a livello nazionale (quello realizzato dall'insieme delle imprese interessate pari a 517 milioni di euro ovvero quello realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate maggiore a 31 milioni di euro) ovvero nel caso in cui il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro. Per un commento v., E. FRENI, *Le concentrazioni sotto soglia tra realtà e falsi miti: alcuni spunti dalla prassi applicativa*, in RRM, 2025, pp. 68-89; S. VALENTINO, *Le concentrazioni sotto-soglia*, in G. MORBIDELLI, F. CINTIOLI (a cura di), *Funzione e oggetto dell'antitrust: nuove e vecchie questioni*, 2025, Bologna, pp. 83-102.

stente nell'acquisizione della startup israeliana Run:ai, specializzata in software per l'intelligenza artificiale, da parte della società Nvidia, la più importante azienda di microchip al mondo. Il valore dell'operazione era pari a 700 milioni di dollari¹¹⁰. L'Autorità italiana, esaminate le informazioni ricevute, ha disposto il rinvio della concentrazione *Nvidia/Run:ai*, ex art. 22, reg. (UE) n. 139/2004¹¹¹.

La Commissione ha ritenuto di essere nella posizione migliore per esaminare la transazione, data la conoscenza e l'esperienza nei mercati correlati, richiedendo a Nvidia la notifica dell'operazione. Successivamente, la Commissione ne ha disposto l'autorizzazione, non riscontrando problemi concorrenziali nei mercati esaminati. In particolare, Nvidia non avrebbe avuto né la capacità, né l'incentivo a ostacolare la compatibilità delle sue GPU (unità di elaborazione grafica) con i software di orchestrazione di GPU concorrenti, grazie alla disponibilità e all'uso diffuso di strumenti che garantiscono tale compatibilità. Inoltre, Run:ai non deteneva una posizione significativa sul mercato del software di orchestrazione delle GPU; i clienti, quindi, avrebbero continuato ad avere accesso a sufficienti alternative credibili a Run:ai con

¹¹⁰ P. MATTIOLO, G. MENSHA, *The Italian Competition Authority refers to the Commission the Nvidia-Run:ai acquisition. Some considerations in the aftermath of Illumina/Graïl and the US elections*, in legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/, 28 novembre 2024.

¹¹¹ Caso M.11766 – NVIDIA/RUN:AI Request for referral by Italy to the Commission pursuant to Article 22(1) of the EU Merger Regulation¹ and Article 57 of the EEA Agreement, 31 ottobre 2024, pubblicata il 14 aprile 2025. Tale decisione è stata ritenuta corretta dalla Commissione perché l'Autorità italiana risultava competente ai sensi della propria disciplina interna. Al riguardo, la Commissione, pur precisando che non spettava ad essa il controllo di legittimità delle valutazioni compiute dall'Autorità italiana, ha comunque rilevato che, in conformità all'art. 16, comma 1bis, l. 287/90: (i) la soglia di fatturato totale delle imprese interessate superava a livello mondiale i 5 miliardi di euro; (ii) sussistevano concreti rischi di alterazione delle confronto competitivo sul territorio italiano in quanto, secondo l'Autorità italiana, «È ragionevole ritenere che, tra l'altro, Nvidia possa: (i) consolidare ulteriormente la propria posizione di mercato; (ii) avere un incentivo a escludere i produttori concorrenti dall'accesso a una soluzione per la gestione delle GPU; (iii) disporre della capacità di innalzare barriere all'espansione per gli operatori già presenti sul mercato, nonché barriere all'ingresso per potenziali nuovi entranti. La transazione, pertanto, appare suscettibile di rilievo sotto il profilo anti-trust»; (iii) non erano passati ancora 6 mesi dal completamento dell'operazione, la quale doveva concludersi nel terzo quadrimestre 2024.

caratteristiche software avanzate simili, oltre alla possibilità di creare internamente il proprio software¹¹².

Il fenomeno delle *killer acquisition* si è ritagliato un ampio spazio anche nel quadro della revisione delle Linee guida UE sulle concentrazioni, segnatamente, negli appositi focus sui mercati digitali nonché sull'innovazione e sulla competizione dinamica¹¹³. Per un verso, viene evidenziata la necessità di tenere in adeguata considerazione le peculiarità dei mercati digitali, quali le economie di scala nei dati, gli effetti di rete e dinamiche di *tipping*. Per altro verso, viene sottolineata la rilevanza della privacy quale parametro concorrenziale alla cui stregua valutare le operazioni di concentrazione nei suddetti mercati. Questo processo di revisione consentirà quindi di rafforzare un approccio che non scoraggi l'uscita fisiologica dal mercato di imprese con un alto tasso di innovazione, ma che consenta di distinguere – con criteri prevedibili e misurabili – tra acquisizioni che accelerano l'innovazione e acquisizioni che neutralizzano minacce competitive future, pur in assenza di elevate soglie di fatturato del target.

In questa prospettiva, si auspica che, sul piano probatorio, venga introdotta una lettura più strutturata degli asset cd. intangibili: tecnologia, basi utenti, dataset e punti di accesso dovrebbero essere configurati come driver di potere di mercato al pari degli asset fisici. In quest'ottica, lo scrutinio delle concentrazioni dovrebbe valorizzare: (i) documenti interni sull'intento strategico di *buy-and-kill* o di interrompere processi di innovazione e il lancio di linee di prodotto dell'impresa target; (ii) la serialità delle acquisizioni nello stesso ecosistema (*cumulative foreclosure*); (iii) la cattura di dati e interfacce di accesso difficilmente replicabili; (iv) l'assenza di sinergie industriali con-

¹¹² Caso M.11766 – NVIDIA / RUN:AI *Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/20041 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area*, 20 dicembre 2024, pubblicata il 21 maggio 2025. Malgrado l'autorizzazione incondizionata dell'operazione, Nvidia ha impugnato la decisione della Commissione che ha accolto la richiesta di rinvio dell'Autorità italiana. Il ricorso è pendente (causa T-15/25, *Nvidia/Commissione*).

¹¹³ Le relative informazioni sono reperibili al seguente indirizzo: competition-policy.ec.europa.eu/mergers/review-merger-guidelines_en

crete che giustifichino l'operazione rispetto ad alternative meno restrittive¹¹⁴.

Andrebbe inoltre ribadita la necessità di costruire teorie del danno basate sui dati: la perdita di privacy e la riduzione della differenziazione nei modelli di tutela possono costituire danni concorrenziali misurabili laddove l'integrazione accresca in modo significativo la capacità di aggregare e sfruttare i dati personali e comportamentali derivante da una concentrazione. Strumenti pratici includono audit tecnici, analisi delle preferenze degli utenti e dei meccanismi di switching, nonché l'identificazione di operatori che competono proprio sulla privacy e verrebbero eliminati dal mercato¹¹⁵.

Sul piano strettamente operativo, sarà altrettanto fondamentale non sottovalutare, come in passato, le dinamiche di concorrenza potenziale. L'esperienza recente mostra, infatti, come la minaccia alla contendibilità possa emergere prima che la target diventi concorrente diretto dell'incumbent: decisioni e dibattiti intorno a operazioni come *Facebook/WhatsApp*¹¹⁶ e *Google/Fitbit*¹¹⁷ hanno evidenziato rischi di accumulazione di dati e di erosione della varietà/qualità¹¹⁸, mentre la decisione *Illumina/Grail* – come visto, poi, annullata – aveva spostato il focus sulla soppressione dell'innovazione di processi produttivi e sull'uso dei documenti interni quale prova dell'effetto escludente pro-

¹¹⁴ CMA 2021 Merger Guidelines, www.gov.uk/government/publications/merger-assessment-guidelines.

¹¹⁵ J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Final Report, 2019, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en.

¹¹⁶ Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, caso n. M.7217.

¹¹⁷ Decisione della Commissione del 17 dicembre 2020, caso n. M.9660.

¹¹⁸ M. P. SCHINKEL, R. J. VAN OOSTEN, *Breaking up Big Tech: scissor-line suggestions for smart cuts Open Access*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025, pp. 237-264; M. MARINIELLO, *Reinforcing EU merger control against the risks of acquisitions by big tech The burden of proving that a merger is not anti-competitive should be shifted onto gatekeepers*, in www.bruegel.org/policy-brief/reinforcing-eu-merger-control-against-risks-acquisitions-big-tech, 13 marzo 2025; H. HOVENKAMP, *Structural Antitrust Relief Against Digital Platforms*, University of Pennsylvania, 2024; F. BOSTOEN, *Antitrust rules and remedies against platforms' treacherous turns*, in *ELJ*, 2024, pp. 127-144.

spettico¹¹⁹. Da un punto di vista applicativo, ciò rafforza la necessità di affiancare metriche dinamiche – innovazione, qualità, *time-to-market*¹²⁰ – all’analisi delle quote di mercato e alla stima dell’HHI¹²¹, nonché di rendere proporzionati rimedi strutturali quando l’integrazione sopprime input essenziali (talenti, dati, accessi)¹²².

In sintesi, quindi, l’aggiornamento delle Linee guida offre una cornice chiara per: (a) selezionare in modo mirato le concentrazioni “sotto radar” con elevato impatto competitivo; (b) rendere oggettiva la prova dell’intento e degli effetti futuri tramite indicatori documentali e tecnici; (c) assicurare coerenza tra *enforcement* antitrust e regolazione digitale, preservando pluralismo, innovazione e libertà di scelta nell’ecosistema europeo.

5.2. *La complementarità con il DMA: una sponda all’equità e alla contendibilità dei mercati*

L’esigenza di intervenire nell’economia digitale ha portato all’adozione del *Digital Markets Act* (cd. DMA¹²³). Tale iniziativa legislativa si pone nel più ampio quadro definito con l’Agenda 2020-2030, illustrata nella comunicazione della Commissione “Plasmare il futuro digitale dell’Europa” e pubblicata nel 2020 insieme al Libro bianco

¹¹⁹ Il caso *Illumina/Grail* risulta emblematico perché, sebbene Grail non fosse ancora un concorrente diretto di Illumina, deteneva un significativo potenziale innovativo nel campo della diagnostica oncologica. La Commissione aveva perciò cercato di bloccare l’operazione per rischio di soppressione dell’innovazione, facendo leva sul tema dei documenti interni.

¹²⁰ Il *Time to Market* (TTM) è il periodo di tempo che intercorre tra il momento in cui un prodotto o servizio viene sviluppato e il momento in cui viene messo in vendita sul mercato.

¹²¹ *Herfindahl-Hirschman Index*, e cioè l’indice di concentrazione, usato prevalentemente per la misura del livello di concorrenza in un certo mercato. Per maggiori dettagli vedasi il punto 16 degli Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2004/C 31/03).

¹²² J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *op. cit.*

¹²³ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828

sull'intelligenza artificiale e alla Strategia europea dei dati¹²⁴. È stato così sposato un approccio regolatorio da affiancare a quello antitrust per assicurare un'azione più mirata, efficiente, capillare e tempestiva.

L'obiettivo dichiarato del DMA è sia economico sia politico: garantire la contendibilità e l'equità dei mercati digitali (art. 1, par. 1). Con una struttura e meccanismi che ricordano, in un certo qual modo, quelli propri della regolazione TLC, andando a supportare, in un rapporto di complementarità (art. 1, par. 6)¹²⁵, gli interventi antitrust della Commissione e delle Autorità nazionali: un'azione, quella portata avanti da queste ultime, che può essere definita di cd. "regulatory antitrust"¹²⁶, essendo anch'essa assimilabile, in qualche maniera, a quella portata avanti nelle TLC, se guardiamo all'impatto sui mercati interessati nei casi *Google Shopping*, *Amazon Marketplace*, *Apple Dating Apps* e *Booking*¹²⁷.

In estrema sintesi, il DMA prevede l'individuazione dei cd. *gatekeeper* ("controllori dell'accesso"), vale a dire le imprese che forniscono servizi di piattaforma di base o essenziali, le quali, in virtù del

¹²⁴ Cfr. i doc. COM (2020) 65 def., (2020) 66 def. E COM (2020) 67 def. del 19 febbraio 2020. Sul punto, v. B. NASCIBENE, *Il mercato unico digitale è una nuova frontiera dell'integrazione europea?*, in *EJ*, 2025, pp. 105-119.

¹²⁵ V.H.S.E. ROBERTSON, *The complementary nature of the Digital Markets Act and the EU antitrust rules*, in *JECLAP*, 2024, pp. 325-330; M. VESTAGER, *Competition Policy: Where We Stand and Where We're Going*, Bruges, 25 marzo 2022.

¹²⁶ A. DE STREEL, *Antitrust and Sector-Specific Regulation in the European Union: the Case of Electronic Communications*, in R. DEWENTER, J. HAUCAP (eds.), *Access Pricing: Theory and Practice*, Amsterdam, 2007, pp. 327-371; M. CAVE, P. CROWTHER, *Pre-emptive competition policy meets regulatory antitrust*, in *European Competition Law Review*, 2005, pp. 481-490.

¹²⁷ Decisione della Commissione, del 27 giugno 2017, caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*; decisioni della Commissione, del 20 dicembre 2022, casi AT.40462 e AT.40703, *Amazon Marketplace and Amazon Buy Box*; decisione dell'Autoriteit Consument & Markt, del 24 agosto 2021, caso ACM/19/035630; decisione del Konkursverket, del 15 aprile 2015, caso 596/2013, *Booking.com*; decisione dell'Autorité de la concurrence, del 21 aprile 2015, caso 15-D-06, *Booking.com*; decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, del 21 aprile 2015, caso I779, *Booking.com*; decisione del Bundeskartellamt, del 22 dicembre 2015, Caso B-9-121/13, *Booking.com*; decisione della Higher Regional Court Düsseldorf, del 4 giugno 2019, caso VI-Kart 2/16 (V), *Booking.com*; decisione della German Federal Court, del 18 maggio 2021, Caso KVR 54/20, *Booking.com*.

loro significativo potere di mercato (o meglio del loro impatto sul mercato interno) e della corrispondenza situazione di dipendenza economica in cui versano gli utilizzatori, devono rispettare una serie di obblighi di natura prescrittiva e proscrittiva¹²⁸.

Tali misure, in buona sostanza, sono costruite sulla base delle fattispecie antitrust – su tutte: il rifiuto a contrarre, il *tying*, il *self-preferencing* e le clausole di parità – inducendo i *gatekeeper* a disporre rimedi che potrebbero esseri adottati o imposti per porre fine a tali condotte. Il che spiega perché i principi alla base dei casi antitrust sopra richiamati siano riflessi nel tessuto regolatorio del DMA¹²⁹. Restano, beninteso, significative differenze: il DMA è alla base di interventi *ex ante* basati su meccanismi di inversione dell'onere della prova, che non necessitano la disamina degli effetti e non ammettono giustificazioni, con una minore flessibilità legata alla lista di obblighi in esso scolpiti.

A ciò va aggiunto che il DMA non si sovrappone allo scrutinio delle concentrazioni: gli obblighi *ex ante* (come il divieto di combinare dati per i *gatekeeper*)¹³⁰ riducono la leva comportamentale nel breve periodo, ma il controllo delle concentrazioni rimane il mezzo strutturale e preventivo in grado di evitare che acquisizioni mirate ricostituiscano, nel tempo, colli di bottiglia sul piano dell'accesso a dati e informazioni nonché vantaggi ingiustificati di integrazione dati-servizi¹³¹.

Ciò posto, come già rilevato, gli obiettivi del DMA sono di matrice regolatoria e, quindi, più marcatamente politici, con riflessi che appaiono decisamente rilevanti e immediati per la tenuta democratica di

¹²⁸ A. RIBEIRA MARTINEZ, *Survey on the Digital Markets Act: 2024, Compliance Starts*, cit.

¹²⁹ V.H.S.E. ROBERTSON, *The complementary nature of the Digital Markets Act and the EU antitrust rules*, cit., p. 326.

¹³⁰ Artt. 5, par. 2, e 6, par. 2, DMA.

¹³¹ J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *op. cit.* La complementarità tra controllo antitrust delle concentrazioni e applicazione del DMA risulta poi rafforzata dal fatto che quest'ultimo, segnatamente, l'art. 14, stabilisce che i *gatekeeper* devono informare la Commissione di eventuali progetti di concentrazione che coinvolgono altre imprese del settore digitale o attive nella raccolta di dati. Questo obbligo si applica indipendentemente dal fatto che la concentrazione sia soggetta a notifica alla Commissione o ad un'autorità nazionale.

quello che può essere ormai definito l'ordine giuridico dell'economia digitale, anche e soprattutto con riguardo alla tutela del pluralismo (economico e informativo)¹³².

Questo traspare, del resto, dall'*enforcement* della Commissione con l'entrata in vigore del DMA nel maggio 2023¹³³. Il filo rosso che lega l'attività sinora svolta e le prime decisioni adottate appare essere la volontà di restituire la sovranità digitale agli utenti (vuoi imprese, vuoi consumatori) che si muovono nell'economia del metaverso, dalla riappropriazione del controllo sui loro dati – carburante del motore degli ecosistemi – alla riconquista della libera autodeterminazione nelle decisioni adottate una volta varcati i confini dei “feudi” costituiti dalle nuove “Sette Sorelle” (per dirla con le parole di Enrico Mattei)¹³⁴: Google, Meta, Amazon, Apple, Bytdance (ovvero TikTok), Microsoft e Booking, vale a dire le “imprese” designate come *gatekeeper* dalla Commissione con i loro ventiquattro servizi di piattaforma di base o essenziali (cd. CPSs)¹³⁵.

In sintesi, se guardiamo agli obiettivi perseguiti e alle norme di riferimento, i casi portati avanti dalla Commissione possono essere infatti così suddivisi: libertà di scelta degli utenti, equità e uso dei dati, interoperabilità¹³⁶.

¹³² O. PALLOTTA, *Antitrust e pluralismo dell'informazione nel diritto UE: un'alternanza in favore della democrazia*, in DUE, 2023, pp. 109-134.

¹³³ A. RIBEIRA MARTINEZ, *Survey on the digital Markets Act: 2024, Compliance Starts*, in JECLAP, 2025, pp. 1-9; A. MASSOLO, F. RICCHI, *Il DMA compie un anno: come sta cambiando il panorama digitale Ue*, in www.agendigitale.eu, 6 marzo 2025.

¹³⁴ C. M. LOMARTIRE, *Mattei. Storia dell'italiano che sfidò i signori del petrolio*, Milano, 2022.

¹³⁵ Decisione della Commissione del 5 settembre 2023 su Google (casi DMA.100011, DMA.100002, DMA.100004, DMA.100005, DMA.100006, DMA.100009, DMA.100008 e DMA.100010), Amazon (casi DMA.100018 e DMA.100016), Apple (casi DMA.100013, DMA.100025 e DMA.100027); ByteDance (caso DMA.100040), Meta (casi DMA.100020, DMA.100024, DMA.100035 e DMA.100044), Microsoft (casi DMA.100017, DMA.100023 e DMA.100026); decisioni della Commissione del 13 maggio 2024 su Booking (caso DMA.100019) ed Apple's iOS del 5 settembre 2024 (caso DMA.100047).

¹³⁶ Relazione annuale della Commissione sul DMA, 25 aprile 2025, COM(2025) 166 final. V. anche A. MASSOLO, F. RICCHI, *op. cit.*

Tra le indagini di non conformità concluse vanno menzionate quelle nei confronti di Apple e Meta¹³⁷. Meta è stata multata per 200 milioni di euro per aver violato l'art. 5, par. 2, del DMA tramite l'introduzione del controverso modello "pay or consent" su Facebook e Instagram. Questo schema obbligava gli utenti a scegliere tra due opzioni: (i) accettare il tracciamento pubblicitario personalizzato (autorizzando Meta a raccogliere e usare i propri dati per annunci mirati); (ii) pagare un abbonamento mensile (tra i 10 e i 13 euro) per continuare a usare le piattaforme senza pubblicità. Meta ha sostenuto che il modello offrisse agli utenti una "vera scelta". La Commissione ha invece rilevato una grave violazione del principio di consenso libero previsto DMA (come pure dal GDPR), secondo i quali il consenso deve essere "libero, informato, specifico e inequivocabile". Il punto critico, secondo la Commissione, è che molti utenti – pur di non pagare – si sentono costretti ad accettare il tracciamento, compromettendo l'autenticità del consenso. Inoltre, l'assenza di un'opzione "intermedia" – ad esempio, ricevere pubblicità non personalizzata senza dover pagare – ha ulteriormente aggravato la posizione dell'azienda.

Apple, dal canto suo, ha ricevuto una multa da 500 milioni di euro per aver imposto restrizioni agli sviluppatori, impedendo loro di informare liberamente gli utenti su offerte alternative disponibili al di fuori dell'App Store, spesso a costi inferiori. Tali restrizioni, secondo la Commissione, hanno limitato la libertà di scelta sia degli sviluppatori che degli utenti, violando l'art. 5, par. 4, del DMA, che tutela il diritto degli sviluppatori a comunicare direttamente con i propri clienti. Apple non è riuscita a fornire giustificazioni oggettive per queste pratiche, considerate discriminatorie e anticoncorrenziali.

Parallelamente, è stato chiuso un procedimento di cd. specificazione *ex art. 8, par. 2, del DMA*¹³⁸, avente ad oggetto la libertà di scelta

¹³⁷ U. GAMBINI, A. MASSOLO, F. RICCHI, DMA, *Ue all'attacco: cosa cambia dopo le maxi sanzioni a Apple e Meta*, in www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/dma-ue-allattacco-cosa-cambia-dopo-le-maxi-sanzioni-a-apple-e-meta/, 6 maggio 2025.

¹³⁸ «Di propria iniziativa o su richiesta di un gatekeeper conformemente al paragrafo 3 del presente articolo, la Commissione può aprire un procedimento a norma dell'articolo 20. La Commissione può adottare un atto di esecuzione che specifica le misure che il gatekeeper interessato deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui agli articoli 6 e 7. Tale atto di esecuzione è adottato entro sei mesi

per gli utenti tra store alternativi, grazie agli sforzi proattivi finora messi in atto da Apple¹³⁹ sulla possibilità di disinstallare agevolmente le applicazioni e modificare le funzionalità presenti di default su iOS (utilizzate prevalentemente per e dai dispositivi connessi; es. *smart-watch*; auricolari ecc.), nonché di scegliere il proprio *browser*¹⁴⁰.

Nel medesimo solco si pongono le indagini di non conformità ancora in corso. La Commissione ha infatti contestato a Google la violazione dell'art. 6, par. 5, del DMA in ragione di possibili condotte di *self-preferencing*¹⁴¹: secondo la Commissione, i risultati di ricerca su Google Search possono favorire servizi di ricerca verticale di Google (quali: Google Shopping, Google Flights, Google Hotels) a danno dei servizi di terze parti che sarebbero trattati in maniera non equa e discriminatoria rispetto ai servizi di Alphabet. Sempre nei confronti di Alphabet la Commissione ha poi contestato la violazione dell'art. 5, par. 4, del DMA che consente agli sviluppatori di app di indirizzare gratuitamente i consumatori verso offerte esterne agli *app store* dei *gatekeeper*¹⁴².

dall'apertura di un procedimento a norma dell'articolo 20 secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 50, paragrafo 2. Quando il procedimento è avviato di propria iniziativa per elusione ai sensi dell'articolo 13, tali misure possono riguardare gli obblighi di cui agli articoli 5, 6 e 7».

¹³⁹ ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1086.

¹⁴⁰ Tuttavia, restano preoccupazioni: secondo la Commissione, Apple starebbe ancora scoraggiando l'uso di canali alternativi attraverso: l'introduzione della nuova Core Technology Fee; criteri di ammissibilità troppo restrittivi; un'esperienza di installazione complicata e disincentivante per app distribuite fuori dall'App Store. Era stato infatti avviato anche un altro procedimento di specificazione focalizzato sul processo che Apple ha impostato per rispondere alle richieste di interoperabilità inviate da sviluppatori e terze parti per iOS e iPadOS (ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_4761). Cfr. U. GAMBINI, A. MASSOLO, F. RICCHI, *op. cit.*

¹⁴¹ ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_811.

¹⁴² *Ibidem*.

6. Conclusioni

Arrivati a questo punto, si può provare a tirare le fila sul rapporto tra l'antitrust e la democrazia. Il legame che le avvince risulta evidente. È una questione "genetica". Lo testimonia l'*excursus* sopra riportato. Si tratta di un rapporto indissolubile, non potendo disconoscere le origini dell'antitrust, tantomeno la sua evoluzione. A ogni latitudine, il bisogno di democrazia ha determinato la nascita dell'antitrust; e i mutamenti economici, politici e sociali ne hanno delineato le traiettorie. In un percorso fisiologico, sospinto dalle *policy* tracciate dagli *enforcer* a livello UE e nazionale.

Il tema è piuttosto come mantenere saldo e rafforzare questo legame, cercando di rendere il più possibile costante e proficua l'interazione tra l'antitrust e la democrazia, e come addivenire a un elevato ma equilibrato livello di contaminazione, evitando che si determinino eccessivi stravolgimenti. Nella consapevolezza – è bene ribadirlo – che l'antitrust non è pivotale per la democrazia, ma è sicuramente coesistente. E tutti gli strumenti vanno messi in campo per massimizzare i benefici per la democrazia.

Il primo strumento è senza dubbio la costruzione dell'agenda degli *enforcer*. La fissazione delle priorità – seguendo la bussola degli scenari politici, economici e sociali – è l'arma principale. E in questo senso, visto il numero limitato di risorse degli *enforcer*, sono da salutare con grande favore i principi stabiliti nella recente sentenza *Caronte*¹⁴³. I giudici dell'Unione, infatti, hanno assicurato un maggiore margine di manovra e di discrezionalità agli *enforcer*, sul piano della tempistica, nella trattazione dei casi e delle denunce, offrendo così l'opportunità di concentrarsi sui mercati dove i valori della democrazia sono in sofferenza¹⁴⁴.

¹⁴³ Corte giust. 30 gennaio 2025, C-511/23.

¹⁴⁴ *Ivi*, punti 57-60: «al fine di adempiere efficacemente il loro obbligo di applicare il diritto dell'Unione in materia di concorrenza, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono essere in grado di attribuire un diverso grado di priorità alle denunce ad esse indirizzate, disponendo, a tal fine, di un ampio margine di discrezionalità [...] Il riconoscimento di un siffatto ampio margine di discrezionalità si giustifica anche alla luce della direttiva 2019/1, il cui articolo 5, paragrafi 1 e 2, prevede, in sostanza, che le autorità nazionali garanti della concorrenza debbano disporre delle ri-

Una volta posto il mirino nella opportuna direzione, è altrettanto essenziale ben calibrare le strategie di *enforcement*, sì da contribuire alla tenuta democratica dei mercati. In tale prospettiva viene in soccorso la natura camaleontica dell'antitrust, potendo ampliare le maglie delle categorie tradizionali, senza alternarne i tratti essenziali: strizzare l'occhio alla concorrenza dinamica e alla concorrenza potenziale; estendere i confini del benessere dei consumatori (qualità e varietà dei servizi offerti) e ampliare la categoria degli input essenziali per le dinamiche competitive (lavoratori e data set) in funzione dei mercati; preservare l'equità nei rapporti tra imprese e consumatori; non fermarsi alla vigilanza dei mercati già costituiti ma allargare lo sguardo a quelli in via di formazione anche tramite un rigoroso scrutinio delle *killer acquisition* per valutare l'integrazione trasversale tra piattaforme e i vantaggi strutturali derivanti dall'ampio accesso ai dati.

Allo stesso modo, le clausole generali dell'antitrust possono essere arricchite dal confronto con le regole di settore. Il che può realizzarsi per il tramite del suddetto approccio del parametro esterno. Metodologia coerente con la costruzione delle teorie del danno in ambito anti-

sorse necessarie per consentire loro di svolgere indagini ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, di collaborare nell'ambito della rete europea della concorrenza di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, di tale direttiva e di adottare decisioni dirette, in particolare, alla cessazione di un'infrazione a dette disposizioni nonché all'irrogazione di sanzioni. Per essere in grado di svolgere tali compiti nel rispetto della loro indipendenza operativa, dette autorità, conformemente all'articolo 4, paragrafo 5, della direttiva 2019/1, devono avere il potere di definire le loro priorità. Come risulta dal considerando 23 di tale direttiva, questo potere mira a consentire a dette autorità di usare efficacemente le loro risorse e di potersi concentrare sulla prevenzione e sulla cessazione delle condotte anticoncorrenziali nel mercato interno. Risulta sia dalla finalità stessa della fase che precede la comunicazione degli addebiti in una procedura d'infrazione in materia di concorrenza, sia dall'ampio margine discrezionale di cui deve disporre un'autorità nazionale garante della concorrenza nell'organizzazione dell'ordine di priorità dei suoi procedimenti relativi all'applicazione dell'articolo 102 TFUE che, in tale fase del procedimento, una siffatta autorità dev'essere in grado non solo di procedere a tutte le misure istruttorie preliminari nonché alle valutazioni di fatto e di diritto spesso complesse, necessarie per valutare se l'avvio della fase istruttoria in contraddittorio sia giustificato, ma anche di scegliere, in funzione del grado di priorità che, nell'esercizio della sua indipendenza operativa, intende accordare a una procedura d'infrazione in corso, il momento più opportuno per avviare, se del caso, la fase istruttoria in contraddittorio di quest'ultima».

trust, la quale impone l'analisi del contesto economico e giuridico in cui sono attuate le strategie delle imprese interessate.

Tale analisi può (e deve) giovare della prospettiva dei regolatori, come ribadito nella sentenza *Meta*¹⁴⁵. Il che consente di saldare entrambe le visioni, quella antitrust (tecnica) e quella regolatoria (politica), mettendo in campo un'azione sinergica sospinta da un approccio olistico, nell'ottica di una doverosa prospettiva di istituzioni politiche ed economiche inclusive.

Il necessario dialogo dei soggetti coinvolti nell'applicazione delle norme antitrust e delle regole di settore consente di intraprendere il percorso più opportuno in termini di efficienza di *enforcement*, vuoi attraverso l'individuazione del soggetto meglio piazzato a intervenire (evitando peraltro casi di *bis in idem*), vuoi attraverso la corretta declinazione delle norme e delle regole suddette. Un dialogo che guida, poi, in ultima istanza, il legislatore nell'aggiornamento del quadro regolatorio di settore.

Come opportunamente evidenziato da una parte della dottrina, oltre alla fondamentale distinzione tra regolazione *ex ante* ed *enforcement* antitrust *ex post*, va tenuto in grande considerazione il rapporto tra regole incomplete e libertà economica: un rapporto ancor più delicato in presenza di alti tassi di innovazione che esalta la complementarità dinamica delle due sfere di intervento (regolatoria e antitrust)¹⁴⁶. Specie per le strategie adottate dalle imprese dominanti, la regolazione fissa l'ambito (rimediale) delle libertà economiche associate a diritti incompleti sulla base di un "dato stato del mondo". L'antitrust vigila sulla speciale responsabilità che deriva da stati del mondo non prevedibili *ex ante* dalla regolazione, ma da questa poi riassorbibili in processi di ri-regolazione, man mano che emergono nuovi stati del mondo. Così, la regolazione determina il campo d'azione dell'antitrust (l'ambito della speciale responsabilità) e l'antitrust determina il campo di evoluzione della regolazione (gli ambiti in cui la libertà si trasforma

¹⁴⁵ *Meta*, cit.

¹⁴⁶ A. NICITA, *Antitrust vs Regolamentazione? Non solo, non proprio*, in *MediaLaws*, 2015; K. PISTOR, C. XU, *The Challenge of Incomplete Law and How different legal systems respond*, in A. BRETON, M. J. TREBILCOCK (eds.) *Bijuralism: An Economic Approach*, Farnham, 2006, p. 71 ss.

in potere ingiustificato). È però necessario che i processi di ri-regolazione si confrontino continuamente con l'evoluzione tecnologica e innovativa. Viceversa, si assisterebbe a un processo cumulativo volto esclusivamente a limitare progressivamente le libertà economiche delle imprese (dominanti). Del resto, è proprio nell'analisi della relazione tra potere e innovazione che si cela il rischio più grave di errore, di intervento regolatorio o antitrust, per il benessere sociale.

Tale approccio è stato sinora adottato, in un certo qual modo, nei vari comparti economici passati in rassegna, anche in virtù del supporto fornito dall'azione di *advocacy*. Esso va quindi ribadito e affinato per affrontare le sfide che abbiamo di fronte. Su tutte, quelle sollevate dall'intelligenza artificiale per la democrazia¹⁴⁷, vista la sua incidenza trasversale, essendo uno dei pilastri dell'economia digitale (e, quindi, dei mercati delle idee e dell'attenzione) ma non meno influente nei settori tradizionali (quali la sanità e i settori a rete). Si ritiene perciò che questa debba essere l'impostazione e al contempo la chiave per affrontare l'attuale dibattito sulle modalità di intervento rispetto alle problematiche che pone e porrà l'intelligenza artificiale: un'impostazione arricchita, come visto, anche dal supporto fornito dall'art. 106, par. 1, TFUE, quale "norma interposta" alla cui stregua valutare le situazioni di conflitto di interessi in cui versano le Big Tech allorché regolano i servizi che esse stesse prestano sul mercato in concorrenza con altre imprese¹⁴⁸.

La base di partenza regolatoria è quella contenuta nell'*IA Act*. Occorrerà poi stabilire se ampliare lo strumento regolatorio per far sì che il DMA disciplini le dinamiche competitive sulle quali impatta l'intelligenza artificiale ovvero lasciare che sia l'antitrust, in questa fase, ad affrontare le potenziali criticità conseguenti all'utilizzo dell'intelligenza artificiale per poi aggiornare, se del caso, il DMA.

Una prima occasione potrebbe essere posta dalla recente denuncia sporta alla Commissione, da un gruppo di editori indipendenti, nei

¹⁴⁷ V. R. FERRANDI, F. MANCA, *AI e concorrenza: sfide e implicazioni per la società. Riflessioni a margine del G7 Competition Summit di Roma*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2025, pp. 35-66.

¹⁴⁸ A. SCHETTINO, A. CONI, *La governance dello sport*, cit.; J.C. RODA, *op. cit.*; R. AGAFONOVA, *op. cit.*

confronti di Google per il servizio AI Overview¹⁴⁹. A detta dei segnalanti, con l'introduzione di AI Overview, Google non si limita più a rimandare a siti esterni, ma inizia a rispondere direttamente alle domande degli utenti con testi generati dalla sua intelligenza artificiale. Questa strategia potrebbe determinare un passaggio epocale: da motore di ricerca a vero (e non dichiarato) editore, che sintetizza contenuti e cita separatamente le fonti selezionate, ma in un modo che disincentiva l'utente a visitarle, in questo modo tagliando fuori la stampa/i giornali.

Il cambiamento sembra essere silenzioso, ma profondo. Le risposte di AI Overview sono spesso percepite come definitive dagli utenti. Il che potrebbe comportare meno click ai link esterni, meno traffico per i siti d'informazione, meno pubblicità e meno risorse per il giornalismo. I segnalanti pongono perciò anche una questione politica legata al controllo dell'accesso all'informazione. Sul piano concreto, i rischi potenziali lamentati dagli editori possono essere così descritti: (i) il presunto *self-preferencing* di Google può favorire sé stesso o i suoi partner nei risultati, escludendo fonti indipendenti o concorrenti; (ii) lo sfruttamento gratuito dei contenuti perché le informazioni usate per addestrare e alimentare l'IA provengono da giornali, siti, riviste, ma nessuno retribuisce chi quei contenuti li ha prodotti; (iii) l'appiattimento del pluralismo perché se la risposta diventa una sola, costruita da un algoritmo opaco, potrebbe essere messo da parte il confronto tra voci diverse.

L'ulteriore tema caldo e altamente politico posto dai segnalanti è quello della remunerazione degli editori. Sul punto, Google, come molte altre grandi piattaforme, si è sempre difesa affermando che gli editori beneficiano in larga parte della sua infrastruttura. Secondo gli editori, invece, in questo caso, varrebbe il contrario: grazie ad essi,

¹⁴⁹ Cfr. www.reuters.com/legal/litigation/googles-ai-overviews-hit-by-eu-antitrust-complaint-independent-publishers-2025-07-04/; A. ESPOSITO, *Google AI Overview, perché gli editori hanno diritto a ricorrere all'Antitrust*, in www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/google-ai-overview-perche-gli-editori-hanno-diritto-a-ricorrere-allantitrust/, 10 luglio 2025; S. BICICCHI, *Gli editori indipendenti contro Google: l'AI Overview toglie visibilità e traffico. Esposto all'Antitrust europeo*, in www.milanofinanza.it/news/editori-indipendenti-contro-google-l-ai-overview-toglie-visibilita-e-traffico-ecco-l-esposto-all-antitrust-202507071331367827, 7 luglio 2025.

Google rimarrebbe competitivo rispetto ad altri sistemi di intelligenza artificiale come ChatGPT.

Tutto ciò dimostra, ancora una volta, che le strategie di business delle *Big Tech* non sollevano solo questioni di copyright o di concorrenza. Ma anche e soprattutto questioni democratiche. Se dovesse emergere che tutta o buona parte dell'informazione passa attraverso un'unica piattaforma, il rischio sarebbe quello di una "monocultura algoritmica" dove le opinioni si omologano e il pensiero critico si indebolisce. E questo, per l'Europa, rappresenta una sfida importante da non sottovalutare nel medio e lungo termine.

Sul piano dell'*enforcement*, tale questione potrà essere affrontata tramite il DMA, il quale, come visto, impone ai grandi attori digitali di garantire condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie ai fornitori di contenuti¹⁵⁰. Ma c'è un nodo cruciale: stabilire se AI Overview debba essere considerato un servizio autonomo soggetto a queste regole, o solo una funzione accessoria del motore di ricerca. È una decisione tecnica, ma con conseguenze enormi.

A ben vedere, poi, le suddette criticità potrebbero essere altresì affrontata con gli strumenti antitrust. Le contestazioni rivolte a Google ricordano, infatti, in un certo qual modo, quelle affrontate dall'Autorità italiana nel caso A420¹⁵¹. Oggetto di tale istruttoria erano state le funzionalità del servizio Google News con delle distorsioni competitive nel mercato della raccolta pubblicitaria online. In sintesi, Google visualizzava il titolo e le prime righe degli articoli pubblicati dagli editori, che costituiscono parte integrante del prodotto generato dai loro investimenti e dalla loro attività. Il che accadeva, secondo il denunciante (FIEG), non solo in assenza di qualsiasi remunerazione diretta per l'utilizzo dei contenuti, ma soprattutto senza che l'editore potesse scegliere se includere o meno le notizie pubblicate sui propri siti internet sul portale Google News o potesse esercitare qualsiasi forma di controllo dei contenuti visualizzati su Google News Italia. Invero, sebbene fosse prevista la possibilità per un editore di non rende-

¹⁵⁰ L'art. 6, par. 5, del DMA vieta infatti il favoritismo verso i propri servizi, mentre l'art. 6, par. 12, del DMA apre alla possibilità per gli editori di richiedere accesso equo e, forse, persino compensi per l'utilizzo dei propri contenuti.

¹⁵¹ Decisione AGCM n. 21959 del 22 dicembre 2010, *FIEG – Google*.

re disponibili i propri contenuti per Google News Italia, l'esercizio di tale opzione avrebbe potuto comportare l'esclusione dei contenuti dell'editore anche dal motore di ricerca Google Search con la conseguenza, negativa per l'editore, di non poter essere oggetto di consultazione da parte di tutti coloro che usano detto motore di ricerca e di dover rinunciare ai proventi pubblicitari che tale consultazione produce. Tale caso è stato poi chiuso con impegni volti ad assicurare maggiore controllo da parte degli editori on line sui propri contenuti nell'ambito del servizio Google News, più trasparenza e verificabilità delle condizioni economiche applicate dalle imprese di siti web che si avvalgono dei servizi di intermediazione pubblicitaria di Google.

Ad ogni modo, al di là di quelli che saranno gli sviluppi, i fatti denunciati confermano il ruolo fondamentale la Commissione, unitamente alle Autorità nazionali, saranno chiamate a svolgere nel campo dell'intelligenza artificiale applicata ai mercati delle idee e dell'attenzione. Non si tratta solo di garantire il rispetto delle regole, ma di fissare standard minimi per un'informazione trasparente, pluralista e verificabile. Tale compito potrà essere svolto tramite azioni regolatorie mirate e – in caso di regole incomplete – tramite l'*enforcement* antitrust, assumendo in entrambi i casi una leadership politica sul rapporto tra innovazione e diritti fondamentali. Perché il punto non è (solo) tecnico. Appare infatti essere in ballo il controllo sull'accesso alla conoscenza. Se questo controllo si concentra nelle mani di una o poche aziende, senza responsabilità editoriali ma con una capacità d'influenza senza precedenti, il rischio potrebbe divenire strutturale: l'erosione silenziosa della diversità informativa, della concorrenza e, in ultima istanza, della tenuta democratica dell'Europa.

ABSTRACT (ita)

Il contributo cerca di analizzare il complesso e delicato rapporto tra concorrenza e democrazia, muovendo da un'analisi storico-evolutiva per poi focalizzarsi sulle teorie elaborate dalla dottrina nonché sui principi espressi nei più recenti casi antitrust nei mercati dove le connessioni tra l'antitrust e la democrazia appaiono più dirette e immediate. L'obiettivo è di evidenziare quale siano le modalità per mantenere saldo e rafforzare questo legame, sforzandosi

di rendere il più possibile costante e proficua l'interazione tra l'antitrust e la democrazia, nonché di addivenire a un elevato ma equilibrato livello di contaminazione senza stravolgere i paradigmi antitrust. La tesi centrale è che, di fronte alle sfide poste dalla "policrisi" contemporanea, l'antitrust deve continuare a non limitarsi a fungere da mero strumento economico bensì a svolgere un ruolo coesenziale per il sostegno della democrazia e della coesione sociale. Il che impone la costante revisione dell'agenda degli *enforcer*, un arricchimento continuo delle clausole generali e un rapporto di complementarità dinamica con la regolazione.

ABSTRACT (eng)

This contribution undertakes an analysis of the intricate and sensitive nexus between competition and democracy. The examination commences with a historical-evolutionary analysis, subsequently concentrating on the theoretical constructs articulated by legal and economic scholarship and the operative principles elucidated in the most recent antitrust jurisprudence pertaining to markets where the inherent connection between competition law and democratic principles is most pronounced. The primary objective is to delineate the mechanisms necessary to solidify and reinforce this linkage, striving to ensure a sustained and productive interplay between antitrust enforcement and the democratic framework. Furthermore, the goal is to attain an elevated yet judicious level of cross-fertilization without fundamentally subverting the established antitrust paradigms. The core thesis posited is that, in light of the profound challenges presented by the contemporary "polycrisis", antitrust must transcend its function as a mere economic instrument, fulfilling an essential co-determinative role in bolstering democracy and social cohesion. This imperative necessitates the continuous recalibration of the enforcement agencies' agenda, the constant enrichment and dynamic interpretation of the general clauses of competition law, and the establishment of a dynamically complementary relationship with sector-specific regulation.

THE COMMISSION'S INSTITUTIONAL TRANSPARENCY: INFORMAL GUIDANCE LETTERS IN EU COMPETITION LAW

Emanuele Fazio*

SUMMARY: 1. Introduction: the Decentralised Enforcement of Competition Law and the Need for Guidance. – 2. The Procedural Framework of Informal Guidance Letters. – 3. Informal Guidance Letters on Sustainability and Digitalisation. – 4. Conclusion: the Distinct Benefits and Inherent Limitations of Informal Guidance Letters

1. Introduction: the Decentralised Enforcement of Competition Law and the Need for Guidance

Following the entry into force of Regulation (EC) 1/2003,¹ EU antitrust rules have been enforced by the Commission and the national competition authorities (hereinafter, “NCAs”) within a multi-level enforcement system.² Regulation (EC) 1/2003 notably abolished the Commission’s exclusive power to grant “individual exemptions” to an-

* Ph.D. Candidate in Administrative Law at the Scuola Superiore Sant’Anna, Attorney and Qualified Legal Trainee at the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

¹ Council Regulation (EC) 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (hereinafter, “Regulation (EC) 1/2003”).

² Although this work focuses on antitrust rules, *i.e.*, those rules concerning agreements and unilateral conduct, it is noteworthy that the underlying assessment framework in interpreting and applying antitrust rules follows similar steps in merger control and State aid when it is oriented by guidance measures, such as notices, guidelines, and block exemption regulations. CJEU, 2 April 2009, Case C-260/07, *Pedro IV Servicios SL v Total España SA*, para. 36; O. STEFAN, *Soft Law in EU Competition and State Aid: An Imperfect Solution to Grand Regulatory Challenges*, in C. COLOMBO, K. WRIGHT, M. ELIANTONIO (eds.), *The Evolving Governance of EU Competition Law in a Time of Disruptions - A Constitutional Perspective*, Oxford, 2024, pp. 213-231; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 10th edn, Oxford, 2021, pp. 52-53, 172-176, 212-215, 219-223, 256-257 and 866.

ti-competitive agreements³ and decentralised the enforcement of Articles 81 and 82 of the Treaty establishing the European Community (hereinafter, “TEC”) to NCAs.⁴ This paradigm shift requires undertakings to self-assess whether their agreements and unilateral conduct infringe antitrust rules and whether they satisfy the conditions for “exemption” underpinned by countervailing benefits.⁵ At the same time, NCAs now share responsibility with the Commission for the efficient, effective and coherent application of Articles 101 and 102 TFEU (former Articles 81 and 82 TEC).⁶

It is true that, under Article 2 of Regulation (EC) 1/2003, the authority alleging an infringement must prove a breach of Article 101(1) or Article 102 TFEU, whereas the undertaking bears the burden of proving that its conduct fulfils the criteria of Article 101(3) TFEU or qualifies for an efficiency defence under Article 102 TFEU.⁷ However, the interpretation of these provisions by both the undertaking and the authority relies on a concrete legal and economic assessment of the practice’s function. Consequently, the prohibitions laid down in Articles 101 and 102 TFEU should be applied *ope legis*⁸ and based on a

³ The term “exemption” refers to the former enforcement regime under Regulation (EEC) 17/1962, under which undertakings were required to notify their agreements to the Commission to obtain an individual exemption pursuant to what is now set out in Article 101(3) TFEU. Article 1 of Regulation (EC) 1/2003 abolished this notification system, rendering the exceptions in Article 101(3) TFEU – that is, the potential benefits and conditions under which restrictive agreements may be permitted – directly applicable. The informal guidance letters examined in this work recall the functions of the so-called “comfort letters” previously issued under Regulation (EEC) 17/1962. Although not formally recognised by the Treaty or the Regulation, comfort letters formed part of the Commission’s administrative practice, offering informal reassurance either that Article 85(1) EEC was inapplicable or that an exemption under Article 85(3) could be envisaged, without producing binding legal effects. R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.*, pp. 172-175.

⁴ Regulation (EC) 1/2003, *cit.*, Article 5.

⁵ Commission, ‘Evaluation of Regulations 1/2003 and 773/2004’, 5 September 2024, 216 final, pp. 17-19.

⁶ *Ibidem*; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law - Text and Materials*, 4th edn, Cambridge, 2019, pp. 900-903.

⁷ F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, 3rd edn, Torino, 2023, pp. 143-145.

⁸ Regulation (EC) 1/2003, *cit.*, Article 1.

“unitary reasoning”, despite the distributed burden of proof.⁹ As a result of this *ope legis* application, the argument advanced here is that undertakings and competition authorities may adopt a narrower interpretation of Article 101(1) or Article 102 TFEU with a view to proactively supporting public interest objectives embedded within EU competition policy.

EU competition policy has consistently adapted to evolving societal challenges.¹⁰ In recent years, it has gained renewed momentum in light of the so-called “twin transitions” of sustainability and digitalisation, as outlined in the Commission’s Communication ‘A competition

⁹ In contrast to the so-called “rule of reason” applied in the United States – which allows for a single-stage balancing of pro- and anti-competitive effects – the European Union maintains the two-step approach to the interpretation and application of competition law. However, the analysis advanced in this work is grounded in the unitary mode of reasoning, as reconstructed by the case law of the CJEU. This unitary reasoning applies both to the self-assessment carried out by private actors in formulating their competitive strategies and to public enforcement by competition authorities. For a detailed analysis of the unitary reasoning adopted by private actors and competition authorities when (self-)assessing the legal and economic function of agreements and other competitive conducts, see CJEU, 27 June 2024, Case C-201/19 P, *Servier SAS and Others v European Commission*; 30 January 2020, Case C-307/18, *Generics (UK) Ltd and Others v Competition and Markets Authority*, paras 103-107; M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell’Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 145-154.

¹⁰ The terms “competition policy” and “competition law” are often used interchangeably in academic discourse, reflecting their close interrelation; however, they denote distinct concepts for the purposes of the present work. Competition policy refers broadly to the strategies and set of measures – such as informal guidance letters, notices, guidelines and block exemption regulations – adopted by public authorities to promote competition and prevent anticompetitive practices. It also includes the evolving interpretation and application of competition law through public and private enforcement. By contrast, competition law refers to the specific legal rules that give effect to the policy objectives, addressing practices such as restrictive agreements, abuse of dominance, concentrations, and State aid that may harm competition. While competition policy is operationalised through competition law, developments in competition law enforcement likewise inform and reshape policy orientation. For a similar perspective, compare with the definitions provided by A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 8th edn, Oxford, 2023, p. 2; E. FOX, D. GERARD, *EU Competition Law – Cases, Texts and Context*, 2nd edn, *Edward Elgar*, Cheltenham, 2023, pp. 1-16.

policy fit for new challenges'.¹¹ The revised policy seeks to support the sustainable and digital transformation of society, «while allowing customers and consumers a fair share of the resulting benefits».¹² To this end, it promotes a flexible yet robust enforcement approach, capable of incentivising pro-competitive practices that advances sustainability and digitalisation, while safeguarding legal certainty for undertakings.

This dynamic model of (self-)assessment entails inherent risks of fragmentation and legal uncertainty, especially if left without guidance.¹³ While the Commission no longer formally approves individual agreements, it has acknowledged the enduring need to provide clarity and orientation to market participants, particularly in relation to novel or complex issues.¹⁴ This work examines the role of the Commission's informal guidance letters as a significant instrument for enhancing legal certainty and institutional transparency, focusing on two recent instances addressing sustainability and digitalisation challenges.¹⁵

2. *The Procedural Framework of Informal Guidance Letters*

In its efforts to provide transparency within the multi-level enforcement system, and to reduce the risks of fragmentation and legal

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A competition policy fit for new challenges, 18 November 2021, COM 713 final (hereinafter, “A competition policy fit for new challenges”).

¹² *Ibidem*, p. 6. Interestingly, the Commission adopted the exact wording of Article 101(3) TFEU, which sets out the exception to the prohibition of anti-competitive agreements.

¹³ For historical and empirical findings on the divergent approaches and conclusions adopted by national competition authorities, see O. BROOK, *Struggling with Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches of the Commission, EU Courts, and Five Competition Authorities*, in CMLR, vol. 56, n. 1, 2019, p. 121 ff.

¹⁴ A competition policy fit for new challenges, *cit.*

¹⁵ For an overview in Italian of the recent two guidance letters issued by the Commission, see L. BRANDOLI, *Orientamenti informali della Commissione europea: le prime guidance letters dall'aggiornamento del 2022*, in *EJ*, 1st September 2025, rivista.eurojus.it/orientamenti-informali-della-commissione-europea-le-prime-guidance-letters-dallaggiornamento-del-2022/ (accessed 8 September 2025).

uncertainty inherent in the tension between rules and exceptions, the Commission relies on procedural mechanisms. Article 10 of Regulation (EC) 1/2003 provides that, where the EU public interest so requires, the Commission may adopt a “finding of inapplicability” declaring that Article 101 and/or Article 102 TFEU do not apply to a particular agreement or unilateral conduct. Undertakings are not entitled to request such a finding; however, Recital 14 of Regulation (EC) 1/2003 empowers the Commission to adopt such declarations to clarify the law and ensure coherent application across the Union. The same recital states that such declarations may prove particularly useful where new types of agreement or conduct arise in areas not yet covered by established case law or administrative practice. Nonetheless, the Commission has thus far refrained from adopting any formal finding of inapplicability under Article 10.¹⁶

In contrast to formal mechanisms such as declarations of inapplicability, the Commission increasingly resorts to informal procedural mechanisms to stimulate pro-competitive practices aligned with sustainability and digitalisation. As part of its competition policy, the Commission has revised a range of notices, guidelines and block exemption regulations, which shape the enforcement of competition law in practice.¹⁷ Moreover, it stands ready to provide individualised responses to undertakings seeking to pursue sustainability and digitalisation while remaining compliant with EU competition law.¹⁸ These responses take the form of the so-called “informal guidance letters”.

Until the COVID-19 crisis, the Commission had not issued any such informal guidance. However, in 2020 it did provide informal guidance letters to undertakings operating in diverse sectors, such as

¹⁶ R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.*, p. 272.

¹⁷ For a general overview of the numerous soft-law and hard-law instruments guiding the assessments carried out by undertakings and competition authorities, as revised by the Commission, see Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A competition policy fit for new challenges, 19 November 2021, COM 713 final/2’ (hereinafter, “Annex to A competition policy fit for new challenges”). The revision process is still ongoing.

¹⁸ A competition policy fit for new challenges, *cit.*, pp. 11 and 15.

medical equipment,¹⁹ pharmaceuticals,²⁰ cloud-computing,²¹ and road transport.²² Some scholars argued that judicious use of “declarations of inapplicability” and “informal guidance” could allow the Commission to develop a body of interpretative precedents in support of the sustainable and digital transformation.²³ The importance of legal certainty for fostering innovation and investment is explicitly acknowledged in Recital 38 of Regulation (EC) 1/2003, which states that, where genuine uncertainty exists due to novel or unresolved questions of competition law, undertakings may seek “informal guidance” from the Commission.

Recital 38 and Article 10 of Regulation (EC) 1/2003 together respond to concerns raised by the abolition of the former system under which undertakings could notify agreements for individual exemption. In 2022, the Commission published a revised Notice on informal guidance concerning novel or unresolved questions arising under Articles 101 and 102 TFEU in individual cases (hereinafter, “Notice on informal guidance”).²⁴ The Notice points out that undertakings typically

¹⁹ Commission Press Release, ‘Antitrust: Commission provides guidance on allowing limited cooperation among businesses, especially for critical hospital medicines during the coronavirus outbreak’, 8 April 2020, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%20en/ip_20_618 (accessed 8 September 2025).

²⁰ Commission, ‘Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients’, 8 April 2020, COMP/OG – D (2020/04403).

²¹ Commission, ‘Feedback on the membership criteria and internal working rules of GAIA-X’, 19 October 2021, COMP/C.6/SS/RI/vvd.

²² L. HORNKOHL, A. JORNA, *Uncharted legal territory? – European Commission fines Volkswagen and BMW for colluding on technical development in the area of emission cleaning*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 July 2021, legal-blogs.wolterskluwer.com/competition-blog/uncharted-legal-territory-european-commission-fines-volkswagen-and-bmw-for-colluding-on-technical-development-in-the-area-of-emission-cleaning/ (accessed 8 September 2025).

²³ S. ÜNEKBAS, *The Resurrection of the Comfort Letter: Back to the Future?*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2022, p. 37 ff.; R. WHISH, D. BAILEY, *op. cit.*, pp. 272 and 273.

²⁴ Commission Notice on informal guidance relating to novel or unresolved questions concerning Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the Euro-

have access to a substantial body of case-law, decisional practice, block exemptions regulations, guidelines, and other notices, enabling them to undertake a self-assessment of the legality of their commercial strategies.²⁵ However, it also acknowledges that there might be specific cases in which an individualised informal guidance letter would be appropriate.²⁶

The Commission specifies that issuing an informal guidance letter would be considered only where the following cumulative criteria are satisfied: *a*) there is no existing case-law, guidance, or administrative precedent relating to the type of agreement or unilateral conduct; *b*) the matter is economically significant – taking into account factors such as consumer relevance, prevalence of the practice, scale of investment, and whether the practice relates to a structural operation (*e.g.*, the formation of a non-full-function joint venture); and finally, *c*) guidance can be given on the basis of the information already provided to the Commission, requiring no further fact-finding.²⁷ The Commission will not issue guidance letters in relation to purely hypothetical questions.²⁸

A request for informal guidance must be accompanied by a detailed memorandum containing the information specified in the Notice.²⁹ The informal guidance letter sets out the relevant facts and the principal legal reasoning behind the Commission's interpretation.³⁰ The guidance letters are published on the Commission's website, subject to the deletion of any business secrets.³¹ Crucially, guidance letters are not Commission decisions and do not legally bind national competition authorities or national courts.³²

pean Union that arise in individual cases (guidance letters), 4 October 2022 (hereinafter, "Notice on informal guidance").

²⁵ Notice on informal guidance, *cit.*, para 3.

²⁶ *Ivi*, para. 4.

²⁷ *Ivi*, paras 7-8.

²⁸ *Ivi*, para. 9.

²⁹ *Ivi*, paras 10-14.

³⁰ *Ivi*, para. 20.

³¹ *Ivi*, para. 22.

³² *Ivi*, para. 27.

3. Informal Guidance Letters on Sustainability and Digitalisation

Two recent informal guidance letters illustrate the practical application and relevance of this instrument to address contemporary challenges related to sustainability and digitalisation. These represent the first informal guidance letters issued under the revised Notice on informal guidance.

In July 2025, the Commission issued an informal guidance letter to two terminal operators in the port of Antwerp regarding a cooperation agreement aimed at significantly reducing CO₂ emissions.³³ The agreement involved the joint development and deployment of a new technology for shore-side electricity supply to container vessels, specifically replacing diesel-powered generators. This initiative, directly addressing critical environmental sustainability objectives, presented a novel scenario for competition law analysis.

The Commission concluded that, based on the information provided, the agreement was unlikely to raise concerns under Article 101 TFEU. This assessment was primarily predicated on the clear environmental benefits, the limited impact on competition in the port services market, and the finding that the cooperation was genuinely necessary to achieve the stated environmental objectives. More precisely, the Commission considered that the agreement would not raise concerns under Article 101 TFEU, provided that specific safeguards were implemented. These safeguards include: *a*) ensuring that each participating terminal operator retains the ability to independently purchase straddle and shuttle carriers outside the scope of the agreement; *b*) capping the volume of demand pooled through the agreement so as to prevent anti-competitive foreclosure effects vis-à-vis equipment suppliers; and *c*) limiting the exchange of commercially sensitive information between participants strictly to what is necessary for the implementation of the cooperation. Moreover, the Commission's guidance is applicable for a period of five years and is confined to the terri-

³³ Commission Press Release, 'Commission provides guidance on sustainability agreement to reduce CO₂ emissions in European ports', 9 July 2025, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1769 (accessed 8 September 2025).

tory of the European Economic Area (hereinafter, “EEA”). This specific guidance provides valuable insights into the Commission’s current approach to assessing sustainability agreements, particularly those involving innovative technologies with clear positive externalities.

Furthermore, also in July 2025, the Commission issued a second informal guidance letter in response to a request concerning the creation of a licensing negotiation group in the automotive sector.³⁴ This group, comprising various car manufacturers, seeks to collectively negotiate and obtain licences for standard essential patents (hereinafter, “SEPs”) related to connected car technologies. This particular case exemplifies the inherent challenges posed by digitalisation, especially concerning intellectual property rights and competition law within innovation-driven markets.

The Commission’s guidance acknowledged the potential efficiencies of such collective negotiation, notably in reducing transaction costs and promoting wider access to digital technologies. The proposed collective licensing arrangements were found not to raise concerns under Article 101 TFEU, subject to specific safeguards designed to mitigate anti-competitive risks. These safeguards include: *a*) that the group would negotiate licences only for standards that are not specific to the automotive sector, and solely where the combined market share of its members does not exceed 15% of the total demand for the relevant SEPs or standards; *b*) that the licensing negotiation group remains open to participation by other interested entities in the automotive sector, including both car manufacturers and component suppliers; *c*) that participation in negotiations with the group is voluntary for SEP holders, who remain free to join or exit negotiations at any time; and *d*) that exchanges of information among the group members are strictly limited to what is objectively necessary for the conduct of the joint licensing negotiations, with no disclosure of commercially sensitive information.

³⁴ Commission Press Release, ‘Commission provides guidance on the creation of a licensing negotiation group in the automotive sector for the licensing of standard essential patents’, 9 July 2025, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1768 (accessed 8 September 2025).

4. Conclusion: the Distinct Benefits and Inherent Limitations of Informal Guidance Letters

The issuance of these informal guidance letters represents a significant development in the Commission's nuanced approach to competition law enforcement, particularly as it navigates the substantive and procedural challenges posed by the green and digital transitions. Following the decentralisation of enforcement under Regulation (EC) 1/2003, undertakings have become primarily responsible for self-assessing the compatibility of their agreements and unilateral conduct with competition rules. This shift, while enhancing procedural efficiency, has simultaneously heightened the need for clarity and predictability, especially for novel or complex business practices, where the tension between rules and exceptions presents risks of fragmentation and legal uncertainty.

The informal guidance mechanism, as clearly illustrated by the aforementioned cases, offers several distinct benefits as a means of providing dynamic substantive and procedural responses. Firstly, it enhances legal certainty: whilst not legally binding, the Commission's articulation of its preliminary enforcement stance provides undertakings with a valuable indication of the likely outcome of a competition law assessment. This is particularly salient for high-stakes investments in areas like sustainability and digitalisation, where significant resources are committed upfront. Secondly, it actively promotes compliance: by offering a structured pathway for proactive engagement, the mechanism encourages undertakings to seek guidance *before* implementing potentially problematic agreements, thereby pro-actively fostering compliance with EU competition law. Thirdly, it facilitates adaptation to new challenges: the informal guidance letters unequivocally demonstrate the Commission's agility in addressing emerging issues, such as environmental sustainability and the intricate complexities of digital technologies. This allows for a more dynamic and responsive interpretation of competition rules in areas where established precedents may be lacking. Finally, it contributes to transparency, albeit within clearly defined limits: whilst informal guidance letters remain confidential in certain parts, the systematic publication of press releases detailing their issuance and general subject matter significantly con-

tributes to broader market transparency, enabling other undertakings facing similar situations to gain insights into the Commission's prevailing approach and thinking.

It is equally important to acknowledge the inherent limitations of informal guidance letters. Their non-binding nature inherently means that undertakings ultimately retain full responsibility for ensuring their conduct's compliance. Furthermore, given that the Commission's assessment is based on the information submitted by the requesting parties, the resulting evaluation reflects a specific factual matrix which may not necessarily encompass all relevant market dynamics. Accordingly, other market participants should exercise caution when extrapolating from such guidance.

ABSTRACT (ita)

La comunicazione della Commissione «Una politica della concorrenza pronta a nuove sfide» incoraggia le imprese a favorire la sostenibilità e la digitalizzazione, valutando la conformità delle proprie pratiche al diritto della concorrenza dell'UE. Questo modello decentralizzato migliora l'efficienza procedurale, ma comporta al contempo rischi di frammentazione e incertezza giuridica. Il presente contributo analizza le lettere di orientamento informale della Commissione come strumento non vincolante volto ad attenuare tali rischi. Sebbene la Commissione abbia fatto ricorso a tale strumento durante la crisi da COVID-19, le due recenti lettere relative a un accordo in materia di sostenibilità e a un gruppo di negoziazione di licenze rappresentano i primi esempi di utilizzo in risposta alle sfide della sostenibilità e della digitalizzazione. Pur essendo limitate per natura non vincolante e per portata contestuale, tali lettere promuovono un dialogo tra imprese e autorità, rafforzando la trasparenza nell'evoluzione della prassi applicativa europea.

ABSTRACT (eng)

The Commission's Communication, 'A competition policy fit for new challenges', encourages undertakings to self-assess the compatibility of their practices with EU competition law in the context of the green and digital transitions. While this decentralised model enhances procedural efficiency, it also

entails inherent risks of fragmentation and legal uncertainty. This paper examines the Commission's informal guidance letters as a non-binding administrative instrument designed to mitigate these risks by providing orientation. While the Commission first resorted to this instrument during the COVID-19 crisis, the two recent guidance letters concerning a sustainability agreement and a licensing negotiation group are the first to address the challenges of sustainability and digitalisation. Although inherently limited by their non-binding nature and context-specific scope, informal guidance letters offer undertakings a structured pathway for engagement while contributing to transparency in the Commission's evolving enforcement practice.

INTERNAL MARKET MEETS GEOPOLITICS: RECENT CASE LAW ON FREEDOM OF ESTABLISHMENT

Luigi Lonardo*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The jurisdiction of the Court to intervene in substantive themes of governance. – 3. The substantive areas engaged in recent decisions are language/higher education (*Cilevičs*) and supply of raw material (*Xella*). – 4. What these cases reveal about the dynamics of the internal market. – 4.1. The settled case law is still valid. – 4.2. It is necessary to balance free movement with national identity. – 4.3. Does the geopolitical context matter? – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

Internal market litigation appears to be entering a new phase. The traditional paradigm – where the freedom of establishment served primarily as a vehicle for economic integration and the removal of protectionist barriers – is acquiring a new dimension because, while in the past the interests invoked by Member States as justification for their measures¹ were largely domestic (economic or social),² it is now more common that they have a clear ‘geopolitical’ element.³ As the EU acquired new competences, the substantive areas of governance where Member States are required to comply with EU law have increased in

* Lecturer in EU Law, University College Cork. I am grateful to Massimiliano Trovato, without whom this article would not exist.

¹ That is, for the measures «liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty», under the formulation of ECJ 30 November 1995, Case C-55/94, *Gebhard*, point 37.

² Articles 36, 45, para. 3, 65, para. 1 and 52, para. 1 TFEU and the so-called ‘mandatory requirements’ constitute the ‘acceptable’ public interests that may be worthy of protection even in derogation of the rules of the internal market. See generally C. BARNARD, *The Substantive Law of the European Union. The Four Freedoms*, Oxford, 2025, pp. 7 and 33.

³ By ‘geopolitical’, this Article means that they relate directly to the foreign policy of the Member State.

number.⁴ From a foreign policy and from an EU constitutional law perspective, this is especially significant, as it entails that the protection of national security (and to a lesser extent even of national identity), meant to be the exclusive domain of Member States, is being ‘negotiated’ also through internal market litigation. Recent cases before the Court of Justice illustrate this.

In *Cilevičs*,⁵ the Latvian Constitutional Court asked the European Court of Justice (“the Court”) if Latvian legislation requiring private higher education institutions to promote and develop the Latvian language (subject to exceptions allowing the provisions of education in other EU official languages),⁶ thereby limiting the opportunities for those institutions to offer courses of study in foreign languages, was compatible with the freedom of establishment (Art. 49 TFEU), the freedom to provide services (Art. 54 TFEU), and the freedom to conduct a business (Art. 16 Charter). In *Xella*,⁷ the referring Hungarian court questioned the compatibility with EU law of a ministerial decision prohibiting the acquisition of a Hungarian company (operating in the construction material) by an EU operator on the ground that the transaction was contrary to Hungary’s national interest.

Both are (treated by the Court as) internal market cases but they are caused by, or anyways acquire heightened importance in, the EU’s international context. In Latvia, one quarter of the population is Russian-speaking, and, after the Russian annexation of Crimea in 2014, several Member States in Central and Eastern Europe intensified measures aimed at limiting Russian cultural and linguistic influence. The case therefore had an implicit geopolitical dimension: a national language policy framed as the promotion of Latvian was also part of a broader strategy of political distancing from Russia. While the Court of Justice treated the issue as one of freedom of establishment and

⁴ Since the Single European Act (1986) and even more so the Lisbon Treaty (2009). As the discussion contained in Part 4 of this Article shows, the geopolitical element appears rather in recent than in older case law.

⁵ ECJ 7 September 2022, Case C-391/20, *Cilevičs*.

⁶ Art. 56(3) Latvian Law on higher education institutions dated 2 November 1995 as modified by the law of 21 June 2018.

⁷ ECJ 13 July 2023, Case C-106/22, *Xella*.

national identity, its context was shaped by the EU's security environment and the efforts of Member States at the Union's eastern border to consolidate their (cultural) identity as distinct from the Russian one. The international context was equally relevant in *Xella*. The Hungarian government prohibited the acquisition of a domestic company by a non-Hungarian EU operator on the ground that it was contrary to Hungary's national interests. This occurred in a period of growing concern across the EU about foreign (especially non-EU) investment in strategic sectors, leading to the adoption of the FDI Screening Regulation. Although the Court ultimately found that *Xella* involved intra-EU investment, the Hungarian government's invocation of 'public security' reflected the global context of economic security, strategic autonomy, and the politicisation of investment flows – issues sharpened by tensions between the EU, China, and the United States. The case thus raised questions about how far Member States can rely on an invocation of their security interests to derogate from internal market freedoms, and therefore about the Court's role in policing the boundary between legitimate security interests and forbidden economic policy. A similar issue arose later in *Commission/Hungary* (*Matériaux de construction pour infrastructures critiques*), which related to free movement of goods – at issue was the justification of a restriction on exports of construction material for critical infrastructure – rather than relating to freedom of establishment.⁸

In Section 2, this Article presents the reasoning of the Court (and of the Advocates General) in the two judgments as far as they are relevant for the purposes of the present analysis, highlighting in particular why EU law was applicable and why the cases had to be analysed under freedom of establishment.⁹

⁸ ECJ 13 November 2025, Case C-499/23, *Commission/Hungary* (*Matériaux de construction pour infrastructures critiques*), on which see again Section 4 of this Article.

⁹ For other profiles on the judgments under analysis, in addition to those cited throughout the Article, readers may consult S. VAN DER JEUGHT, *Academic Freedom of Language*, in *VBlog*, 16 October 2025; H. VAN EIJKEN, E. MEYERMANS SPELMANS, *Words Travel Worlds: Language in the EU Internal Market, Linguistic Diversity and the National Identity of the Member States*, in *Comparative Law and Language*, vol. 2, n. 2, 2022, p. 87; F. PICOD, *Cour de justice, gde ch.*, 7 septembre 2022, Boris Cilevičs e.a., *aff.*

The cases show how the Court is presented with an opportunity to intervene in important themes of governance: language policy and economic security. The role of the Court in these matters, that is, the way the Court applied the proportionality principle, is discussed in Section 3.

Section 4 conceptualises what these cases tell us about the dynamics of the internal market, broadening the analysis to other recent judgments involving national identity or state security interests. The Court's case law confirms the continuing constitutional salience of the internal market as a forum for negotiating the balance between economic integration and public interests. It follows that the classic case law is still good law. But Member States' interests are now also, to a greater extent than they were in the past, geopolitical interests. The classic 'form' of internal market cases, pitching a private company v a Member State for the removal of some barrier or obstacle or hindrance persists. It has been said that «*Schmidberger* and *Omega* mark the transition to a new stage of the internal market. EU inter-state movement rights have to be balanced with fundamental rights and economic integration must respect overarching constitutional standards».¹⁰ *Cilevičs* reflected the 'securitisation' of language and identity in the shadow of what Latvia perceived as an aggressive Russian foreign policy; *Xella* reflected the securitisation of investment amid a changing global economic order.¹¹ One could therefore say that *Cilevičs* and *Xella* mark the transition to a stage of the internal market in which freedom of establishment has to be balanced with

C-391/20, ECLI:EU:C:2022:638, in *Jurisprudence de la CJUE 2022. Décisions et commentaires*, Brussels, 2024, pp. 425-435; X. ARZOS, *When Protecting the National Language Is Broadly Compatible with EU Law (but the National Court Is Kindly Invited to Reach the Opposite Conclusion): AG Emiliou on Higher Education Language Policy in Latvia - Case Boriss Cilevičs and Others (C-391/20)*, in *ELL*, 21 March 2022; ID., *Judicial Minimalism in National Identity Claims: The Grand Chamber on Higher Education Language Policy in Latvia - Boriss Cilevičs and Others (C-391/20)*, in *ELL*, 21 September 2022.

¹⁰ T. HARTLEY, T. TRIDIMAS, *Foundations of European Union Law*, Oxford, 2025, p. 248.

¹¹ On which see generally S. MEUNIER, K. NICOLAIDIS, *The Geopoliticization of European Trade and Investment Policy*, in *JCMS*, vol. 57, 2019, pp. 103-113.

geopolitical interests and national identity (and not with another fundamental rights¹²). This article contributes to the literature on such balancing by the Court by exploring precisely whether and to what extent the geopolitical context is a factor affecting the validity of national measures. While the case law on national identity is still developing and the concept has uncertain and contested boundaries, the Court's case law on public security interests is squarely in line with its settled jurisprudence on internal market derogations.¹³

2. The jurisdiction of the Court to intervene in substantive themes of governance

The litigation shows lingering uncertainty on the scope of application of (certain instruments of) EU law. In *Xella*, this turned on the question of the scope of the FDI Screening Regulation. It was the case about the applicability of the FDI, and the Court found that it was not, in fact, applicable to the facts of the case. Its scope was interpreted narrowly, as Art. 1(1) requires a «foreign» investor for the applicability of the Regulation, a notion which the Court (correctly) interpreted as «undertakings constituted or otherwise organised under the laws of a third country».¹⁴ The FDI Screening Regulation defines foreign investor as an «undertaking of a third country», and it is based on this literal interpretation that a Hungarian company (such as the applicant in the main proceeding) could not meet this definition.

This is by no means an obvious finding. The AG, in her Opinion, had argued otherwise, that is, for the applicability of the FDI

¹² G. DI FEDERICO, G. MARTINICO, *Official Languages, National Identities and the Protection of Minorities: A Complex Legal Puzzle: Court of Justice (Grand Chamber) 7 September 2022, Case C-391/20, Boriss Cilevičs et al., ECLI:EU:C:2022:638*, in *EuConst*, n. 19, 2023, p. 346 ss., spec. p. 356. consider questionable «the choice to completely rephrase the questions and the decision not to adopt the Charter as a legal parameter» in *Cilevičs*.

¹³ Starting from ECJ 10 July 1984, Case 72/83, *Campus Oil*, defining the scope of 'public security' as derogation from free movement of goods. See also the cases cited in Section 4.3 of this Article.

¹⁴ *Xella*, cit., point 32.

Screening Regulation. The argument was also based on a literal interpretation (of Art. 2(1) FDI Screening Regulation), defining «foreign investment» as «an investment of any kind».¹⁵ The argument of the AG was therefore that the FDI covers «any type of investment through which the foreign investor gains effective participation in or control over an EU undertaking»,¹⁶ regardless of the structure of the company (or companies) through which the foreign investor ultimately exercises control over the EU undertaking. This substantive view of the AG bears some resemblance to the finding of the International Court of Justice in *Barcelona Traction*,¹⁷ as both reason in terms of effective control and economic reality. The AG also excludes possible abuses, whereby a foreign company might set up a subsidiary in a Member State view a view to conduct an operation there which would be subtracted from the application of the FDI screening regulation only by virtue of the fact that the subsidiary is not ‘foreign’. This would amount, to borrow the terminology of *Cadbury Schweppes*, to «a wholly artificial arrangement».¹⁸ An anti-circumvention clause is contained in fact in Art. 3(6) FDI Screening Regulation, but it does not define what «circumvention» entails, so the case law on freedom of establishment may provide guidance.

The Court was more formalistic. It followed the letter of the FDI. Granted, the ownership structure of the foreign investor may be taken into account in determining whether there is a threat, (Art. 4, para. 2(a) FDI Screening Regulation), but that is the ownership structure of the *foreign* investor indeed (and not of the group incorporated under the law of the Member State).¹⁹ The Court also addressed the argument of a potential abuse, noting that there was nothing in the file of the case that indicated that the decision by the Minister was taken in order to counter an attempt to circumvent the screening mechanism.²⁰ Art. 3(6) FDI screening Regulation was therefore not

¹⁵ Opinion of AG Capeta of 30 March 2023, Case C-106/22, *Xella*, para. 41, emphasis in the original.

¹⁶ *Ivi*, para. 42.

¹⁷ ICJ 5 February 1970, *Barcelona Traction*.

¹⁸ ECJ 20 December 2017, Case C-196/04, *Cadbury Schweppes*, point 51.

¹⁹ *Xella*, cit., point 37.

²⁰ *Ivi*, point 38.

engaged. It may be added that the Court's reading is probably in line with the condition of Art. 54 TFEU first sentence, which «seems to exclude third-country letterbox companies that have no genuine connection with the Union economy».²¹

In *Cilevičs* as well there could be doubts as to the applicability of EU law, but the Court dispelled them immediately. This was not a purely internal situation: foreign entities may establish higher education institutions in Latvia, and that potential or, indeed, hypothetical effect of the law on cross-border transactions is sufficient to trigger the application of EU law.²² This is broad interpretation of the scope of EU law is standard, but it can be compared and contrasted with another recent internal market decision, in *FA.RO*,²³ involving Italian legislation setting limits to the amount of tobacco retailers. In a dispute between an Italian retailer and an Italian municipalities, an Italian court referred a question relating to free movement of services and of establishment. The Court declared it inadmissible, because the order for reference contained «nothing to suggest that, despite its purely domestic character, the subject matter of that dispute has a connecting factor with Articles 49 and 56 TFEU that would make the interpretation thereof necessary».²⁴ It bears recalling briefly how the Court's reasoning proceeded in *Cilevičs* instead: in accordance with Art. 6 TFEU, the European Union is to have competence to carry out actions to support, coordinate or supplement the actions of the Member States, including in the area of education. But it is settled case law that when exercising that power, Member States must comply with EU law, in particular the provisions on freedom of establishment²⁵ (freedom of establishment was engaged

²¹ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Oxford, 2025, p. 655.

²² *Cilevičs*, cit., point 33. See, more recently, for the same rationale also ECJ 11 July 2024, Case C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari*.

²³ ECJ 17 October 2024, Case C-16/23, *FA.RO*.

²⁴ *FA.RO*, cit. point 41. V. DELHOMME, *Op-Ed: "Purely Internal Situations and Proportionality in Free Movement Cases" (C-16/23, FA.RO. Di YK & C.)*, in *ELL*, 18 November 2024.

²⁵ *Cilevičs*, cit., point 59.

because the provision of higher education courses for remuneration in question was provided on a stable and continuous basis²⁶).

3. The substantive areas engaged in recent decisions are language/higher education (Cilevičs) and supply of raw material (Xella)

In both cases, the fact that EU law was applicable and gave the Court the opportunity to enter into substantive themes of governance (economic security in *Xella*, education/language policy in *Cilevičs*). Are these *new* areas of governance or were they already regulated by EU law? In a sense, the question on the scope of application of the FDI Regulation in *Xella* was precisely about this: is the regulation of investment coming from the internal market (and, with the FDI Screening Regulation, the EU is merely ‘delegating back’ competence to Member States, as the AG says), or are is the EU ‘attracting’ competences (i.e., *in casu*, about national security) from a domain that was traditionally the Member States’? The Court replies by couching firmly the answer in the internal market rationale. In *Xella*, in addition to the question of the applicability of the FDI Screening Regulation, there was a classic internal market ‘doubt’ as to the freedom under which to analyse the relevant facts. There was little doubt for the Court that the matters fell within the scope of EU law.²⁷ The Court clarified that the case had to be examined under Article 54 TFEU, freedom of establishment, and not Article 65, free movement of

²⁶ *Cilevičs*, cit., point 52.

²⁷ Would the factual circumstances at issue in the main proceeding in *Xella* have been attracted under the scope of EU law regardless of the existence of, say, the FDI screening regulation? Or is the fact that the EU now ‘enters’ the process of FDI already enough to attract the Court’s jurisdiction? The former is correct: as the AG noted, «direct investment, that is to say, shareholding in an undertaking that enables an investor to participate effectively in that undertaking’s management and control, is governed by the rules on freedom of establishment. On the other hand, short-term or minority investments – that is to say, the acquisition of shares solely with the intention of making a financial investment without any intention to influence the management and control of the undertaking in question – must be examined exclusively in the light of the free movement of capital». Opinion of AG Capeta, *Xella*, cit., para. 27.

capital, because the acquisition of shares enabled a «to exert a definite influence on a company's decisions and to determine its activities».²⁸ This is a settled test in the case law, dating back to the judgment in *Baars*,²⁹ and can be read as stemming from Art. 49, para. 2, TFEU.³⁰

One way to understand the cases is to ask whether the geopolitical interest of Latvia or Hungary was protected by EU law. This, however, is not how *Cilevičs* was phrased (where free movement, it shall be recalled, was pitched against national identity).

In *Cilevičs*, the Court recognised more discretion to the national authority to carry out the balancing between these two competing interests. This follows from settled case law: in internal market cases, the public interests that may justify a derogation from a freedom protected by the TFEU is identified by the Member State. In *Cilevičs*, the public interest was the protection and promotion of Latvian, an official language of the EU. That this is a valid interest is settled case law, at least since the classic authority in *Groener*, where the Court held that Ireland could lawfully require lecturers in vocational schools to be Irish speakers, as part of a policy for the promotion of the national language.³¹ In *Cilevičs*, the Court carefully explained that the protection of an official language as overriding reason available to a Member State to derogate from the internal market (provided that it is proportionate) is grounded in the fourth subparagraph of Art. 3, para. 3, TEU³² and Art. 22 of the Charter;³³ as well as in Art. 4, para. 2, TEU, under which the European Union must also respect the national identity of its Member States, which includes protection of the official language of the Member State concerned.

Provided that the national measure protects a worthy interest, the next step is to proceed to a proportionality test. While it is ultimately for the national Court to determine this, in *Cilevičs* the Court considered that Latvian legislation could be suitable to achieve to

²⁸ *Xella*, cit., point 42.

²⁹ ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, *Baars*, point 22.

³⁰ See also C. BARNARD, *EU Substantive Law*, cit., Chapter 11.

³¹ ECJ 28 November 1989, Case C-379/87, *Groener*, point 19.

³² «It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced».

³³ «The Union shall respect cultural, religious and linguistic diversity».

objective of promoting the national language in education at university level «only if it genuinely reflects a concern to attain it and is implemented in a consistent and systematic manner».³⁴ There is here perhaps a hint that the geopolitical context might play a bigger role than the legislation would otherwise suggest: the purpose of the law is to exclude Russian, rather than (simply) to promote Latvian. This is this author's speculation, as there is nothing in the judgment to that effect – the Court simply notes instead that universities established under an international agreement in Latvia may offer classes *in other languages of the EU*.³⁵ As it is settled case law, the Court respects the balancing between the protection of fundamental rights (here, freedom of establishment) and national identity carried out by the Latvian authority. The Court merely notes that «the legislation of a Member State which would require, with no exceptions, that higher education courses of study be provided in the official language of that Member State would exceed what is necessary and proportionate for attaining the objective pursued by that legislation»,³⁶ but this is not the case for the legislation at issue in the main proceedings. It is nonetheless interesting to note that, following the preliminary ruling, the Latvian Constitutional Court decide to strike down only the measure of national law insofar as they apply to the implementation of study programs in private higher education institutions *in the official languages of the European Union*.³⁷ Whereas those same provisions, when they apply to study programmes in languages other than EU official language, are compatible with the Latvian Constitution. In other words, it is permissible to prohibit teaching in Russian, but not in Swedish.

What are exactly the terms of the balancing? While the Court does not go in the same level of detail, AG Emiliou in his opinion in *Cilevičs* discusses at greater lengths the competing interests that are being curtailed by the policy of (quasi) mono-linguism imposed by the Latvian legislation. As the Advocate General correctly identifies, the

³⁴ *Cilevičs*, cit., point 75.

³⁵ *Cilevičs*, cit., point 79.

³⁶ *Cilevičs*, cit., point 84.

³⁷ Latvian Constitutional Court, Judgment of 9 February 2023, no 2020-33-01.

legislation restricts academic freedom, the freedom of students to choose education in line with their pedagogical convictions (implicit in the right to education); the legislation also creates discrimination on the basis of language, and indirect discrimination on the basis of nationality.³⁸ Crucially, the AG – but not the Court – discuss what in my view is the elephant in the room, namely the protection of minority languages (here, Russian). As the AG recalls, «protection of minority languages is a value enshrined in several provisions of EU primary law (including Article 2 TEU and Article 21(1) of the Charter) and in numerous international instruments which the European Union and/or the Member States have signed».³⁹ The Latvian legislation, in his opinion, significantly affected the language rights of that minority.

By contrast, in *Xella*, the Court was more interventionist in the identification of the public interest capable, in principle, to justify a restriction to free movement of capital. The Court reaffirmed its settled case law: the protection of economic interests by a Member State is not sufficient to justify reliance on a derogation from the internal market.⁴⁰ «Reasons of an economic nature in the pursuit of an objective in the public interest»⁴¹ may be relevant – but derogations on the ground of public security, such as those invoked by the Hungarian Minister, «may be relied on only if there is a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society».⁴² The protection of gravel (in particular at the local level⁴³), the Court says, is not such a fundamental interest. This is not merely a question of proportionality: the Court excludes that Hungary may rely on the derogation on the ground of public security in the first place. This is a harsh finding, that essentially determines what is a fundamental interest of (the Hungarian) society. The Court justifies the reasoning on two grounds: first, we are talking about gravel at local level (not about the import of

³⁸ Opinion of AG Emiliou of 8 March 2022, Case C-391/20, *Cilevičs*, paras 109-110.

³⁹ *Ivi*, para. 112.

⁴⁰ *Xella*, cit., point 64. AG Szpunar was more dismissive in his Opinion of 6 February 2025, Case C-499/23, *Commission/Hungary*.

⁴¹ *Xella*, cit., point 65.

⁴² *Xella*, cit., point 66.

⁴³ *Xella*, cit., point 69.

material in Hungary as a whole); second, from the file it does not appear that there is a genuine and sufficiently serious threat (this suggests that the proportionality test would not have been met anyways). It may be noted *en passant* that economic security does not play by different rules than traditional security exceptions. This is borne also by the precedent of *Commission/Greece*, where a national measure requiring a prior authorisation and ex post control for the purchase of shares in companies owning, operating or managing national infrastructure networks was found to be in violation of EU law.⁴⁴

4. *What these cases reveal about the dynamics of the internal market*

4.1. *The settled case law is still valid*

The first lesson to be drawn is that the Court's settled case law on the four freedoms is still good law and is applicable regardless of the derogation of justification invoked by the Member State (whether it be economic interests, fundamental rights, or, as in the new generation of cases under consideration, national identity). The case law can be summed up in the following formula.

a. Where a national measure relates to several of those freedoms at the same time,

the Court will in principle examine the measure in relation to only one of those freedoms if it appears, in the circumstances of the case, that the other freedoms are entirely secondary in relation to the first and may be considered together with it.⁴⁵

b. In order to determine the predominant fundamental freedom, the purpose of the legislation concerned must be taken into consideration.⁴⁶

c. The distinction between establishment and services is that

⁴⁴ ECJ 8 November 2012, Case C-244/11, *Commission/Greece*.

⁴⁵ *Cilevičs*, cit., point 50.

⁴⁶ *Cilevičs*, cit., point 51.

establishment is stable and continuous, while services are not.⁴⁷ The distinction between establishment and capital is that the former applies to «those shareholdings which enable the holder to exert a definite influence on a company's decisions and to determine its activities».⁴⁸

d. All measures which prohibit, impede or render less attractive the exercise of the freedom guaranteed by Art. 49 TFEU must be regarded as restrictions on the freedom of establishment.⁴⁹ It goes without saying that a measure authorising the prohibition of acquisition of a new company, such as that at issue in *Xella*, is a «particularly serious»⁵⁰ restriction. Similarly, an obligation to provide courses solely in Latvian «render[s] less attractive»⁵¹ the establishment of foreign nationals in Latvia.

e. Finally, a restriction on a fundamental freedom guaranteed by the TFEU may be permitted only if the national measure in question meets an overriding reason relating to the public interest, that it is appropriate to ensure that the objective it pursues is achieved and that it does not go beyond what is necessary to achieve it.

f. In particular, measures which restrict a fundamental freedom may be justified only if the objective pursued cannot be attained by less restrictive measures, it is not indispensable for the restrictive measure issued by the authorities of a Member State to correspond to a conception shared by all Member States as regards the precise way in which the fundamental right or legitimate interest in question is to be protected.

These are all rules contained in settled case law, but their application is far from straightforward (see AG Capeta in *Xella*), and it is useful for the Court to spell it out, possibly also for the benefit national courts in which it may be the case that, for demographic

⁴⁷ *Cilevičs*, cit., point 53.

⁴⁸ *Xella*, cit., point 42.

⁴⁹ *Xella*, cit., point 59.

⁵⁰ *Xella*, cit., point 59.

⁵¹ *Cilevičs*, cit., point 63.

reasons, the judges are not be intimately familiar with the law of EU internal market.

4.2. *It is necessary to balance free movement with national identity*

As a general rule, ‘The balance to be struck between fundamental rights and the public interest or between competing fundamental rights in a specific case is a matter for the Court, since the protection of human rights must be secured «within the framework of the structure and the objectives of the Community».⁵² Arguably, this derives from *Internationale Handelsgesellschaft*.⁵³

The balancing takes into account the nature of the public objective pursued by national legislation, the competing interest or fundamental right affected, and how much the competing interests are affected (the proportionality test *stricto sensu*). This is inherent in the malleable nature of proportionality.⁵⁴ It is the way in which the Court protects the discretion of Member States while ensuring the correct application and the effectiveness of EU law.

The protection of national identity was invoked as ground for justification in *Cilevičs*, in circumstances where, it shall be recalled, this internal market case originates from Latvian legislation with a strong foreign policy rationale – namely, to preserve the Latvian language against Russian influence, and perhaps to mark Latvian identity as neatly separate from Russian. As expected, we observe variance among Member States in the protection of their own national identity,⁵⁵ but there is differentiated deference by the Court as well. More concretely: the Court in *Cilevičs* appeared more deferential to the balancing struck by the Latvian legislator, and in particular to the decision by the Member States’ to protect its national identity even in circumstances where this curtails a fundamental right, than it had been

⁵² T. HARTLEY, T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 240.

⁵³ ECJ 17 December 1970, Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, point 3.

⁵⁴ T. TRIDIMAS, *The General Principles of Law: Who Needs Them?*, in *Les Cahiers de Droit*, n. 52, 2015, p. 432.

⁵⁵ G. VAN DER SCHYFF, *Exploring Member States and European Union Constitutional Identity*, in *EPL*, vol. 22, 2016 p. 227.

in other case. In *Coman*, the Court was invested with the question whether Romania was obliged to recognise a marriage between persons of the same sex that was lawfully recognised in Belgium between an EU citizen and his non-EU partner. It was argued, in defence of Romania's refusal to recognise such marriage, that the restriction to citizens' free movement (Art. 21 TFEU) was justified on the grounds of public policy and national identity: marriage as a union between a man and a woman is protected in some Member States by laws having constitutional status. In *Coman* the Court held that «the obligation for a Member State to recognise a marriage between persons of the same sex concluded in another Member State in accordance with the law of that state, for the sole purpose of granting a derived right of residence to a third-country national, does not undermine the institution of marriage in the first Member State».⁵⁶ The ECJ did not leave the matter to the national court to determine. The significance of this finding is that the Court interpreted in a very narrow way the scope of the national identity derogation, essentially substituting itself to the national legislator of Romania in drawing the balance between the right (to free movement) and the competing interest (to recognise only marriage between a man and a woman).

By contrast, in *Cilevičs* the Court conducted a much more lenient proportionality scrutiny, as if national identity could be interpreted broadly here, whereas in *Coman* it was interpreted strictly. To begin with, it found that the protection of national language is a matter of national identity – a finding that is borne by precedent (in *Runevič-Vardyn*, a case that has both «sensitive and historical geopolitical aspects»⁵⁷ as AG Jääskinen put it, the Court stated that respect for national identity «includes protection of a State's official national language»⁵⁸). The fact that the Court chose to follow those precedents has nonetheless been criticised by some authors because Art. 4, para. 2, TEU does not explicitly mention language⁵⁹ («it can nonetheless be

⁵⁶ ECJ 5 June 2018, Case C-673/16, *Coman*, point 45.

⁵⁷ Opinion of AG Jääskinen of 16 December 2010, Case C-391/09, *Runevič-Vardyn*, para. 5.

⁵⁸ ECJ 12 May 2011, Case C-391/09, *Runevič-Vardyn*, point 86.

⁵⁹ G. DI FEDERICO, *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of*

doubted that this case is actually about the duty to respect national identity under Article 4(2) TEU»⁶⁰). It then recognised «broad discretion» to Member States «in their choice of the measures capable of achieving the objectives of their policy of protecting the official language, since such a policy constitutes a manifestation of national identity for the purposes of Article 4(2) TEU».⁶¹ The Court went on to find that the exceptions to the Latvian legislation entailed that the measure was proportionate. The decision on this point has been criticised because «by refusing to carry out a strict proportionality test, the Court of Justice makes it difficult to understand exactly what elements are relevant when appraising the admissibility of a derogation to EU law grounded on the respect for national specificities traceable to Article 4(2) TEU».⁶² Indeed, the Court found that «discretion cannot justify a serious undermining of the rights which individuals derive from the provisions of the Treaties enshrining their fundamental freedoms».⁶³ What constitutes a «serious undermining of the rights»? The Court does not provide guidance.⁶⁴ It shall be recalled that the AG gave more detailed guidance on what are the terms of the balancing, that is, the concrete elements that the national legislator should take into account in carrying out the balancing between the competing (national) interest and the EU interests or fundamental rights (and which the Court can then monitor if it is asked to do so).⁶⁵

4.3. *Does the geopolitical context matter?*

The balancing exercise carried out by the ECJ is notoriously complex, and a variety of factors are to be taken into account.⁶⁶ This

Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards, in *ELR*, vol. 25, 2019, p. 356.

⁶⁰ G. DI FEDERICO, G. MARTINICO, *op. cit.*, p. 359.

⁶¹ *Cilevičs*, *cit.*, point 83.

⁶² G. DI FEDERICO, G. MARTINICO, *op. cit.*, p. 347.

⁶³ *Cilevičs*, *cit.*, point 83.

⁶⁴ See, for a discussion, G. DI FEDERICO, G. MARTINICO, *op. cit.*, p. 364.

⁶⁵ AG Opinion Emiliou of 8 March 2022, *Cilevičs*, *cit.*, paras 108-112.

⁶⁶ T. TRIDIMAS, *Wreaking the Wrongs: Balancing Rights and the Public Interest*,

section investigates whether the geopolitical context of national measures may be a relevant factor. This will also enable to conceptualise the link between the nature and scope of the national identity clause of Art. 4, para. 2, TEU and internal market derogations. Is the difference in deference identified in the previous section, for example, due to the external context, that is, the geopolitical interests pursued by the Member States?

Formally, the answer is no: geopolitical considerations do not enter explicitly in the reasoning of the Court on internal market cases. Doctrinally, there are two possible candidates in the Treaty suggesting that geopolitics may affect the internal market: the derogations on the grounds of public security and Art. 347 TFEU. Let us consider each in turn.

The case law of the Court on public security operates in the same way since *Campus Oil*, decided in 1984: a derogation on the ground of public security codified in the Treaties⁶⁷ (or in secondary legislation) is not a “self-executing clause”, meaning that a Member State may not unilaterally declare what its security interests are and *eo ipso* escape judicial control. Derogations cannot be «construed as conferring on Member States the power to derogate from the provisions of the FEU Treaty simply by invoking those interests».⁶⁸ Granted, Member States are, in principle, free to determine the requirements of public policy and public security in the light of their national needs. Perhaps, this is when geopolitical considerations come into play (i.e., each Member State is free to determine what is a threat to its national security, provided that it shows ‘a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society’), as discussed below and in the next

the EU Way, in *CJEL*, vol. 29, 2023, p. 185 ss., spec. p. 194.

⁶⁷ See the list already in ECJ 15 May 1986, Case 222/84, *Johnston*, point 26. It is settled case law that «the only articles in which the Treaty expressly provides for derogations applicable in situations which may affect law and order or public security are Articles 36, 45, 52, 65, 72, 346 and 347 TFEU, which deal with exceptional and clearly defined cases», ECJ 2 April 2020, Joined Cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17, *Commission/Poland, Hungary and Czech Republic*, point 143.

⁶⁸ ECJ 7 September 2023, Case C-601/21 *Commission/Poland*, point 82. Similarly, ECJ 15 December 2009, Case C-387/05, *Commission/Italy* (military material), point 47.

paragraph. However, the Court will monitor the suitability and necessity of the State measure pursuing the security interest: it did so in *Xella*, finding the measure unsuitable, and in *Commission/Hungary*, finding that the restriction at issue applied to a broad category of companies, in an unsystematic manner, and was therefore not «necessary» for the protection of public security.⁶⁹

The instances where the proportionality of the measure was determined in some way by “geopolitics” are few and far between. In *Campus Oil*, Ireland required importers of petroleum to purchase a certain proportion of their import from a company owned by the Irish state, with a view of guaranteeing security of supply in Ireland. The Court refused the Irish government’s submission that «it is for the Member States to determine, for the purposes of Article 36, and in particular with regard to the concept of public security, their interests that are to be protected and the measures to be taken to that end».⁷⁰ The Court instead stated that the purpose of derogations «is not to reserve certain matters to the exclusive jurisdiction of the Member States; it merely allows national legislation to derogate from the principle of the free movement [...] *to the extent to which this is and remains justified in order to achieve the objectives set out in the article*».⁷¹ The Court went on to find that supply of petroleum is a public security issue, because it enables the state to function.⁷² Only implicitly did this depend on Ireland’s geopolitical situation – namely the fact that it is a country exclusively dependent on oil import and, as it was submitted in the case «[i]n any crisis of a military nature, Ireland, being a non-aligned country and not a member of NATO, would have to fend for itself».⁷³ Since Ireland does not refine oil of its own, the Court concluded,⁷⁴ a measure to ensure security of supply will be more necessary than for a country that does not rely exclusively on import.

⁶⁹ *Commission/Hungary*, cit., point 83.

⁷⁰ *Campus Oil*, cit., point 22.

⁷¹ *Ivi*, point 32, emphasis added.

⁷² *Ivi*, point 34.

⁷³ *Ivi*, p. 2738.

⁷⁴ *Ivi*, point 39.

Much more recently, in a case on free movement of workers, *Ministrstvo za obrambo*, the Court recognised that the organisation of armed forces by a Member State may be due to specific features deriving from geopolitical considerations.⁷⁵ In the context of public procurement, where Member States may protect their essential security interests by not applying certain procedures for public service contracts,⁷⁶ the Court recognised the discretion afforded by EU law (here, the EU Procurement Directive) to national authorities is subject to the usual proportionality test, with no mention of how the geopolitical context may affect the identification of such interests.⁷⁷ In the same case, AG Emiliou argued, similarly to what Poland did, that the identification of «essential security interests» of a Member State «depends on historical, political and geopolitical considerations which may vary from one State to the other».⁷⁸ Similarly, AG Saumgandsgaard Øe was keen on stressing the geopolitical background of a Lithuanian measure restricting free movement of services in *Baltic Media Alliance*, pointing to the proportionality of such measure, because it was «adopted in order to protect the Lithuanian information area and to provide a swift response to Russian propaganda in the context of the information war to which the Baltic States are subject in view of their geopolitical situation».⁷⁹ The Hungarian minister, in *Xella*, considered that the acquisition of the company would be contrary to Hungary's interests, but the Court

⁷⁵ ECJ 15 July 2021, Case C-742/19, *Ministrstvo za obrambo*, point 44: «It follows that the specific features which each Member State imposes on the functioning of its armed forces must be duly taken into consideration by EU law, whether those specific features result, inter alia, from the particular international responsibilities assumed by that Member State, from the conflicts or threats with which it is confronted, or from the geopolitical context in which that State evolves».

⁷⁶ Articles 15(2) and (3) Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC («the Public Procurement Directive»).

⁷⁷ ECJ 7 September 2023, Case C-601/21, *Commission/Poland* (Public Procurement Contracts).

⁷⁸ Opinion of AG Emiliou of 2 March 2023, Case C-601/21, *Commission/Poland* (Public Procurement Contracts), para. 46.

⁷⁹ Opinion of AG Saumgandsgaard Øe of 28 February 2019, Case C-622/17, *Baltic Media Alliance*, para. 76.

did not, as it considered that blocking the acquisition of a company in the local gravel industry was unsuitable for the protection of Hungary's security.

Art. 347 TFEU distinguishes three cases in which Member States should consult to prevent an impact on the internal market of measures which a Member State may be called upon to take: these are in «the event of serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order, in the event of war, serious international tension constituting a threat of war, or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security». They relate to foreign policy concerns, but, as AG Jacobs stated already in the 90s, contrary to the general public security derogations «the situations covered by Article [347 TFEU] are, as the Court recognised in paragraph 27 of the *Johnston* judgment, *wholly* exceptional. That is confirmed by the fact that Article [347] has so rarely been invoked, while recourse to Article 36 is relatively common [and while] Article 36 permits derogations from one aspect of the common market (admittedly a fundamental one); Article [347], on the other hand, permits derogations from the rules of the common market in general».⁸⁰ The exceptionality of Art. 347 TFEU is confirmed by how little it is applied in practice. Recent case law mentioning it relates to the Area of Freedom Security and Justice rather than to the four freedoms.⁸¹

In practice, as we saw, the deference shown to the national legislator varies, even though this is not formally due to “geopolitical” considerations but to the nature of the public objective pursued by national legislation, to the competing interest or fundamental right affected, and to how much the competing interest is affected (the proportionality test). The national identity clause operates in a similar way as to the public security derogations discussed so far: even though its *scope* is object of litigation, its *nature* appears to be that of a derogation (in addition to imposing an obligation on the legislator not

⁸⁰ Opinion of AG Jacobs of 6 April 1995, Case C-120/94, *Commission/Greece*, para. 46. The case was never decided on the merits by the Court.

⁸¹ E.g. *Commission/Poland, Hungary and Czech Republic*, cit., on the relocation decisions adopted during the so-called migration crisis.

to adopt legislation conflicting with national identity⁸²). This nature of derogation of that provision may be problematic in decisions that run the risk of substituting the value judgment of the Court for that of the national legislator. The risk is heightened when something sensitive such as “national identity” is invoked – whereas the case law on public security is more settled. More specifically, one could doubt whether the Court, in *Coman* respected its rule that «it is not indispensable for the restrictive measure issued by the authorities of a Member State to correspond to a conception shared by all Member States as regards the precise way in which the fundamental right or legitimate interest in question is to be protected». In *D and Sweden/Council*,⁸³ decided in 2001, the ECJ refused to recognize that a registered same sex partnership should be treated in the same way as marriage for the purposes of granting a household allowance. It stated that the situation existing in the Member States at that time reflected «a great diversity of laws and the absence of any general assimilation of marriage and other forms of statutory union» and, as a result, the two statuses could not be equated. *Cilevičs* is closer to the approach of *D and Sweden* than that of *Coman*. We know from *ERT*⁸⁴ that a derogation from an internal market freedom must itself comply with fundamental rights. Why does the Court not consider in greater detail the fundamental rights of linguistic minorities in Latvia?

There is at present no single case in which a Member State sought to rely on the protection of its public security *as* an aspect of national identity. Given the blurred boundaries of Art. 4, para. 2, TEU, it is not inconceivable that geopolitical interests of a State may be a matter of national identity – as the facts of *Cilevičs* (and the decision of the Latvian Constitutional Court after the preliminary ruling) show, we are not far from taking that step. Recent case law in fact suggests a gradual evolution from a model in which derogations predominantly protected domestic socio-economic interests to one in which national identity, itself shaped by geopolitical dynamics, structure the hierarchy of public interests capable of justifying restrictions on free movement.

⁸² Opinion of AG Emiliou in *Cilevičs*, cit., para. 83.

⁸³ ECJ 31 May 2001, Case C-122/99 P, *D and Sweden/Council*.

⁸⁴ ECJ 18 June 1991, Case C-260/89, *ERT*.

The national identity clause contained in Art. 4, para. 2, TEU might then operate as the hinge through which geopolitical concerns are channelled into the legal vocabulary of internal market derogations: measures adopted in response to external pressures may be reframed, and articulated, as expressions of constitutional identity and therefore tested with a (laxer) proportionality scrutiny (compared to that attracted by other derogations from the free movement provisions).

5. Conclusion

Recent case law reveals an internal market jurisprudence that continues to rest on orthodox foundations established decades ago, while operating in a new geopolitical context. The Court has not abandoned its doctrinal anchors: a familiar taxonomy of freedoms, a structured proportionality review, and the insistence that Member States may invoke public interests only within limits set by EU law, under the jurisdiction of the Court. But under this stability, the litigation is shifting, pitching the four freedoms against invocation of security interests or national identity inextricably linked to those interests.

Cilevičs and *Xella* exemplify this evolution. Both disputes were decided as quintessentially internal market cases, but both originated in contexts marked by language “securitisation” or preservation of economic security in the face of geopolitical competition. Hardly ever does the Court explicitly refer to a changed international environment in its case law on the internal market. Still, its reasoning operates against the backdrop of such pressures, as it transpires from the Opinion of its Advocates General. In a classic work on the internal market, Poiares Maduro’s *We, the Court*, the author wrote that «the free movement rules will also promote the development of and criteria for solidarity among the Member States, while building upon the concept of European citizenship».⁸⁵ But, contrary to a supranational citizenship,⁸⁶ there is no supranational identity nor security. The

⁸⁵ M. POIARES MADURO, *We, The Court*, Oxford, 1998, p. 168.

⁸⁶ See Art. 20 TEU and ECJ 29 April 2025, Case C-181/23, *Commission/Malta*

internal market – and litigation – is therefore still the *locus* of contestation of (centrifugal?) state measures, such as those protecting national identity and economic security.

This raises a constitutional question that reaches beyond the doctrinal confines of either judgment: how far can the internal market serve as the forum through which the boundaries of national identity and economic security are negotiated? The Court's case law shows two parallel movements. On the one hand, the Court retains authority over the ultimate balance between free movement and national interests, reaffirming that neither invocation of national identity nor of security exclude judicial control. On the other hand, its approach in recent case law displays differentiated deference: when public interests are framed in identity terms, national discretion expands.

Abstract (ita)

L'articolo analizza come il mercato interno stia diventando sempre più permeato dalle priorità geopolitiche degli Stati membri. Misure adottate in nome della sicurezza economica, della resilienza delle supply chain, dell'identità nazionale vengono contestate davanti alla Corte di giustizia e rilette attraverso la grammatica ben nota delle libertà fondamentali. Esaminando un insieme di controversie recenti, soprattutto in materia di libertà di stabilimento, l'articolo mostra come il diritto del mercato interno risponde al perseguimento, da parte degli Stati membri, di obiettivi di politica estera. Casi come Xella (sicurezza economica) e Cilevičs (politica linguistica) sono discussi come esempi, tra molti, di questo incontro fra "geopolitico" e libertà fondamentali.

Abstract (eng)

The article examines how EU internal market has become a key site for the

(Citizenship by investment), point 96 as defended here: L.D. SPIEKER, *It's solidarity, stupid!: In defence of Commission v Malta*, in *VBlog*, 7 May 2025; and already J.H.H. WEILER, *Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *ELJ*, n. 1, 1995, p. 219.

articulation and contestation of geopolitical priorities of Member States. National measures adopted in the name of economic security, supply-chain resilience, or national identity are challenged before the Court of Justice and are framed through the well-known grammar of free movement. On the basis of a set of recent disputes, especially on freedom of establishment, the article analyses how internal market law responds to the pursuit of foreign policy goals by Member States. Judgments such as *Xella* (economic security) and *Cilevičs* (language policy) are discussed as illustrations, among many others, of this encounter between geopolitics and the fundamental freedoms.

ALACE, CANPELLI E... L'INSICUREZZA DEI PAESI TERZI SICURI

Francesco Munari*

SOMMARIO: 1. Il postino suona sempre due volte, anche a Lussemburgo. – 2. Una disamina per titoli del sistema normativo di riferimento. – 3. Gli antefatti: CV e il legislatore italiano. – 4. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte e le risposte ai quesiti del giudice nazionale. – 5. Prime riflessioni: la legge (non) è uguale per tutti? – 6. *Segue*: un necessario correttivo di diritto interno, ovvero l'opportunità di un nuovo “dialogo” con la Corte. – 7. La quarta questione pregiudiziale e l'interpretazione... non conforme. – 8. La *legacy* di *Alace*: un'occasione perduta, sotto diversi profili.

1. Il postino suona sempre due volte, anche a Lussemburgo

A pochi mesi dalla pronuncia CV/Ministero dell'Interno della Repubblica Ceca¹, la Corte torna sulla nozione di “paese terzo sicuro” ai fini applicativi della direttiva 2013/32 (cd. direttiva procedure)², que-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Genova. Ringrazio vivamente il dott. Mario Barbano, assegnista di ricerca presso il nostro Ateneo, per l'aiuto nella bibliografia e la sistemazione delle note.

¹ Corte giust. 4 ottobre 2024, C-406/22, CV/Ministero dell'Interno della Repubblica Ceca. La sentenza è stata variamente commentata: tra gli altri, K. MICHKOVÁ, D. KOSAŘ, *Designation of the Safe Countries of Origin in EU Member States: Uniform Rules, Divergent Practices? CV v Ministerstvo vnitra ČR*, in CMLR, 2025, p. 1155 ss.; C. SICCARDI, *Le procedure Paesi sicuri e il Protocollo Italia-Albania alla luce della più recente giurisprudenza: profili di diritto costituzionale*, in DIC, n. 1, 2025, pP. 1-33; A. DI PASCALE, *Safe Countries of Origin: whose Margin of Appreciation? Case C-406/22, CV, and Its Impact in the Application of the Italy-Albania Protocol*, in ELL, 16 December 2024; M. COMETTI, *Attuali e future questioni sul concetto di Paese di origine sicuro*, in DPCE online, 2025, p. 689 ss.; sia consentito tuttavia anche il riferimento a F. MUNARI, *Le torri (d'avorio?) di Kirchberg: riflessioni a margine della sentenza CV c. Ministero dell'Interno della Repubblica Ceca*, in EJ, n. 4, 2024.

² Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status

sta volta su richiesta di un tribunale italiano. Sullo sfondo del rinvio pregiudiziale c'è la *vexata quaestio* relativa al Protocollo tra Italia e Albania, ai centri di trattenimento dei migranti da esso previsti, e all'esistenza di riserve espresse in dottrina e in giurisprudenza in ordine a questa forma di cd. *outsourcing* parziale delle procedure di protezione internazionale, la quale assume come presupposto la possibilità di impiegare istituti previsti dal diritto unionale, segnatamente agli articoli 36 ss. della direttiva procedure: in particolare, com'è noto, quando una persona richiedente protezione internazionale proviene da un paese ritenuto sicuro, la sua domanda può essere decisa con procedura semplificata, e nelle more il richiedente può non essere autorizzato a permanere sul territorio dello Stato membro³.

Come si vedrà, la questione è tutt'altro che nostrana, e investe la politica su migrazioni e asilo dell'interna Unione e dei suoi membri, ma sembra che soprattutto in Italia si sia avviata una nuova "saga" di questioni tra giudici nazionali e Corte di Giustizia sui temi qui in esame, con più di quaranta rinvii pregiudiziali dei giudici di merito italiani sulle medesime questioni decise in *Alace*⁴.

Il "secondo tempo" delle tematiche oggetto della pronuncia CV investe profili parzialmente nuovi rispetto a quelli in essa dibattuti, ma non cambia l'impostazione della Corte, la quale anzi, lo vedremo, parrebbe voler concludere – e chiudere – il ragionamento iniziato in tale causa.

Detto questo, la soluzione fornita dalla Corte in *Alace e Canpelli*⁵ non solo non convince, ma convince ancor meno rispetto a CV: a di-

di protezione internazionale (rifusione).

³ Per maggiori dettagli, v. S. MONTALDO, *Not in my Backyard! Outsourcing EU Asylum Procedures to Third Countries: A Challenge for the Common European Asylum System*, in *CMLR*, 2025, p. 343 ss., nonché *infra*, par. 6.

⁴ Cfr. Corte giust. ordd. 24 settembre 2025, C-88/25 e C-113/25, *Gasparchi e a.*; 26 settembre 2025, C-750/24, *Ortera*; 26 settembre 2025, C-763/24, *Mibone*, tutte definite per cancellazione dal ruolo post sentenza *Alace*. Sul punto, v. P. IANNUCELLI, *Paesi d'origine sicuri: la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia*, in *RCE*, n. 3, 2024; S. MORLOTTI, *Mattoncini di lego in Corte di giustizia: la designazione dei Paesi di origine sicuri. Udienza di Grand Chambre del 25 febbraio 2025, cause riunite C-758/24 Alace e C-759/24 Canpelli*, *ivi*, n. 1, 2025.

⁵ Corte giust. 1° agosto 2025, C-758/24 e C-759/24, *Alace e Canpelli*. Per i primi

stanza di pochi mesi, la Corte avrebbe infatti potuto sfruttare questa occasione per precisare meglio il proprio pensiero in una direzione più meditata rispetto al sistema e a tematiche le quali, benché connotate da grande impatto politico, hanno comunque un'elevata portata giuridica e istituzionale, e vanno cioè ben oltre le questioni relative al caso deciso, alla materia delle migrazioni, e alla contrapposizione che, a livello mediatico e non solo, si registra sui profili oggetto della causa. Del resto, come diremo, dopo CV erano emersi molti elementi e molti stimoli (nel giudizio e fuori dal giudizio) che forse meritavano maggiore attenzione da parte della Corte.

Quest'ultima, però, ha invece preferito ribadire la propria posizione, e così *Alace* finisce per essere un *refrain* di CV, i cui effetti auspicabilmente resteranno quelli di un *repetita*, peraltro temporaneo e probabilmente superato, vista l'evoluzione normativa sopravvenuta.

Purtroppo, le occasioni perdute non sempre ritornano, e quel che resta rischia invece di essere interpretabile come una contrapposizione nociva al sistema e a principi fondamentali dell'ordinamento UE, quale quello della leale collaborazione, ma anche dell'effetto diretto, e della distinzione dei ruoli tra giudice e legislatore.

Insomma, se nel noto romanzo di James Cain – che ha ispirato tanti altri scrittori e film hollywoodiani – il postino suona sempre due volte, in Lussemburgo forse avrebbe potuto valere la pena scegliere un'altra strada.

Procediamo a questo punto con un po' d'ordine, partendo dal contesto e dalle questioni pregiudiziali chieste alla Corte.

commenti sulla sentenza si vedano: B. CORTESE, *Dai paesi (terzi) di origine sicuri a un paese fondatore non più così sicuro del suo posto nel diritto dell'Unione: riflessioni a margine di Corte di giustizia, sentenza 1° agosto 2025, cause riunite c-758/24 e c-759/24, Alace e Canpelli*, in DIC, n. 3, 2025; M. SAVINO, *Disapplicazione senza freni - la sentenza della Corte di giustizia sui Paesi di origine sicuri*, in ADIMBlog, 7 agosto 2025; L. MARIN, C. FAVILLI, *Alace and Canpelli: the Court of Justice firmly constrains domestic extraterritorial asylum processing politics*, in EuLawAnalysis, 14 August 2025; G. CELLAMARE, *La sentenza Alace e Canpelli: la conferma del carattere indivisibile del concetto di Paese sicuro nella direttiva procedure*, in EJ, 25 agosto 2025; C. BURELLI, *Un avvio turbolento della stagione estiva: la sentenza Alace e Canpelli della Corte di giustizia sulla nozione di Paese di origine sicura*, in RCE, n. 2, 2025; I. MARCHIORO, *Alace e Canpelli, prima, dopo e durante: breve resoconto di un'epopea moderna*, in BlogDUE, 2025.

2. Una disamina per titoli del sistema normativo di riferimento

Le norme che impattano sulle questioni decise dalla Corte sono molteplici e di origine diversa; ne appare dunque opportuno un loro sintetico inquadramento preliminare, alla luce del contesto fattuale in cui si collocano anche le vicende relative ad *Alace*.

Com'è noto, per uno straniero la possibilità di stabilirsi in uno Stato diverso da quello di cui si è cittadini avviene in due modi: o perché si è ammessi nell'ambito della disciplina sulla migrazione legale, nella quale vengono programmati il numero, l'origine e le eventuali qualifiche degli stranieri che possono entrare sul territorio dello Stato; oppure perché si è beneficiari di protezione internazionale sulla base delle norme sull'asilo, che com'è noto hanno origine internazionale e, per quanto ci riguarda, sono poi declinate anche a livello UE e nazionale.

Con l'eccezione delle norme sulla cd. *Carta Blu* per i migranti altamente qualificati⁶, l'Unione non si è mai data una disciplina armonizzata relativa all'immigrazione legale, che resta dunque di competenza nazionale. Sono state adottate, invece, norme uniformi sui visti, e norme armonizzate e in prospettiva uniformi sull'asilo, dando corpo a quel sistema cd. *Geneva plus* che risulta ancora più avanzato degli standard previsti a livello internazionale⁷.

Ciò premesso, almeno da quindici anni i flussi migratori verso l'Europa sono in consistente aumento⁸, per motivi diversi, alcuni dei quali legati anche a tensioni geopolitiche, all'azione di organizzazioni

⁶ Direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2021, sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, e che abroga la direttiva 2009/50/CE del Consiglio.

⁷ Gli obiettivi del presente contributo mi esentano da eccessivi approfondimenti bibliografici, in materia sterminati; per una visione d'insieme, e per riferimenti, cfr. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI, M. GESTRI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Padova, 2021; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea. Controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, II ed., Torino, 2022; C. FAVILLI, *Le politiche di immigrazione e asilo: passato, presente e futuro di una sovranità europea incompiuta*, in *Quaderni AISDUE*, 2022, p. 227 ss.

⁸ Per alcuni dati, e riferimenti alle fonti da cui essi sono tratti, cfr. F. MUNARI, *Le torri (d'avorio?)*, cit.

criminali, al cambiamento climatico, e comunque a una mobilità delle persone crescente a livello planetario.

Il sistema *Geneva plus* – concepito in un momento storico e politico diverso – è sotto pressione da lungo tempo, perché viene sostanzialmente usato come il principale canale di ingresso nell’Unione. Quanto precede avviene in una situazione in cui molti Stati membri faticano a gestire una politica dei flussi di migrazione legale, anche a causa delle strumentalizzazioni populiste (se non peggio) che, sul tema, da tempo offuscano una visione di lungo periodo su uno degli argomenti purtroppo più divisivi nell’agenda politica europea e non solo.

Ciò significa che, al di fuori dei flussi programmati, qualunque individuo intenzionato a entrare e restare nell’Unione “deve” rappresentare alle competenti autorità degli Stati membri la propria situazione come persona bisognosa di protezione internazionale, anche quando non vi sono le condizioni normativamente previste, perché ad esempio nel paese di origine del richiedente si applicano regole e standard conformi con i rilevanti diritti fondamentali dell’individuo e con le convenzioni internazionali.

La scelta compiuta dal legislatore dell’Unione è quindi quella di distinguere tra Paesi terzi problematici e non problematici (questi ultimi definiti «*di origine sicura*», ovvero, per convenzione, «*sicuri*»), e di riservare alle persone provenienti dai primi un’istruttoria completa per verificare la sussistenza delle condizioni per la protezione internazionale; di converso, per quelle provenienti dai secondi si prevede un’istruttoria semplificata, e salve circostanze particolari da dedurre ad opera dell’interessato, la richiesta di asilo sarà respinta. Un *distinguo*, di cui tratteremo in prosieguo, si pone qualora il paese di cui trattasi presenti porzioni del suo territorio in cui i predetti standard di sicurezza non siano garantiti, ovvero annoveri categorie di persone la cui condizione non possa definirsi “sicura” dal punto di vista dei criteri normativi rilevanti. E si è posto quindi il tema, sia in *CV* che in *Alace*, se in questi casi il paese terzo possa nondimeno considerarsi “sicuro”, ovviamente rispetto a richiedenti che non provengano da questi territori problematici o non appartengano alle categorie esposte a rischi. Allo stato, e fino al giugno 2026, spetta a ciascuno Stato membro redigere la propria lista di Paesi terzi sicuri.

Ciò posto, giova in via preliminare una precisazione importante, e cioè quella secondo cui la definizione *de qua* è esclusivamente tecnico-giuridica, e non implica alcuna valutazione di ordine politico-morale sul regime di Governo in un determinato Stato, o sulla vicinanza tra tale regime e quello di uno Stato membro⁹.

Naturalmente, è lecito avere opinioni o aspirazioni diverse sull'ampiezza dell'accoglienza degli stranieri, e sulle modalità con le quali essi possono, debbono, o non debbono entrare e soggiornare nel territorio; parimenti, si può assumere, da un estremo all'altro, che gli Stati UE debbano rifiutare qualsiasi accoglienza agli stranieri, ovvero debbano accogliere chiunque, compresi i migranti economici che si spostano esclusivamente nel tentativo di migliorare le proprie condizioni e prospettive di futuro. Ora, da giuristi, siamo piuttosto sicuri che esistano regole, pacifiche, le quali rendono ambedue queste posizioni estreme non sostenibili: da un lato, le norme internazionali, sovranazionali e costituzionali sull'asilo; dall'altro, quelle che sanciscono il diritto degli Stati di riservarsi l'ammissione nel proprio territorio degli stranieri. Esistono posizioni intermedie, naturalmente, sulle quali è lecito anche argomentare sul piano giuridico.

Ma sempre come giuristi, dobbiamo comunque riconoscere che il quadro normativo sopra delineato è quello corrispondente al diritto positivo vigente, col quale, quindi, l'interprete deve fare i conti, consapevole dell'elevato tasso politico e sociale della questione, ciò che quindi suggerisce ancor maggiore attenzione nella soluzione di questioni di diritto.

3. *Gli antefatti: CV e il legislatore italiano*

In CV la Corte di giustizia aveva essenzialmente affermato due principi: in primo luogo, i tribunali nazionali hanno il potere di riesa-

⁹ Così M. SAVINO nel podcast a cura di D. SARMIENTO, *The Alace Case and safe countries of origin. A conversation with M. Cartabia M. Savino and F. Munari*, in *The EU Law Live Conversation Series*, 10 November 2025, eulawlive.com/podcast/the-alace-case-and-safe-countries-of-origin-a-conversation-with-m-cartabia-m-savino-and-f-munari/.

minare le decisioni adottate dagli Stati membri che definiscono un paese terzo come «sicuro»; in secondo luogo, gli Stati membri non sono autorizzati a designare un paese terzo come paese di origine sicuro, ad eccezione di alcune parti del suo territorio. Altrove ho criticato questa sentenza come poco convincente per varie ragioni, cui si rinvia, e che non vale la pena ripetere qui¹⁰. Ciò premesso, la sentenza CV – che riguarda una pregiudiziale proveniente dalla Repubblica Ceca – ha tuttavia attirato notevole attenzione in Italia perché utilizzata da diversi giudici nazionali al fine di disapplicare i decreti contenenti l'elenco dei paesi terzi sicuri adottati dal Ministero dell'Interno, e in effetti di rendere alquanto impraticabile l'esame delle richieste di protezione internazionale secondo la procedura di frontiera prevista dalle norme della direttiva procedure (art. 43). Come si accennava, tale procedura di frontiera permette agli Stati membri di svolgerla senza dover rispettare l'obbligo per lo Stato membro di ammettere il richiedente nel territorio in pendenza della procedura stessa (art. 43.2). Ed è quindi nei confronti di queste persone che lo Stato italiano intende dare applicazione al Protocollo Italia-Albania¹¹, poiché esse vengono trasferite nei centri albanesi nelle more dell'esame della richiesta di protezione internazionale, salvo successivo previsto rimpatrio nel paese d'origine una volta accertata la mancanza dei requisiti di beneficiario della protezione internazionale *ex art.* 36 della direttiva 2013/32.

La possibilità di disapplicare il decreto elencante i Paesi terzi sicuri fa venir meno anche la procedura accelerata, e quindi la facoltà dello Stato membro di non ammettere sul territorio il richiedente. Conseguentemente, anche quelli indirizzati nei centri albanesi devono essere fatti rientrare in Italia. Peraltro, e come si accennava, negli Stati membri è vietato trattenere un richiedente se non in limitati casi¹², e parimenti la durata media delle procedure non accelerate di esame delle

¹⁰ F. MUNARI, *op. cit.*

¹¹ Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, del 6 novembre 2023, ratificato con legge 21 febbraio 2024, n. 14. Sul punto, v. A. SACCUCCI, *Il protocollo Italia-Albania sulla «dislocazione» extraterritoriale dei migranti*, in *RDI*, 2024, p. 651 ss.

¹² Cfr. il combinato disposto dell'art. 26 della direttiva 2013/32 e dell'art. 8 della direttiva 2013/33 (cd. direttiva accoglienza).

richieste di protezione internazionale supera abbondantemente i sei mesi indicati dall'art. 31 della direttiva procedure¹³, al netto della durata complessiva della vicenda allorché vi siano ricorsi giurisdizionali. Nelle more, e tanto più quando non sono elevate le possibilità di beneficiare di protezione internazionale (ad esempio perché si proviene da un paese designato come sicuro), non è infrequente che il richiedente si renda irreperibile, ovvero si rechi in un altro Stato membro¹⁴.

Il che, oggettivamente, se da un lato frustra le scelte di politica migratoria degli Stati, dall'altro lato alimenta tensioni e difficoltà nell'intero funzionamento delle norme UE sulla libera circolazione delle persone, sul divieto di movimenti secondari da parte delle persone non cittadine di Stati membri, e in definitiva sull'efficacia e gestibilità degli stessi obiettivi di controllo dei flussi migratori verso l'Unione, integrazione degli stranieri, e leale collaborazione tra Stati membri medesimi. Con ricadute evidenti sul piano della percezione, da parte dell'opinione pubblica, di una situazione fuori controllo, che nutre spinte populiste, demagogiche ed antieuropee inedite nell'esperienza dell'integrazione dapprima comunitaria e quindi unionale¹⁵.

Tornando all'Italia, in risposta al potere che CV ha concesso ai tribunali nazionali di contestare la designazione di paesi terzi sicuri da parte degli Stati membri, il Governo adotta il decreto-legge n. 158/2024¹⁶, il quale stabilisce con norma avente forza di legge l'elenco dei paesi terzi sicuri. La *ratio* di questa scelta è evidente, ed è volta a ridurre la possibilità di un giudice ordinario di contestare la qualifica di paese terzo sicuro per come stabilita dallo Stato. Tanto più dopo l'importante sentenza della Corte costituzionale n. 181/2024¹⁷, seguita

¹³ V. European Union Agency for Asylum (EUAA), *Asylum Report 2023: Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*, Luxembourg, 2023, p. 151.

¹⁴ Si vedano le statistiche e le informazioni in ID., *Asylum Report 2024*, Luxembourg, 2023.

¹⁵ Su questi temi sia consentito un più ampio rinvio a F. MUNARI, *Le torri (d'avorio?)*, cit.

¹⁶ Decreto-Legge 23 ottobre 2024, n. 158, Disposizioni urgenti in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale. Tali disposizioni sono poi confluite nella legge di conversione del precedente d.l. c.d. "flussi", legge 9 dicembre 2024, n. 187.

¹⁷ Corte cost., sent. 30 ottobre 2024, n. 181. Per un commento, v. P. DE PASQUA-

poi da altre pronunce che compongono ormai una giurisprudenza più che consolidata¹⁸, la scelta legislativa spinge verso un “accentramento” del sindacato del giudice su norme interne alla luce del diritto UE, limitando quel sindacato diffuso cui CV ha dato slancio, insieme con una valutazione “caso per caso” di una nozione che dovrebbe avere invece portata generale, non solo per sua natura, ma anche sulla base di una piana ricostruzione e interpretazione degli articoli 37-39 della direttiva procedure, in cui è esplicita l’indicazione secondo cui tale indicazione è fatta «dagli Stati membri», i quali lo «stabiliscono nel diritto interno»¹⁹.

4. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte e le risposte ai quesiti del giudice nazionale

Di fronte al mutamento di fonte nazionale attuativa degli articoli 37 ss. della direttiva 2013/32, il Tribunale di Roma chiede alla Corte di rispondere a quattro quesiti pregiudiziali, che giova affrontare telegraficamente, per poi procedere a un commento complessivo della sentenza: col primo di essi si vuole sapere se gli articoli 36, 37 e 38 della direttiva procedure, interpretati alla luce dell’articolo 47 della Carta (e degli articoli 6 e 13 della CEDU), ostino a che «*un legislatore nazionale, competente a consentire la formazione di elenchi di Paesi di origine sicuri ed a disciplinare i criteri da seguire e le fonti da utilizzare a tal fine, proceda anche a designare direttamente, con atto legislativo primario, uno Stato terzo come paese di origine sicuro*».

Al quesito la Corte risponde affermativamente, ma chiarisce che tale designazione legislativa è soggetta a controllo giurisdizionale per

LE, *Il primato del diritto dell’Unione europea tra giudice comune e Corte costituzionale*, in questa Rivista, n. 2, 2025, p. 213 ss.; R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell’articolo 11 della Costituzione*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2025, p. 133 ss.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 210/2024, 1/2025, 5/2025, 7/2025, 31/2025, nonché l’ordinanza n. 21/2025.

¹⁹ Ho citato *verbatim* termini inclusi nelle disposizioni indicate nel testo: ovviamente i riferimenti nei tre articoli 37-39 sono molteplici, ma mi sia consentita, se non altro per brevità, questa... licenza riassuntiva.

quanto riguarda il rispetto delle condizioni sostanziali per tale designazione stabilite nella direttiva, da parte di qualsiasi giudice nazionale investito di un ricorso proposto avverso una decisione su una domanda di protezione internazionale adottata nell'ambito di una procedura semplificata.

La seconda questione verte sul fatto se comunque il diritto dell'Unione, inteso in senso ampio alla luce del primo quesito, «*osti quanto meno a che il legislatore designi uno Stato terzo come paese di origine sicuro senza rendere accessibili e verificabili le fonti adoperate per giustificare tale designazione, così impedendo al richiedente asilo di contestarne, ed al giudice di sindacarne la provenienza, l'autorevolezza, l'attendibilità, la pertinenza, l'attualità, la completezza, e comunque in generale il contenuto, e di trarne le proprie valutazioni sulla sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione, enunciate all'allegato I [a detta] direttiva*».

A questo secondo quesito la Corte risponde nel senso che il diritto UE obbliga uno Stato membro, quando designa un paese terzo come paese di origine sicuro, a garantire che vi sia, per quanto riguarda le fonti di informazione su cui si basa tale designazione, un accesso sufficiente e adeguato «*alle fonti di informazione... su cui si fonda tale designazione*»; quanto precede per consentire (a) al richiedente protezione internazionale «*di difendere i suoi diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se gli sia utile adire il giudice competente*» e (b) al giudice di «*esercitare il proprio sindacato su una decisione concernente la domanda di protezione internazionale*».

La terza domanda pregiudiziale mira ad accertare se il diritto UE consenta a un giudice di utilizzare «*in ogni caso ... informazioni sul paese di provenienza, attingendole autonomamente dalle fonti di cui [all'art. 37.3] della direttiva, utili ad accertare la sussistenza delle condizioni sostanziali di siffatta designazione*» come enunciate in allegato I alla direttiva medesima. La Corte risponde affermativamente anche a tale quesito, «*a condizione che si tratti di informazioni affidabili e che garantisca alle parti in causa che il principio del contraddittorio è rispettato*».

La quarta domanda è quella con la quale la Corte “conclude” il ragionamento della sentenza CV, perché in essa il Tribunale di Roma vuole sapere se il diritto UE «*osti a che un paese terzo sia definito “di*

origine sicuro” qualora vi siano, in tale paese, categorie di persone per le quali esso non soddisfa le condizioni sostanziali di siffatta designazione, enunciate all'allegato I [a detta] direttiva». A questa domanda, la Corte risponde che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, rimane precluso agli Stati membri designare un paese terzo come sicuro quando questo paese non lo è per alcune categorie di persone. E ciò, ad onta della circostanza che tale opzione sia stata espressamente stabilita dal regolamento (UE) 2024/1348, già in vigore, e che abrogherà la direttiva procedure a decorrere dal 12 giugno 2026²⁰.

5. Prime riflessioni: la legge (non) è uguale per tutti?

Con la sua risposta alle prime tre questioni pregiudiziali, l'impostazione del Governo italiano di impedire valutazioni caso per caso sulla natura o meno di un paese terzo come sicuro, parrebbe essere stata sostanzialmente frustrata.

Prima facie, sembra infatti davvero poca cosa sancire la libertà di uno Stato membro di designare come sicuro un paese terzo con legge, salvo poi precisare che, comunque, (a) essa è soggetta al sindacato giurisdizionale in ordine alla sua conformità col principio del diritto a un ricorso effettivo previsto dalla Carta, (b) obbliga il legislatore a “motivare” le ragioni della norma legislativa, indicando le fonti della designazione, e in ogni caso (c) non esclude una diversa valutazione da parte del giudice nazionale basandosi su altre fonti.

Ma in questi termini, e tali purtroppo sembrano i termini della sentenza, con tutto il rispetto l'affermazione appare un po' tanto sbrigativa e conseguentemente, in sé, non persuasiva: una volta affermato in sostanza che su tali questioni ogni giudice può decidere autonomamente, il principio secondo cui la legge è uguale per tutti rischia di evaporare, e con esso anche qualche importante pilastro della nostra civiltà giuridica.

²⁰ Art. 79, par. 2 del regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

Non solo: ma anche nel caso specifico che interessa, altro rischio sistemico è quello secondo cui, se ci è permessa l'iperbole, «...*foro che vai, paese terzo sicuro che trovi*». E anche a questo riguardo, altri importanti principi "costituzionali" sia nazionali, che europei, parrebbero suscettibili di essere rimessi in discussione da una simile affermazione, specie se si considera che questa fattispecie si colloca, proprio dal punto di vista del legislatore dell'Unione, in una *ratio legis* volta invece chiaramente a distinguere per categorie giuridiche generali situazioni e procedure relative al destino di una moltitudine di persone che arrivano nel territorio UE, le cui istanze devono essere esaminate secondo criteri di proporzionalità e adeguatezza.

Vero che il legislatore, tanto più nella sua veste di "recettore" di norme europee e internazionali, incontra limiti nella sua azione; e vero che – per quanto ci riguarda – questi limiti sono anche espressamente stabiliti dalla nostra Costituzione, nella specie, in concreto, all'art. 10 sulla protezione dello straniero e l'asilo, e, in linea generale, agli articoli 11 e 117 sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento UE. Ma nei termini in cui la Corte si pronuncia, sembrerebbe quasi che questi limiti siano semplicemente quelli di una diversa opinione da parte dell'interprete. Il che non può essere, ed è un peccato che a Corte non avverta il rischio di un enunciato così poco meditato, nel quale una legge nazionale finisce per essere letta – e chiediamo scusa per l'espressione forte – alla stregua di un... qualsiasi provvedimento amministrativo individuale. Scelta, peraltro, nella specie ancor meno comprensibile se si considera, appunto, la ricordata *ratio legis* della direttiva procedure.

6. *Segue: un necessario correttivo di diritto interno, ovvero l'opportunità di un nuovo "dialogo" con la Corte*

Non potendo credere che l'obiettivo della Corte sia quello di "degradare" *tout-court* una norma legislativa nazionale alla stregua di un atto comunque sindacabile e anzi disapplicabile dal giudice nazionale quando questi si sia formato un'opinione diversa rispetto alla qualificazione di un paese terzo come "sicuro" ai sensi della direttiva procedure, si può – e probabilmente si deve – leggere altrimenti la sentenza

della Corte. In particolare, si può opinare che la Corte volesse assicurarsi che non sfuggissero al sindacato del giudice nazionale designazioni “abnormi” di Paesi terzi sicuri fatti per legge.

Questa lettura appare decisamente più convincente, tanto più alla luce di importanti precedenti rese dalle nostre corti supreme. Segnatamente, peraltro ancora in relazione al previgente regime giuridico italiano che elencava i Paesi terzi sicuri con decreto, la Cassazione aveva opportunamente precisato che *«il giudice non sostituisce le proprie valutazioni soggettive ... quando esercita il, doveroso e istituzionale, controllo di legittimità sugli esiti della valutazione effettuata dall'amministrazione e verifica se il potere valutativo sia stato esercitato con manifesto discostamento dalla disciplina europea o non sia ictu oculi più rispondente alla situazione reale (come risultante, ad esempio, dalle univoche ed evidenti fonti di informazione affidabili ed aggiornate sul paese di origine del richiedente, ai sensi dell'art. 37 della direttiva 2013/32/UE)»*²¹. E ancora, *«[l']accertamento giurisdizionale risponde, piuttosto, all'esigenza di verificare che il potere non sia stato esercitato arbitrariamente»*²².

Inoltre, nell'ottica di un “upgrading” da decreto a disposizione di legge della lista dei Paesi terzi sicuri, *a fortiori* parrebbe imporsi un ragionamento di “tono costituzionale”, prima di stabilire un principio di potere del giudice nazionale di disapplicare la legge italiana in quanto ritenuta contrastante con la direttiva o con l'art. 47 della Carta. Anche qui, in una logica di dialogo fra Corti, pare particolarmente perspicua quella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, la quale – nel riconoscere al legislatore ampia discrezionalità – fissa il limite della «palese», «manifesta» o «radicale» irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute dal medesimo quale elemento di incostituzionalità della legge²³.

²¹ Cass. civ., 14 dicembre 2024, n. 33398.

²² *Ivi*.

²³ Cfr., proprio in relazione a normative adottate dallo Stato italiano in materia di immigrazione, la recente sentenza Corte cost., sent. 10 aprile 2025, n. 39; ivi la Corte precisa che *«[s]econdo una ricorrente affermazione di questa Corte, il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali [...], incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute (sentenze n. 36 del 2025, n. 189 e n. 96 del 2024, n. 67 del 2023)»*.

In tal senso, dal punto di vista dell'ordinamento interno non penserei vi siano dubbi nella necessità di valorizzare comunque, dinanzi alle corti di merito, sia i principi nomofilattici pronunciati dalla Cassazione, testé ricordati, sia comunque i limiti di ordine costituzionale che presiedono comunque il sindacato del giudice sulle leggi dello Stato.

Ciò impone, dunque, un'interpretazione delle soluzioni fornite in *Alace* alle prime tre questioni pregiudiziali in senso "costituzionalmente orientato", al fine di non rischiare la lesione di altri precetti costituzionali, quali l'uguaglianza di fronte alle leggi e la soggezione del giudice alla legge.

Una tale lettura di *Alace* appare tanto più necessaria in una situazione in cui la natura dell'art. 36 della direttiva procedure come norma dotata di effetto diretto non pareva così evidente, considerato il contenuto degli articoli 36 e 37 della direttiva procedure; segnatamente, da un lato, le numerose verifiche imposte «agli Stati membri» per poter annoverare un paese terzo come "di origine sicura"; dall'altro lato, la valutazione intrinsecamente discrezionale che uno Stato compie nel designare come "sicuro" un paese terzo proprio in applicazione degli articolati criteri contenuti agli articoli 37 e 38 della direttiva procedure²⁴.

Vero che, da *Van Gend en Loos*, la nozione di effetto diretto si è evoluta nella giurisprudenza della Corte²⁵. E però pare un po' affrettato risolvere la questione rifacendosi esplicitamente alla sentenza *Simmenthal* del 1978 e «[al]l'obbligo di ogni giudice nazionale di garantire la piena efficacia delle disposizioni della direttiva 2013/32, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione del diritto nazionale, anche posteriore, che sia contraria a una disposizione di tale direttiva produttiva di effetti diretti, senza dover chiedere o attendere la previa rimozione di tale disposizione dal diritto nazionale in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»²⁶.

Sarebbe quindi auspicabile se, non appena se ne presentasse l'occasione, i giudici nazionali (e magari la stessa Cassazione che do-

²⁴ M. SAVINO, *Disapplicazione senza freni*, cit.

²⁵ V. per uno studio recente e completo, D. GALLO, *Direct Effect in EU Law*, Oxford, 2025, spec. p. 107 ss.

²⁶ Così, *verbatim*, *Alace*, cit., punto 63.

vesse essere adita in relazione a pronunce delle corti di merito post *Alace*), cercassero un dialogo con la Corte di giustizia per provare a riportare su binari più precisi affermazioni che, con tutto il rispetto, paiono meritevoli di maggiore attenzione per il loro potenziale impatto generale, attenendo a questioni ordinamentali di massimo rilievo, ben oltre cioè la fattispecie delle procedure semplificate da eseguirsi alla frontiera per richiedenti asilo in provenienza da Stati terzi sicuri.

7. La quarta questione pregiudiziale e l'interpretazione... non conforme

Ma non sono soltanto le risposte alle prime tre questioni pregiudiziali a lasciare perplessi, perché in *Alace* neppure la quarta questione pare essere stata risolta in modo ineccepibile, ancora una volta specie dal punto di vista dei profili di ordine generale che essa chiamava in causa.

Segnatamente, e come si è accennato, qui la Corte ha escluso *tout-court* il potere di uno Stato membro di designare un paese terzo come sicuro quando, per talune categorie di persone all'interno della popolazione di tale paese, i criteri sostanziali previsti dall'allegato I della direttiva procedure non siano soddisfatti. Questa risposta è identica a quella fornita in CV a proposito della questione, ivi dibattuta, se potesse qualificarsi sicuro un paese terzo in cui talune parti del suo territorio non soddisfano le condizioni sostanziali di siffatta designazione, come prevista dalle norme della direttiva procedura e dal suo allegato I.

La Corte, al riguardo, ribadisce che le procedure di frontiera relative ai Paesi terzi sicuri configurano «*regime speciale*» rispetto al «*regime generale*» valevole per gli Stati terzi non sicuri, e sancisce che «*interpretare l'articolo 37 della direttiva 2013/32 nel senso che esso consenta di designare un paese terzo come paese di origine sicuro anche se, per talune categorie di persone, tale paese non soddisfa le condizioni sostanziali previste all'allegato I a detta direttiva, avrebbe l'effetto di estendere l'ambito di applicazione del regime speciale di esame. Poiché tale interpretazione non trova alcun supporto nel tenore letterale dell'articolo 37 né, più in generale, nella suddetta direttiva, riconoscere una facoltà del genere trascurerebbe il carattere restrittivo del-*

l'interpretazione di cui le disposizioni derogatorie devono essere oggetto»²⁷.

Avevo già criticato questa interpretazione rispetto al caso CV²⁸, tutta interna a un unico atto legislativo, viepiù interpretato in modo sincrono, facendo presente, in sintesi, quanto segue: *in primo luogo*, in assenza di esplicita indicazione della fattispecie nella direttiva procedure, un'interpretazione sistematica e "di contesto" delle diverse norme UE rilevanti al riguardo, a partire dalla direttiva qualifiche (direttiva 2011/95)²⁹, forniscono soluzioni interpretative opposte a quella immaginata dalla Corte. Tra l'altro, una tale soluzione interpretativa è ben nota alla Corte, che l'ha fatta propria in molti altri casi, inclusi quelli relativi alla disciplina qui in esame³⁰; e al riguardo, rispetto alla quarta questione decisa in *Alace*, vengono soprattutto in rilievo gli articoli 9 e 10 della direttiva qualifiche, dai quali sembra evidente che la disciplina unionale si focalizzi sulle specifiche categorie di persone, e non su uno Stato in cui alcune di queste categorie sono suscettibili di subire «*persecuzioni o danni gravi*».

In secondo luogo, e più in generale, impedire la qualificazione di un paese terzo come sicuro quando esso non lo è rispetto a tutte le persone che ne sono cittadine o ve ne provengono appare in contrasto con la *ratio* dell'istituto della protezione internazionale, che viene garantita in ragione «*della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente*»³¹.

²⁷ *Ivi*, punto 100.

²⁸ F. MUNARI, *Le torri (d'avorio?)*, cit., p. 7 ss.

²⁹ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 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 (rifusione).

³⁰ V. ad esempio, Corte giust. 14 gennaio 2021, C-322/19 e C-385/19, *K.S. e M.H.K./The International Protection Appeals Tribunal e a.*, punto 58: «*in una situazione come quella di cui ai procedimenti principali, in cui entrambi gli atti interessati appartengono allo stesso corpus giuridico, ossia al regime europeo comune di asilo, ai fini dell'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2013/33, le disposizioni della direttiva 2013/32 costituiscono elementi del contesto pertinenti e necessari*».

³¹ Cfr. l'art. 4.3, lett. c) della direttiva qualifiche, che è norma cardine del sistema.

In terzo luogo, lascia perplessi anche la riduzione da regola a eccezione delle due procedure previste dall'omonima direttiva: se si guarda alla notevole crescita delle richieste di asilo nel suo complesso, alle difficoltà degli Stati membri nel processare le domande di protezione internazionale nei tempi previsti dalla direttiva, e alla previsione normativa comunque di garanzie anche rispetto agli stranieri provenienti da Paesi sicuri, parrebbe più persuasivo leggere i due percorsi "ordinario" e "accelerato" come (a) alternativi in funzione delle diversità di situazioni, (b) funzionali a garantire una proporzionata allocazione delle risorse dedicate all'esame delle domande che gli Stati membri sono tenuti a esaminare, e quindi, in definitiva, anche (c) più rispettosi dei diritti dei singoli richiedenti e degli obiettivi di celerità richiesti dal sistema. Tanto più alla luce della circostanza secondo cui, molto probabilmente, l'applicazione del regolamento 2024/1348 (cd. nuovo regolamento procedure)³² è destinata ad aumentare notevolmente l'impiego della procedura di frontiera rispetto a quella "ordinaria", di cui al capo III del regolamento (articoli 26 ss.)³³; pertanto, anche il costrutto "regola/eccezione" ipotizzato al riguardo dalla Corte avrebbe potuto forse essere maggiormente meditato.

In quarto luogo, come riconosciuto anche dalla Corte, nell'ambito del nuovo Patto sulle migrazioni e l'asilo, il regolamento 2024/1348 abroga la direttiva 2013/32 con effetto dal 12 giugno 2026 e precisa espressamente la possibilità di designare «un paese terzo come paese di origine sicuro ... con eccezioni per determinate ... categorie di persone chiaramente identificabili»³⁴.

Una tale definizione legislativa, peraltro, appare piuttosto lontana dall'idea del paese terzo "assolutamente sicuro" che parrebbe trasparire dal combinato disposto di *CV* e *Alace*, il quale, in questi termini, forse pone l'asticella della "sicurezza" a un'altezza che sarebbe difficilmente raggiungibile addirittura per molti Stati europei. Al di là di questo, e più probabilmente, la scelta del legislatore dell'Unione si limita a codificare qualcosa che è insito nella nozione di rifugiato, la quale, da sempre, richiede l'individuazione di una persecuzione «per

³² Reg. (UE) 2024/1348, cit.

³³ M. SAVINO, nel podcast citato in nota 9.

³⁴ Art. 59, par. 2 e art. 61, par. 2, reg. (UE) 2024/1348, cit.

motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale»³⁵, non per la mera “provenienza” da un determinato Stato.

In questa prospettiva, nel risolvere la quarta questione, *Alace*... sorvola nuovamente sulla teorica dell'interpretazione conforme cui la Corte ci ha abituato rispetto alle norme non ancora efficaci ma già in vigore: così, se è vero che il regolamento citato sarà applicabile dal 12 giugno 2026, è altrettanto vero che esso è in vigore dal 12 giugno 2024, e come tale dovrebbe imporsi al giudice nazionale alla stregua di canone interpretativo a partire quanto meno da tale data. In tal senso, fin dalla sentenza *Mangold*, è noto che l'obbligo di interpretazione conforme «costituisce uno degli effetti “strutturali” della norma comunitaria che consente... l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario», che «si impone con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento, si traducano esse in norme primarie o di diritto derivato, in atti produttivi di effetti giuridici vincolanti o non»³⁶.

Viceversa, il risultato cui giunge la Corte apre alla possibilità per il giudice nazionale di disapplicare il proprio diritto interno (nella specie, il d.l. 158/2024, pur essendo questo già coerente col regolamento 2024/1348); tuttavia, ciò avverrà solo temporaneamente, giacché tra poco – e lo riconosce la stessa Corte – sarà lo stesso diritto dell'Unione a confermare una lettura della nozione del paese terzo sicuro conforme a quanto prevede il diritto nazionale. Ciò determina anche effetti non desiderabili sull'altro obbligo di *standstill* che grava (pure) sui giudici nazionali rispetto alle norme UE già in vigore ma non ancora applicabili, e che impone loro di non generare situazioni contraddittorie con gli obiettivi perseguiti da tali norme.

Così, non pare davvero convincente la soluzione individuata dalla Corte, secondo cui «spetta allo stesso legislatore scegliere la data a partire dalla quale una nuova disposizione, come l'articolo 61, paragrafo 2, del regolamento 2024/1348, divenga applicabile, scelta da esso effettuata

³⁵ Definizione ribadita all'art. 3, n. 1, reg. (UE) 2024/1348, cit.

³⁶ Così le conclusioni dell'Avv. gen. Tizzano, del 30 giugno 2005, C-144/04, *Mangold*, punto 117. In tema, e per ulteriori approfondimenti, v. il recente contributo di A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in *EJ*, 2023, p. 95 ss.

*all'articolo 79, paragrafi 2 e 3, di tale regolamento»³⁷. Anche perché, se questo corrisponde a un *révirement* di principi e teoriche centrali nel rapporto tra diritto interno e diritto UE, ci si sarebbe aspettati, sul punto, una motivazione più ampia e meditata dalla Corte.*

Del resto, e a conferma che la soluzione fornita in CV si prestava a qualche critica, va ricordato che l'avvocato generale e ben 15 (!) Stati membri, intervenuti in giudizio a sostegno dello Stato italiano, avevano suggerito alla Corte di rispondere alla quarta questione in modo opposto a quanto poi deciso, tra l'altro riprendendo alcuni degli argomenti sopra individuati, aggiungendone altri, e in sostanza ricordando che la direttiva procedure introduce un regime nel quale «*[c]ompete ... agli Stati membri esercitare il margine di discrezionalità loro riconosciuto nel rigoroso rispetto del principio di proporzionalità, facendo in modo che la designazione da loro compiuta e l'esclusione delle categorie di persone a rischio ad essa collegata siano idonee a garantire in maniera coerente e sistematica la realizzazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione»³⁸. Agli Stati membri, per intenderci, e non ai giudici nazionali.*

8. La legacy di Alace: un'occasione perduta, sotto diversi profili

Alace è stata salutata da alcuni commentatori come una “vittoria” di un “fronte” pro-migranti o pro-diritti, e una sconfitta per il Governo italiano e della sua politica sui migranti, e una riaffermazione dei valori dell'Unione europea³⁹. Sullo sfondo, temiamo, si intravede la

³⁷ Alace, cit., punto 107.

³⁸ V. le conclusioni dell'Avv. gen. de la Tour, del 10 aprile 2025, C-758/24 e C-759/24, *Alace e Canpelli*, punto 93. Per un commento sulle conclusioni, v. M. FERRI, *Le conclusioni dell'Avvocato generale Richard de la Tour sui Paesi di origine sicuri: qualche ombra e molte luci (profuturo)*, in RCE, n. 2, 2025; E. COLOMBO, *L'arte del compromesso: brevi riflessioni sulle conclusioni dell'Avvocato generale De La Tour sulle cause Alace e Canpelli*, in EJ, 14 aprile 2025; M. ZAMBONI, *Between pragmatic and legal considerations: comment on the Advocate General's opinion in joined cases C-758/24 [Alace] and C-759/24 [Canpelli]*, in EuLawAnalysis, 19 aprile 2025.

³⁹ B. CORTESE, *op. cit.*

non sopita opposizione rispetto al Protocollo Italia-Albania, da alcuni ritenuto contrastante col diritto UE⁴⁰.

Più sommessamente, e con tutto il rispetto, ad avviso di chi scrive la sentenza sconta una motivazione quanto meno affrettata e contiene alcuni errori. Soprattutto – nella sua mancata percezione della prospettiva fattuale, ma anche politica, su cui gli Stati dell'Unione si confrontano sull'afflusso di stranieri in Europa – la pronuncia rischia di alimentare ulteriormente fraintendimenti e contrapposizioni, in una situazione in cui la serietà del dibattito imporrebbe soluzioni che impediscano riflessi emozionali, ed espone la stessa Corte a essere considerata uno... strumento di parte.

Non crederei sia una vittoria del diritto – e pure di valori anch'essi contenuti nell'art. 2 TUE – dare l'impressione che le norme della Carta, o quelle della Convenzione EDU, per loro natura piuttosto ampie, possano essere usate come parametro di disapplicazione diffusa di leggi nazionali. Né riterrei che, di fronte alle disposizioni del *migration pact* del 2024, recante una non equivoca scelta del legislatore dell'Unione – viepiù caratterizzata da forte valenza politica e segnaletica di una volontà di aggiornare e precisare le norme preesistenti⁴¹ – si possa obliterare una giurisprudenza su teoriche centrali nel diritto UE come quella dell'interpretazione conforme.

Non soltanto. La sentenza *Alace* pare poco attenta anche alla prospettica evoluzione del sistema: come si è già più volte accennato, nel nuovo regolamento procedure, che sostituisce la direttiva procedure⁴², la disciplina del paese terzo sicuro viene precisata e innovata, soprattutto con la previsione di creare una designazione di paesi terzi sicuri «a livello dell'Unione»⁴³. Una tale designazione avviene con atto legi-

⁴⁰ Sul punto, si vedano: A. DE LEO, *On the Incompatibility of the Italy-Albania Protocol with EU Asylum Law*, in *SIDIblog*, 15 November 2023; E. TESTI, *Profili di illegittimità del Protocollo Italia-Albania*, in *Questione giustizia*, 21 novembre 2023; L. PICCOLI, *Offshoring Asylum the Italian Way*, in *VBlog*, 14 November 2023.

⁴¹ V. Commissione europea, Stato di avanzamento nell'attuazione del patto sulla migrazione e l'asilo, 11 giugno 2025, COM(2025) 319 final, nonché home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_it.

⁴² V. Regolamento (UE) 2024/1348 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione europea, applicabile a partire dal 12 giugno 2026.

⁴³ Articoli 59 e 60 reg. (UE) 2024/1348, cit.

slativo adottato con procedura ordinaria, e cioè senz'altro una norma di diritto derivato dell'Unione. Questa norma, peraltro, può essere sospesa o modificata dalla Commissione mediante atti delegati⁴⁴, nuovamente quindi fonti di diritto UE ai sensi dell'art. 290 TFUE.

Ora, rispetto alla designazione di un paese terzo sicuro fatta a livello di Unione europea, gli spazi di disapplicazione in capo al giudice nazionale sono notoriamente azzerati, in forza del principio *Foto-Frost*⁴⁵. Certamente, il giudice può avvalersi del rinvio pregiudiziale di validità per contestare «*gli atti compiuti dalle istituzioni*»; però, in disparte di ogni previsione sulla frequenza dei rinvii di validità *in subiecta materia* a partire dal prossimo giugno, e degli esiti di questi rinvii⁴⁶, resta comunque pacifico che il sindacato sarà accentrato, e non diffuso.

Inoltre, occorre ricordare che, accanto alla designazione a livello dell'Unione, «*[g]li Stati membri possono mantenere in vigore o introdurre una normativa che, ai fini dell'esame delle domande di protezione internazionale, consente di designare a livello nazionale paesi terzi sicuri o paesi di origine sicuri diversi da quelli designati a livello dell'Unione*» (art. 64.1, reg. 2024/1348, cit.). Dunque, nel nuovo regolamento procedure potranno coesistere liste nazionali e liste a livello dell'Unione, e la disciplina prevista dall'art. 64 citato per coordinare il funzionamento di queste liste sembra manifestamente pensata per funzionare ed essere gestita a livello di Stati membri e Commissione. In una situazione di questo tipo, e sebbene ancora non si possa sapere quanto queste li-

⁴⁴ Art. 60 reg. (UE) 2024/1348, cit.

⁴⁵ Corte giust. 22 ottobre 1987, 314/85, *Foto-Frost*, in relazione alla quale v. D. SARMIENTO, *Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority*, in M. MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 192-200.

⁴⁶ Si segnala tuttavia che, da una ricerca sommaria, non constano casi di declaratoria di invalidità rispetto all'intero pacchetto di direttive qui in esame e al regolamento visti: in oltre 10 anni, i non numerosi casi di rinvii pregiudiziali di validità si sono tutti conclusi nel senso della conferma della legittimità degli atti derivati (cfr. Corte giust. 15 febbraio 2016, C-601/15 PPU, *J.N./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*; 14 settembre 2017, C-18/16, *K./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*; 14 gennaio 2021, C-322/19 e C-385/19, *K.S. e M.H.K./International Protection Appeals Tribunal e a.*; 14 maggio 2019, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M e a.* (Revoca dello status di rifugiato); 27 febbraio 2025, C-454/23, *K.A.M./Cipro*).

ste nazionali saranno utilizzate, non sembrerebbe cosa buona immaginare che possano coesistere forme di sindacato diffuso tipo *Alace* per i paesi indicati in queste ultime, accanto a divieti di sindacato diffuso sui paesi indicati nelle liste dell'Unione, con potenziali gravi aporie del sistema, a loro volta suscettibili di generare incertezza del diritto e dei diritti, *forum shopping* e, insomma, tutta una serie di effetti indesiderati in un contesto nel quale, fermi i presidi e i limiti "costituzionali", è innegabile il diritto-dovere degli Stati di poter disciplinare questa materia, senza il rischio di subire sindacati "orizzontale" o letture "soggettive" da parte di singoli giudici di merito.

Eppure, questo parrebbe l'esito che potremmo attenderci nell'immediato *aftermath* della pronuncia *Alace*. Ma se così fosse, parrebbe quanto meno dubbio che un tale esito giovi alla complessiva chiarezza e tenuta del sistema, alla certezza del diritto, e al principio di leale collaborazione. È quindi un peccato che la Corte non sembri di aver ritenuto opportuno considerare questi aspetti; visto il non probabile trasferimento di competenze esclusive all'Unione nella materia, sarebbe stato invece molto utile immaginare che il sistema, il quale presenta complessità e tensioni fortissime, funzioni comunque in maniera coerente e collaborativa, nella necessaria interazione tra istituzioni dell'Unione e istituzioni degli Stati membri.

In *Alace*, forse involontariamente, la Corte finisce per essere strumento di opposizione ai centri italo-albanesi, peraltro oggetto di altri rinvii pregiudiziali italiani che investono direttamente il noto Protocollo Italia-Albania⁴⁷. Il rischio di entrare in un dibattito politico spinoso che potrebbe minare la sua autorità non va sottovalutato, perché nessuno vorrebbe davvero che questo accadesse.

⁴⁷ Constano in particolare Cass. pen., ord. 20 giugno 2025, n. 23105, nonché la più recente ordinanza della Corte di appello di Roma del 5 novembre 2025, di cui viene data notizia anche su ilmanifesto.it/ora-i-centri-in-albania-rischiano-di-chiudere-definitivamente.

ABSTRACT (ita)

L'articolo analizza criticamente la sentenza *Alace e Canpelli* della Corte di giustizia, quale seguito della precedente decisione *CV*, con particolare riferimento alla nozione di “paese terzo sicuro” nella direttiva 2013/32. Dopo aver contestualizzato il quadro normativo e politico europeo in materia di asilo e flussi migratori, l'autore esamina i quattro quesiti pregiudiziali posti dal Tribunale di Roma, evidenziando come le risposte della Corte, ribadendo la possibilità di un controllo giurisdizionale sulla designazione dei Paesi sicuri, nei termini in cui vengono motivate rischino di compromettere il principio di uguaglianza della legge e la distinzione tra discrezionalità legislativa e sindacato giurisdizionale, rispetto ai quali assai più precisa appare la giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale, di cui comunque i giudici di merito italiani dovranno tener conto. L'articolo critica la posizione della Corte di giustizia sulla impossibilità di considerare “sicuro” un paese che presenti criticità solo per alcune categorie di persone, evidenziando la scarsa coerenza di tale soluzione alla luce della ratio della protezione internazionale e dell'evoluzione normativa introdotta dal regolamento (UE) 2024/1348, rispetto al quale, tra l'altro, il principio di interpretazione conforme avrebbe suggerito soluzioni diverse, come peraltro prospettate anche dall'Avvocato generale. L'autore conclude che *Alace* rappresenta un'occasione mancata: le motivazioni della Corte appaiono sbrigative e rischiano di generare tensioni tra giudici e legislatore, oltre a possibili derive conflittuali in una materia ad alto tasso di sensibilità politica.

ABSTRACT (eng)

The article offers a critical assessment of the *Alace and Canpelli* judgment of the Court of Justice, viewed as a continuation of the earlier *CV* ruling and focused on the EU notion of “safe third country” under Directive 2013/32. After outlining the complex legal and political context surrounding EU asylum procedures and migration flows, the author examines the four preliminary questions referred by the Rome Tribunal. The Court's answers – while affirming the possibility for national judges to review the designation of safe third countries – appear to be argued in a way less persuasive than that elaborated by the Italian Court of Cassation or the Constitutional Court (whose case law shall have to be considered anyway by the lower Italian courts); as such, the

ECJ reasoning risks to undermine the equality of the law and blur the line between legislative discretion and judicial review. A critical assessment is further made on the Court's holding that a State cannot be designated as "safe" if certain categories of persons would face risks there, as this conclusion seems inconsistent with both the logic of international protection and the EU reform under Regulation (EU) 2024/1348. In this vein, the principle of consistent interpretation should have suggested a different outcome on this question, as suggested *inter alia* by the Advocate General in his conclusions. The article contends that *Alace* is a missed opportunity: the Court's reasoning appears rushed and potentially destabilising for the future interplay between national authorities, EU institutions and courts in a highly politically sensitive area of EU law.

INTERVISTA A SERGIO MARIA CARBONE: “LA POLITICA INDUSTRIALE EUROPEA E LE MISURE COMPENSATIVE”

Patrizia De Pasquale, Direttore della Rivista, e Oreste Pallotta, Condirettore, intervistano Sergio Maria Carbone, Professore emerito di Diritto dell’Unione europea presso l’Università di Genova, già Presidente di Finmeccanica, del consiglio direttivo dell’Unidroit; membro di vari consigli di amministrazione; Presidente della Camera arbitrale di Milano, partecipa a vari organismi pubblici e privati per l’adattamento del diritto interno alle convenzioni di diritto uniforme oltretché per la risoluzione di contenziosi internazionali, commerciali e societari e la conclusione di operazioni commerciali internazionali.

L’intervista rappresenta la tappa conclusiva di un dialogo avviato sulle pagine di questa Rivista con l’On. Enrico Letta e il Presidente Roberto Chieppa, dedicato all’evoluzione del modello economico europeo e al difficile equilibrio tra libertà di mercato, coesione sociale e sovranità strategica. Essa si inserisce nel solco delle conversazioni promosse da *Unione europea e Diritti*, volte a raccogliere voci autorevoli del mondo accademico e istituzionale su tematiche cruciali per il futuro del progetto europeo.

Gli Accordi di Schengen – siglati il 14 giugno 1985 – hanno compiuto quarant’anni. All’idea di libero mercato, connaturata alla stessa nascita dell’Unione europea, veniva con essi aggiunta la possibilità per milioni di persone di circolare ogni giorno liberamente nello spazio giuridico europeo. La libertà di concorrenza per le imprese e quella di ampio movimento per le persone davano l’idea di un continuo progresso economico e sociale di cui potessero beneficiare i cittadini europei, e non solo. Tutto questo s’inscriveva, infatti, all’interno del più generale processo di globalizzazione.

L’attualità politico-economico rende però questi modelli oggetto di dibattito. Che ne pensa?

È opinione sempre più ricorrente che il fenomeno della globalizzazione, con le sue liberalizzazioni degli scambi e il relativo aumento degli spostamenti delle merci e delle persone, abbia contribuito all’efficienza allocativa delle risorse, oltretché allo sviluppo dell’eco-

nomia globale. Tale processo ha favorito l'incremento della produttività mondiale e del miglioramento tecnologico, accompagnati da una significativa riduzione dei relativi costi. Purtuttavia, tale fenomeno ha provocato anche effetti negativi, sia sul piano interno all'UE sia sul piano internazionale: da un lato, si è ampliata la forbice delle disegualianze sociali nell'ambito dei vari ordinamenti statali e, dall'altro, si è aggravata la asimmetria tra Paesi industriali a forte sviluppo economico e il resto del mondo.

Dell'attualità di tali problemi e della loro rilevanza si registrano sempre più evidenti spie in occasione dei vari interventi presso le maggiori sedi interne e internazionali, in cui si affrontano gli effetti della globalizzazione degli scambi economici. Infatti, nei Paesi avanzati, si osserva una crescente offerta di lavoro, spesso caratterizzata da basse qualifiche e salari contenuti, che si scontra con una domanda stagnante o in calo da parte delle imprese, incapaci di assorbire tale forza lavoro in modo sostenibile.

Sotto il profilo normativo, la progressiva realizzazione di un mercato sempre più universale e con imprese libere da specifici vincoli statali risulta significativamente caratterizzato da una forte concorrenzialità, che si è tradotta in particolare nell'adozione delle regole dell'Unione europea rivolte alla disciplina (garantendo ed evitando gli abusi) della concorrenza.

Nessuno stupore, quindi, se anche il Governatore della Banca d'Italia, nella sua ultima Relazione annuale, non abbia avuto esitazioni nell'affermare che la globalizzazione e il relativo aumento della concorrenza su un mercato divenuto universale ci pone «di fronte a una crisi profonda degli equilibri che hanno sorretto l'economia globale negli ultimi decenni». Eppure, tale fenomeno risulta sempre più esteso. Si assiste, infatti, ad una continua e progressiva liberalizzazione dei mercati dei vari prodotti e servizi e si approvano forme di collaborazione sempre più intensa tra imprese e/o fusioni transnazionali al fine di incrementare il tasso di efficienza imprenditoriale, con riduzione dei relativi costi produttivi, senza che, al tempo stesso, vengano attuate e garantite adeguate misure compensative degli effetti sociali negativi prodotti da tali fenomeni. Ci si trova così, come innanzi accennato, di fronte ad un'offerta di lavoro sempre maggiore e sempre più a basso prezzo a fronte di una riduzione della domanda di lavoro. Un fenome-

no che, sempre secondo il Governatore della Banca d'Italia, ha «ampliato le disuguaglianze e ridotto le opportunità di impiego per i lavoratori meno qualificati», con una contestuale crescita dei c.d. Paesi emergenti, senza che venga loro riconosciuta la nuova posizione e un adeguato ruolo negli equilibri dell'economia internazionale.

Oggi il tema del protezionismo è ritornato, per note questioni, di grande attualità nel dibattito economico-giuridico. Eppure, il DNA europeo – incline alla pacifica cooperazione internazionale anche in materia di scambi commerciali coi Paesi terzi - non sembra rendere questa strada pienamente percorribile dal punto di vista del diritto UE, se non limitatamente ad alcuni strumenti giuridici specifici (maggiore tolleranza del *golden power* nazionale, regolamenti sulle sovvenzioni estere e sugli investimenti esteri diretti, *etc.*).

Una “terza via” tra *laissez faire* e protezionismo può consistere nel tentativo di creare una vera e propria politica industriale europea, senza sacrificare la coesione sociale e i diritti dei lavoratori?

È ben vero che solamente in virtù delle liberalizzazioni cui accennavo prima, e delle diverse forme di integrazioni produttive, si creano le condizioni per nuove e più avanzate iniziative industriali e commerciali idonee a porre le imprese del mercato europeo in grado di competere a livello globale. Tali dinamiche consentono anche la realizzazione di progetti di ricerca e sviluppo ad alto valore aggiunto, capaci di incidere positivamente sulla trasformazione strutturale dell'economia dell'Unione. Ed è altrettanto vero che, per raggiungere tale risultato, si impone pure una progressiva integrazione o quanto meno un efficace coordinamento delle politiche industriali degli Stati interessati e delle relative politiche economiche, oltretutto di quelle delle più importanti imprese ad essi appartenenti.

Peraltro, tali interventi e il perseguimento del relativo obiettivo non dovranno contraddire, anzi dovranno comportare, l'attuazione di specifiche misure di politica industriale per evitare che accada quanto si è verificato negli Stati tecnologicamente più avanzati (per tutti, gli Stati Uniti), nei quali l'evoluzione produttiva e lo sviluppo tecnologico non hanno ridotto, ma anzi hanno progressivamente aumentato, i tassi

di disuguaglianza della popolazione.

Pertanto, le scelte europee dovranno evitare tale effetto con tutte le misure possibili da individuarsi nelle varie sedi istituzionali. Tra queste andranno sicuramente ricomprese le misure di protezione sociale dei lavoratori e le più adeguate prestazioni previdenziali a favore di questi ultimi, insieme al mantenimento di un livello occupazionale idoneo a preservarne anche la professionalità sulla scorta dei principi di cui all'art. 3, par. 3, TUE e alle più precise disposizioni del Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali (spec. art. 34). Ma è, appunto, sotto quest'ultimo profilo che le politiche europee risultano tutt'ora assai inadeguate.

In senso almeno parzialmente correttivo di tali carenze possono avere un ruolo significativo alcune scelte relative all'applicazione del diritto della concorrenza. Ad esempio, l'art. 101 TFUE prevede la possibilità di derogare al divieto di accordi limitativi della concorrenza in presenza delle condizioni cumulative di cui al par. 3 della citata disposizione; possono dunque trovare spazio gli accordi tra imprese, pur anticoncorrenziali, se risultano rivolti a favorire miglioramenti ed efficientamenti dei processi produttivi o distributivi di cui «una parte dell'utile che ne deriva» sia riservato agli utilizzatori dei relativi prodotti o servizi. A tale proposito, la prassi e la giurisprudenza hanno progressivamente esteso il concetto di "utilizzatori beneficiari", inizialmente limitato agli "use-consumers", cioè ai soli consumatori che utilizzano direttamente questi prodotti o servizi.

Infatti, la platea dei soggetti da considerarsi avvantaggiati da tali accordi si è ampliata, includendo non solo le imprese che direttamente beneficiano dei relativi effetti, in quanto partecipi degli accordi relativi (ad esempio, in merito alla fissazione di un comune prezzo di un particolare prodotto, relativamente al quale viene a cessare la loro competizione quanto meno con riguardo alla concorrenza sul prezzo), ma anche coloro che possono accedere con maggiore convenienza all'utilizzo del prodotto che ne favorisce l'impiego grazie alla presenza di un unico "*commercial distribution channel*". In tal caso, pertanto, gli effetti anticoncorrenziali, limitativi e restrittivi dell'ambito soggettivo dei produttori concorrenti relativi ad un determinato mercato merceologico e geografico, sono stati considerati adeguatamente compensati dalla prova concreta dell'esistenza di vantaggi proporzionati e diffusi per

una più ampia fascia di consumatori beneficiari, non circoscritta ai soli utilizzatori diretti dello specifico prodotto oggetto della collaborazione e/o integrazione industriale tra concorrenti e operata con i conseguenti effetti anticompetitivi.

Si conferma, così, l'ampliamento della platea dei possibili beneficiari degli atti anticoncorrenziali, che non sono soltanto gli utilizzatori del prodotto e dei servizi oggetto delle intese, ai quali sembrerebbe, invece, doversi limitare la rilevanza di tali vantaggi sulla scorta di un'interpretazione e applicazione restrittiva dell'ambito materiale delle regole di concorrenza. Tale estensione degli effetti benefici di un'intesa anticoncorrenziale, e dei soggetti che se ne giovano, rileva anche per valutare se le misure adottate dalle imprese siano sufficienti a compensare gli effetti negativi sulla concorrenza derivanti dall'attuazione degli accordi industriali o commerciali oggetto della deroga ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE.

A tal fine, dunque, deve essere preso in considerazione anche l'effetto positivo derivante dall'immissione sul mercato, a seguito di tali intese, di alcuni nuovi prodotti e servizi destinati ad essere acquistati dalla generalità dei consumatori (e non già soltanto quelli dello specifico prodotto oggetto delle intese e/o degli accordi di collaborazione), pur tenendo conto della presenza di altri prodotti e servizi presenti nel relativo canale distributivo.

In effetti, negli ultimi tempi ha ripreso vigore il dibattito sul rapporto tra libera concorrenza e altri interessi pubblici. A suo modo di vedere, può trovare spazio un *enforcement* sempre più funzionalistico delle regole di concorrenza, a vantaggio della tutela del più ampio numero possibile di interessi collettivi?

Riprendendo il tema già accennato, con particolare riferimento alla normativa sul divieto di intese restrittive della concorrenza, va evidenziato che la valutazione dei c.d. benefici compensativi giustificativi della deroga di cui all'art. 101, par. 3, TFUE deve essere condotta in un'ottica ampia e inclusiva. In particolare, essa deve tener conto non solo dei vantaggi economici diretti per i consumatori finali, ma anche degli effetti positivi indiretti che possono ricadere sull'intera collettività, che si avvantaggia della presenza di un nuovo specifico prodotto o

servizio non solo in termini di riduzione dei relativi prezzi. Ed in questa prospettiva è rilevante considerare come l'immissione sul mercato di un prodotto innovativo non incida esclusivamente sulla sua accessibilità economica, ma possa generare ricadute positive sull'efficienza complessiva del sistema, influenzando anche altri beni o servizi correlati. In tal senso, i beneficiari vanno individuati anche tra i consumatori o gli utenti non direttamente e specificamente riguardati, in quanto contraenti finali, dalla distribuzione del prodotto o dall'erogazione del servizio di cui l'accordo industriale o commerciale ha provocato un'utilità e un effetto migliorativo delle condizioni di loro impiego relativi ad un determinato mercato.

Inoltre, l'estensione oggettiva e soggettiva di coloro che si avvantaggiano dei c.d. "*beneficial effects*" derivanti da nuovi assetti industriali e/o commerciali, frutto di accordi o intese tra operatori economici a contenuto anticoncorrenziale è stata ulteriormente ampliata. Tale estensione si applica, ad esempio, anche a situazioni in cui nuovi prodotti o servizi, frutto di accordi tra imprese, migliorano le condizioni ambientali o produttive di un determinato luogo, eliminando esternalità negative per coloro che vi si trovano e ne risultano beneficiari. In questi casi, cioè, si immettono su un determinato mercato rilevante prodotti o servizi più sostenibili, dei cui miglioramenti qualitativi si giovano anche i c.d. *no-use consumers* in esso presenti a seguito dei risultati ottenuti in virtù delle innovazioni realizzate in termini di effetti per il miglioramento della qualità dell'ambiente in cui si trovano ad operare.

Un ulteriore esempio dello stesso tipo riguarda la sostituzione di componenti nocivi appartenenti ad una particolare catena produttiva con elementi più sostenibili a beneficio non solo dei consumatori dello specifico prodotto, ma anche dei lavoratori o di coloro che a vario titolo ne subiscono alcuni effetti negativi nel corso della produzione. In tal modo, da un lato, i *no-use consumers* risultano compresi tra gli utilizzatori beneficiari dei relativi risultati quanto meno perché ne hanno tratto vantaggio con riferimento alla qualità dell'ambiente e del mercato in cui sono presenti. Per converso, nessun dubbio nel comprendere tra i destinatari dei miglioramenti qualitativi del prodotto, per le ragioni ora indicate, soprattutto i suoi diretti consumatori e/o utilizzatori, sebbene in virtù di tali miglioramenti abbiano dovuto subire un au-

mento del prezzo.

In altri termini, ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE, la valutazione dei benefici per gli utenti-utilizzatori deve considerare anche i vantaggi individuali e diretti di tutti coloro che, operando sul mercato, traggono beneficio dall'immissione di un nuovo prodotto, realizzato mediante pratiche o accordi con effetti anticompetitivi, ma tollerati in ragione della quota equa di benefici e dei risultati positivi ottenuti, sul piano industriale, a favore degli stessi utilizzatori. È stato, infatti, considerato sufficiente al riguardo il positivo effetto di mantenimento e/o di miglioramento degli equilibri produttivi ambientali realizzati attraverso l'impiego di nuovi componenti industriali idonei a ridurre gli effetti inquinanti, pur se tali effetti non risultano essere solamente diretti agli, ed esclusivamente utilizzabili dagli, specifici consumatori - utilizzatori del prodotto, come sembrerebbe necessario in virtù di quanto indicato dall'art. 101, par. 3, TFUE.

Risulta, dunque, confermata una nozione più ampia di beneficiari dei risultati di un'operazione economica, tale da includere qualsiasi soggetto che, a vario titolo, si trovi in una condizione idonea a trarre vantaggio, anche solo indirettamente, dalle conseguenze che ne derivano. Si assiste, così, a un progressivo ampliamento di tali beneficiari, comprendendo anche i c.d. *no-use consumers*, con la conseguente estensione significativa della platea rilevante ai fini dell'art. 101, par. 3, per la valutazione degli effetti di accordi cooperativi. Tale estensione ha inoltre permesso di includere tra i beneficiari, per le finalità considerate, coloro che possono usufruire esclusivamente dei c.d. *collective benefits*.

In estrema sintesi, si tratta di soggetti che si avvantaggiano dei benefici derivanti dalla realizzazione di importanti innovazioni improntate alla sostenibilità, i cui effetti positivi non si limitano ai soli consumatori o utenti diretti o indiretti di un determinato prodotto o servizio, ma si estendono a un'area soggettiva ben più ampia della società, comprensiva, talvolta, dell'intera collettività presente nel mercato. Ne consegue una ridefinizione dell'ambito soggettivo dei beneficiari, rilevante ai fini in esame, che include tutti coloro che, operando o risiedendo in uno specifico mercato geografico e/o merceologico, possono trarre vantaggio, soprattutto dal punto di vista ambientale, dalle ricadute prodotte da tali interventi innovativi, al di là della fruizione diret-

ta o indiretta del bene o servizio oggetto dell'intesa.

In sostanza, ci pare di comprendere che Lei ritenga auspicabile una valutazione dei *remedies antitrust* non limitata ai soli guadagni di efficienza economica, ma orientata anche alla considerazione degli altri valori e obiettivi perseguiti dall'Unione europea, quali la coesione sociale, la sostenibilità ambientale e lo sviluppo industriale. Ritiene corretta questa ricostruzione?

In un certo senso direi di sì.

L'allargamento nella direzione innanzi indicata dell'area dei soggetti avvantaggiati dei miglioramenti produttivi e distributivi, previsti dalla normativa in esame, dovrebbe incidere sul novero di coloro che possano (e debbano) essere considerati beneficiari delle misure compensative previste per neutralizzare gli effetti anticoncorrenziali, derivanti da accordi di integrazione verticali o orizzontali tra imprese concorrenti, su uno specifico mercato merceologico e/o geografico. In tal modo risultano inclusi tra questi ultimi anche i soggetti che traggono soltanto vantaggi collettivi da tali operazioni, in virtù dell'art. 101, par. 3, TFUE.

In questa prospettiva, le misure e gli effetti compensativi degli atti adottati a tal fine devono essere pure considerati alla luce dei benefici collettivi prodotti, ad esempio, in virtù della realizzazione o del miglioramento di servizi pubblici di interesse generale. Si pensi ai servizi compresi tra quelli inclusi nelle priorità delle politiche europee fissate dalla Commissione, rivolti a soddisfare le effettive e urgenti esigenze dei cittadini e dei residenti europei. In tali casi, il miglioramento tecnologico, l'ampliamento dell'accessibilità e la qualità complessiva del servizio possono rientrare nella valutazione dei vantaggi destinati a un'intera collettività di utenti, seppure non direttamente coinvolti nelle intese e nei loro diretti vantaggi. In particolare, quindi, nella valutazione di tali "benefici collettivi" dovranno essere prese in considerazione altresì le opportunità garantite a favore dell'utenza in funzione dei vantaggi e degli effetti positivi relativi all'adempimento degli oneri di servizio universale a carico dei loro erogatori, in ragione dell'evoluzione delle esigenze fondamentali dei cittadini europei. In tal modo, le misure compensative di alcuni effetti di specifiche intese ri-

duttive della concorrenza, comprensive di quelle rivolte a operare integrazioni imprenditoriali sia orizzontali che verticali, potranno essere adottate in modo da ottenere benefici compensativi a vantaggio di una intera comunità. Pertanto, le misure in esame risultano rilevanti ai fini compensativi dell'art. 101, par. 3, TFUE anche allorché sono rivolte alla realizzazione di infrastrutture considerate utili per rendere più efficace la mobilità delle merci e dei servizi nel mercato unico europeo, di cui risultano beneficiari tutti coloro che in esso sono presenti o quanto meno coloro che sono presenti in un mercato più ristretto, caratterizzato proprio per i suoi *deficit* infrastrutturali, da correggere per adeguarlo al resto dell'UE.

Tale approccio consente di riconoscere la validità di misure compensative pure qualora queste contribuiscano alla realizzazione di altre infrastrutture strategiche per il mercato unico, come ad esempio le reti energetiche europee, funzionali a una mobilità più efficiente delle merci e dei servizi. Evidentemente, è ben vero che si tratta di programmi per i quali sono necessari investimenti particolarmente significativi difficilmente ottenibili attraverso i soli provvedimenti in esame. Ma è altrettanto vero che tali provvedimenti possono, almeno in parte, contribuire e/o concorrere alla realizzazione degli investimenti indicati, attraverso interventi mirati a ridurre i costi complessivi e a predisporre soluzioni che ne favoriscano l'attuazione o ne consentano l'avvio con maggiore tempestività. Ciò può avvenire grazie a investimenti o attività svolte direttamente dalle industrie europee, generando effetti sinergici sull'ottimizzazione degli impieghi e sullo sviluppo delle tecnologie rilevanti, nonché di alcuni componenti qualificanti.

Di conseguenza, anche di tali impatti occorre tener conto con specifico riferimento alla determinazione dei benefici compensativi, a favore non solo delle imprese direttamente o indirettamente coinvolte nei relativi effetti negativi, ma anche dell'intero mercato dell'Unione europea o di una parte di tale mercato qualificata, nel senso di riequilibrarne le conseguenze in termini migliorativi rispetto al resto dell'Europa. Tanto più se eventuali sinergie produttive o compensative riguardano imprese appartenenti a gruppi industriali all'interno dei quali devono essere attuate le misure rivolte a compensare effetti negativi per la concorrenza di intese o acquisizioni realizzate sempre all'interno del loro gruppo.

In questo modo risulta possibile armonizzare gli effetti negativi derivanti da un uso eccessivo delle libertà economiche con misure compensative finalizzate a ridurre tali ricadute, attraverso interventi mirati ad operare sul medesimo mercato secondo criteri capaci di rispondere alle esigenze produttive più generali dell'intera Unione europea.

Tali misure potranno contribuire all'avvio o al rafforzamento di un'autentica politica industriale europea, con effetti positivi non solo per le imprese direttamente penalizzate da conseguenze anticoncorrenziali, ma, in senso più ampio, a beneficio di tutti coloro che ne abbiano subito ricadute indirette: utenti - consumatori, ma anche cittadini e residenti europei, inclusi quelli di mercati specifici particolarmente svantaggiati all'interno dell'UE. Anche questi ultimi, infatti, dovranno essere riconosciuti tra i "*collective beneficiaries*" cui tali interventi possono essere specificamente destinati.

Si conferma, pertanto, la validità della tendenza a riconoscere una portata più ampia alla nozione di beneficiari, includendo sia coloro che traggono vantaggio diretto dalle misure compensative, sia quanti abbiano subito, pur indirettamente, gli effetti negativi di taluni eccessi derivanti da un uso improprio delle libertà sancite dal TUE. Infatti, tale tendenza consente di adottare misure compensative dotate di una valenza di politica industriale. Si tratta dei casi in cui tali atti risultano rivolti non soltanto a perseguire un effetto compensativo di tipo sanzionatorio, ma altresì a favorire in ambito europeo un assetto produttivo e commerciale adeguato a realizzare quel tipo di economia sociale di mercato altamente competitiva - voluta dall'art. 3, par. 3, TUE ed espressiva dei valori indicati nell'art. 2, par. 2, TUE - nella quale le libertà economiche non sono valorizzate al solo vantaggio dei più forti.

Attraverso tali atti non solo si potranno eliminare gli effetti anti-competitivi derivanti dall'illegittimo esercizio di tali libertà, ma se ne potranno bilanciare le conseguenze negative con misure compensative coerenti con azioni di sviluppo industriale, che si estendono all'intera comunità sociale dell'UE.

In definitiva, ciò che Lei sembra prospettare come già oggi realizzabile – alla luce del quadro giuridico europeo – è l'avvio di una politica industriale dell'Unione di tipo "soft", fondata sulla responsabilizzazione delle imprese e su un enforcement antitrust volto a sostenere il

raggiungimento degli altri obiettivi dell'UE, nel contesto di un'economia sociale di mercato. È una sintesi che ritiene corretta?

L'integrazione dell'economia europea è certamente realizzabile attraverso azioni di politica industriale, la cui attuazione può risultare affidata anche agli stessi soggetti che ne sono i destinatari diretti o indiretti. L'obiettivo è quello di favorire ulteriori effetti positivi, stimolando, ad esempio, iniziative individuali virtuose, se pur ancora latenti, nei mercati nazionali. Tali dinamiche consentono alle imprese di rafforzare la propria competitività internazionale e, al tempo stesso, di ridurre la dipendenza da forniture strategiche provenienti da mercati esterni all'Unione.

Si tratta, dunque, di riconoscere in capo alle autorità *antitrust* nazionali ed europee la possibilità di adottare atti compensativi e, più in generale, decisioni compiendo alcune scelte di politica industriale, al fine di eliminare gli effetti negativi di atti anticompetitivi sullo sviluppo del mercato europeo, in modo coerente con gli obiettivi fissati dagli artt. 2 e 3 spec. par. 3 TUE.

In tal senso, le misure ora indicate potranno essere rivolte non soltanto ad ottenere effetti riparativi specifici, ma altresì a realizzare, attraverso interventi mirati, la promozione di atti di autonomia privata rivolti, più in generale, ad ottimizzare le competenze ingegneristiche e gli standard produttivi presenti sul mercato europeo. Ciò è particolarmente rilevante nei casi in cui si riscontri la carenza di un completo e coordinato apparato produttivo industriale pur in presenza di imprese che, prese individualmente, risultano avere a disposizione le varie attrezzature tecnologiche oltreché le conoscenze che consentono di ottimizzarne l'impiego. Tali obiettivi possono essere perseguiti, quindi, pure attraverso accordi volontari che mettano a sistema esperienze industriali, *know-how* tecnico e capacità produttive già presenti nei mercati europei sollecitati dalle competenti autorità di regolazione del mercato.

Da tali misure risulta, dunque, un effetto positivo di stimolo per la formazione di una compiuta politica industriale europea, che, allo stato, stenta a decollare.

In quest'ottica, gli effetti compensativi di tali atti appaiono giustificati e legittimati ai sensi dell'art. 101, par. 3, in quanto espressione dei

“collective benefits” per tutti i cittadini dell’Unione europea, grazie a misure che contribuiscono in modo significativo alla costruzione di una politica industriale comune a beneficio dell’intera comunità. Tali effetti possono essere ulteriormente valorizzati dai beneficiari per giustificare e ottenere, a favore delle imprese impegnate in innovazioni industriali, ulteriori incentivi pubblici previsti a livello europeo. Inoltre, essi possono costituire una solida base argomentativa per richiedere il necessario consenso o le autorizzazioni utili ad aggregare alle iniziative in corso altri operatori economici o investimenti esterni all’Unione, favorendo così una più efficace realizzazione degli obiettivi fissati, grazie anche al contributo sinergico di capitali e competenze provenienti da soggetti terzi.

A nome della Rivista, desideriamo ringraziarLa vivamente per aver condiviso riflessioni significative per il futuro dell’integrazione europea.

ALLOCUTION DU JUGE ORNELLA PORCHIA À L'OCCASION
DE LA CÉRÉMONIE EN L'HONNEUR DES MEMBRES DU
TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE MARQUANT LA CES-
SATION DE LEURS FONCTIONS - LUXEMBOURG, LE 15 SEP-
TEMBRE 2025

Ornella Porchia*

*Monsieur le Président de la Cour, Cher Koen,
Monsieur le Président du Tribunal, Cher Marc,
Chers collègues, chers invités, chers amis,*

Je vous confie ne pas être encore en mesure de faire un bilan complet de mon expérience à l'issue de ces six années passées au Tribunal. Je me limiterai, à ce stade, à partager avec vous quelques-unes de mes émotions, à vous faire part aussi de quelques sentiments que j'éprouve ainsi qu'à vous soumettre mes premières réflexions sur mon expérience au Tribunal.

J'ai été impressionnée par la Cour depuis ma première visite ici à Luxembourg dans les années 80. Je garde encore le souvenir de la sculpture du pistolet « noué », symbole de paix, qui se trouvait à côté du bâtiment de la Cour et que j'ai retrouvée récemment cachée dans le parc de la Coque. En ces temps de crises et de conflits, cette sculpture mériterait certainement de reprendre plus de visibilité, pour nous rappeler que la justice européenne et l'État de droit sont en mesure de mettre sous silence le bruit et le feu des armes.

Après mon expérience à Bruxelles, j'ai obtenu en 2019 le privilège de vivre de l'intérieur l'expérience juridictionnelle en étant nommée juge au Tribunal. Un rêve professionnel qui est devenu réalité. À partir de

* Professeur en Droit de l'Union européenne, Université de Turin - Ancien Président de la Xème chambre du Tribunal.

ma nomination, j'ai fait tout mon possible pour profiter de cette extraordinaire opportunité, en me plongeant à fond dans l'activité de juge avec dévouement et conviction, mais aussi toujours avec enthousiasme, dans le respect de mes valeurs et de mes principes.

Je suis vraiment heureuse d'avoir pu exercer ce nouveau métier de juge européen et d'avoir pu assumer la responsabilité de président de chambre pendant trois ans.

L'expérience peut ne pas être longue et a été affectée malheureusement par la longue période de crise sanitaire, mais je l'ai vécue intensément, ce qui m'a permis de connaître les codes 'secrets', quelques fois un peu ésotériques, de la procédure qui domine la vie du Tribunal.

Le plaisir et la satisfaction de cette expérience ont été valorisés par la chance que j'ai eue d'avoir trouvé des collaborateurs inspirés par les mêmes sentiments qui m'animent. J'ai pu éprouver un sentiment partagé également auprès des stagiaires qui ont découvert une passion pour le droit européen et qui ne voulaient plus laisser l'institution à l'issue de leur stage. C'est le miracle de l'institution, on pourrait dire, qui transforme le petit pays du Luxembourg en Pays « enchanté ».

Il ne faut jamais oublier : le projet européen a toujours besoin d'être alimenté, et de manière constante. Il ne faut jamais le prendre en tant que tel pour acquis.

Cette conviction qui guide maintenant mon engagement est de pouvoir partager à l'avenir la richesse professionnelle que j'ai reçue. Le retour à l'université devrait me permettre d'accomplir aisément cette tâche. En effet, il est de la nature même de tout professeur ordinaire, comme me l'a rappelé quelqu'un, de développer et de transmettre les valeurs surtout aux jeunes, qui ont la responsabilité d'alimenter le projet européen.

L'activité du Tribunal se caractérise par la variété des questions qui lui sont soumises.

Toutes les questions sont importantes, comme je l'ai appris dès ma première expérience d'avocat en tant que praticien du droit. Il n'y a pas de grandes affaires ni de petites affaires. Si nous remontons à l'origine du processus européen, en 1960, qui aurait pu d'ailleurs qualifier au départ l'affaire *Costa* de grande affaire?

Parmi les affaires dans lesquelles je me suis trouvée impliquée, en tant que juge rapporteur mais aussi en tant que juge assesseur, fonction qui demande un sens des responsabilités absolument équivalent, je me limiterai à faire référence à quelques-unes. Ici, je pense en premier lieu aux affaires qui soulèvent la question de la répartition des compétences entre le juge national et le juge de l'Union pour exercer le contrôle de légalité des actes portant nomination de procureurs européens et de procureurs européens délégués à la suite des premières applications des dispositions du règlement sur le parquet européen. D'autres affaires, qui pouvaient paraître au départ anodines, ont soulevé, pour la première fois, la compétence du juge de l'Union pour connaître d'actes du Parquet européen.

Je pense en second lieu à d'autres domaines. Nous avons été amenés à réfléchir sur le contrôle de validité des actes européens dans le cadre de différentes procédures composites qui requièrent la participation des autorités nationales et de l'Union, comme dans le système des AOP, mais aussi dans celui du contrôle des activités bancaires ainsi que dans celui de la protection de données.

Nombreuses sont les interrogations soulevées par ces affaires qui mériteront sans doute encore une plus grande réflexion.

Sur un autre plan, je pourrais aussi faire référence aux affaires dans le domaine de la politique commerciale, en particulier dans le cadre de la réglementation anti-contournement des règles du dumping ou des subventions.

Comme je le disais, toutes les affaires sont susceptibles d'avoir des enjeux procéduraux, de soulever des questions juridiques sensibles et délicates. C'est le cas aussi, il ne faut pas l'oublier, dans des domaines tels que la fonction publique, où il y a derrière quasiment toujours une

personne physique. Dans ce contexte, une règle à laquelle j'ai cherché à rester fidèle, c'est de ne jamais oublier que nous sommes au service des citoyens et de la justice, sans tomber amoureuse de la question juridique en soi, une tentation qui anime souvent les juristes en général. En effet, l'activité juridictionnelle n'est pas le but, elle est le moyen.

J'ai eu par ailleurs le privilège de participer à l'autre défi auquel a été confronté le Tribunal récemment, au-delà de l'élargissement à 54, à savoir participer, en tant que membre du comité mixte Cour-Tribunal, aux premières étapes du processus qui a amené assez rapidement à la grande réforme de 2024, concernant le transfert de compétences, pour laquelle Monsieur le Président de l'Institution, Koen, s'est énormément investi.

Maintenant, permettez-moi de procéder à quelques remerciements.

Je voudrais remercier sincèrement les collègues de la chambre dont j'ai assuré la Présidence pendant le mandat des trois dernières années. Je pense à Marc, Lauri, Paul et Steven, qui m'ont permis de garder une approche très rigoureuse dans une ambiance amicale et de respect mutuel. La dimension dialectique et collégiale au sein de notre chambre était la règle avec tout ce que cela implique. En tant que Présidente de chambre, j'ai toujours essayé d'exercer mon rôle dans le respect des règles qui s'imposaient avant tout à moi, avec à l'esprit d'être à l'écoute des besoins de chacun de mes collègues. J'ai constamment recherché à garantir le plus souvent une prise de décision collégiale, en ménageant les impératifs de chacun.

Je ne peux pas oublier aussi les collègues de l'ancienne chambre à laquelle j'ai été affectée à mon arrivée, Heikki, Nina, Mirela et bien évidemment Marc qui m'a accompagnée tout au long de mon expérience au Tribunal avec son extraordinaire gentillesse et disponibilité.

Je voudrais remercier aussi M. le Président du Tribunal, Marc, qui, surtout dans les moments de difficulté, a fait preuve d'une grande attention et sensibilité. Je pense à la période du Covid, pendant laquelle

il nous envoyait tous les jours un message pour garder le sentiment d'appartenance à une communauté malgré la distance.

Je voudrais adresser un remerciement spécial pour leur soutien et disponibilité au greffier, Vittorio, et à son prédécesseur Emmanuel.

Je voudrais aussi adresser un merci aux autres collègues et amis, qui m'ont beaucoup donné. Il faut le reconnaître, l'expérience à 54 est un défi, c'est vrai, elle favorise la création de cercles ou de sous-groupes, mais elle est riche d'une grande diversité culturelle et professionnelle, accompagnée de l'envie de parvenir à une bonne compréhension des uns et des autres.

À ce point, je voudrais enfin remercier mon cabinet, Alain, Mariacristina, Georgios, Carmela et Myriam, chacun avec sa propre qualité et tous complémentaires.

Une famille, qui m'a procuré beaucoup d'émotion, le plaisir de discuter sur chaque petit détail des affaires, mais aussi sur les à-côtés, les apéritifs, les pique-niques pas loin des locaux du Tribunal, expérimentés pendant la période Covid en absence de locaux accessibles, et qui sont devenus presque une tradition annuelle. Les excursions ensemble. Je ne suis pas sûre que je saurai m'adapter à l'absence de cette chère équipe dans ma nouvelle vie professionnelle.

J'ai également une pensée pour toutes les personnes qui ont travaillé à un moment ou à un autre dans mon cabinet pendant ces six dernières années. Je pense aussi à tous les membres du personnel des différents services (greffe, ressources humaines, interprétariat, chauffeurs et tous les autres), avec lesquels j'ai pu travailler ici.

En conclusion je voudrais souhaiter un bon travail et une bonne continuation aux collègues et à tous ceux qui sont impliqués dans les services, consciente de la grande responsabilité qu'ils assument à faire fonctionner la machine dans le respect des citoyens.

Permettez-moi enfin de vous adresser à toutes et tous un grand merci pour tout ce que j'ai reçu.

LA DIRETTIVA SUL SALARIO MINIMO SUPERA LA PROVA DI LUSSEMBURGO: UNA VITTORIA (PARZIALE) PER L'EUROPA SOCIALE

Benedetta Minucci*

1. «La nuova sentenza C-19/23^[1] è una pietra miliare». Con queste parole, della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, si è aperto il commento istituzionale alla pronuncia della Corte di giustizia dell'11 novembre 2025. Il giudizio, frutto del ricorso della Danimarca contro il Parlamento e il Consiglio, è stato atteso con massimo interesse e ha catalizzato l'attenzione dell'intera comunità giuridica europea. Un'enfasi, questa, del tutto giustificata per almeno tre ragioni.

Anzitutto, il suo peso specifico è intrinsecamente legato alla delicatezza della politica sociale dell'Unione². La pronuncia risulta, infatti, fondamentale per la sua evoluzione futura, nonché per la delimitazione delle competenze tra Stati membri e UE.

In secondo luogo, la sentenza assume rilievo poiché, per la prima volta, la direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento e del Consiglio³,

*Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Corte giust. 11 novembre 2025, C-19/23, *Danimarca/Parlamento e Consiglio*.

² Nel più ampio contesto delle recenti azioni di politica sociale dell'Unione v., *inter alia*, S. MARINO, *Lavoro part time e discriminazione retributiva tra lavoratrici e lavoratori*, in *EJ*, n. 2, 2025, p. 120 ss.

³ Direttiva 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea. In dottrina, F. COSTAMAGNA, *La direttiva sul salario minimo: un passo in avanti nonostante i limiti imposti dal Trattato all'azione del legislatore dell'Unione in materia di retribuzioni*, in *EJ*, 1° dicembre 2022; M. MANFREDI, *La direttiva sui salari minimi e i limiti delle competenze dell'Unione europea in materia di retribuzioni*, in *Quaderni AISDUE*, n. 3, 2023. Già in fase di proposta di direttiva, si veda G. DI FEDERICO, *The Minimum Wages Directive Proposal and the External Limits of Art. 153 TFUE*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 13, n. 2, 2020.

comunemente nota come “direttiva sul salario minimo”, è stata oggetto di una valutazione di validità. Di conseguenza la pronuncia ha determinato il destino di un intero impianto normativo.

Ancora, il giudizio è stato segnato da un netto e significativo scostamento dalle conclusioni dell’Avvocato generale Emiliou⁴, un evento che, sebbene non inedito, segna una deviazione dalla prassi abituale della Corte di giustizia.

2. La vicenda che ha portato alla pronuncia in commento trae origine, come detto, dal ricorso per annullamento promosso dal Regno di Danimarca⁵ – il cui peculiare modello sociale si basa quasi esclusivamente sulla contrattazione collettiva – contro il Parlamento e il Consiglio. La *querelle* verteva sulla validità della direttiva sul salario minimo, contestata in virtù della sua presunta adozione *ultra vires*, vale a dire in violazione del principio di attribuzione. Più precisamente, il legislatore dell’Unione avrebbe travalicato il limite di competenza imposto dall’articolo 153, paragrafo 5, TFUE. Tale disposizione, come noto, esclude l’azione dell’Unione in materia di «retribuzioni», e la direttiva in esame, pur essendo formalmente adottata sulla base delle «condizioni di lavoro», ai sensi dell’articolo 153, paragrafo 1, lettera b), in combinato disposto con l’articolo 153, paragrafo 2, lettera b), avrebbe in realtà interferito direttamente con il *quantum* salariale negli Stati membri e con il diritto di associazione.

In tale contesto, l’oggetto del ricorso era, in via principale, l’annullamento integrale della direttiva. In via subordinata, la Danimarca chiedeva l’annullamento di due disposizioni, ritenute maggiormente sintomatiche dell’asserita invasione di campo, vale a dire l’articolo 4, paragrafo 1, lettera d), congiuntamente al paragrafo 2 dello stesso articolo, norme relative all’autonomia e al tasso di copertura della contrattazione collettiva.

⁴ Conclusioni dell’Avv. gen. Emiliou, del 14 gennaio 2025, C-19/23, *Danimarca/Parlamento e Consiglio*.

⁵ Sostenuto dalla Svezia.

3. La decisione della Corte impone una preliminare, seppur sintetica, digressione sulle conclusioni dell'Avvocato generale Emiliou, la cui impostazione ha dato adito a più di una perplessità⁶. Infatti, il 14 gennaio 2025, in un attesissimo parere, l'AG si era espresso in senso favorevole alla domanda principale presentata dal Regno di Danimarca, suggerendo alla Corte di accogliere il ricorso e di annullare la direttiva nella sua interezza. In alternativa, raccomandava l'accoglimento della domanda di annullamento parziale, circoscritto all'articolo 4, paragrafo 1, lettera d), e al paragrafo 2, in quanto le disposizioni ivi contenute ben si prestavano ad essere separate dal resto dell'impianto normativo.

Nondimeno, le risposte a cui è giunto l'Avv. gen. Emiliou nelle sue conclusioni appaiano nella sostanza poco condivisibili e presentano, come si vedrà, notevoli punti di divergenza rispetto alla successiva sentenza della Corte.

Il principale dubbio risiede nella chiave di lettura assunta dall'AG, il quale ha privilegiato un'interpretazione marcatamente testuale dell'articolo 153, paragrafo 5, TFUE. Tale approccio ha indotto l'AG a ritenere che l'esclusione di competenza in capo all'Unione, non essendo limitata *expressis verbis* al solo livello retributivo, debba coprire la totalità degli aspetti dei sistemi di determinazione salariale degli Stati membri, ivi incluse le modalità procedurali⁷.

In particolare, l'AG affrontava la questione della competenza dell'Unione seguendo un'impostazione sistematica: richiamando il principio di attribuzione di cui all'art. 5 TUE, egli ribadiva che l'UE può agire soltanto entro i limiti espressamente stabiliti dai Trattati e che, in materia sociale, tali limiti assumono un peso particolare. L'art. 153 TFUE, infatti, sebbene configuri un ambito di competenza condivisa, esclude in modo tassativo alcune materie sensibili, tra cui la retribuzione, il diritto di associazione e il diritto di sciopero. Da tale premessa l'AG faceva discendere l'interrogativo centrale, ossia se la direttiva incidesse direttamente sulla determinazione dei salari minimi na-

⁶ In tal senso, v. E. PAULET, *Navigating Competence Boundaries-Advocate General Emiliou advises to annul in its Entirety the Minimum Wage Directive in Case C-19/23*, in *ELL*, 30 January 2025; S. GALLEANO, *Perplessità sulle conclusioni dell'Avvocato generale sul salario minimo nella causa 19/23*, in *European rights*, 2025.

⁷ Conclusioni *Danimarca/Parlamento e Consiglio*, sopra citate, par. 54.

zionali, superando così la soglia di ciò che l'Unione era abilitata a normare, e procedeva quindi a verificare se le sue disposizioni imponessero agli Stati membri obblighi idonei a condizionare il livello effettivo dei salari minimi o a introdurre meccanismi di aggiornamento obbligatori tali da interferire con le prerogative nazionali. In questa stessa prospettiva, l'AG estendeva l'analisi alla correttezza della base giuridica scelta, vale a dire l'art. 153, paragrafi 1, lettera b), e 2, che autorizzano l'adozione di direttive volte a sostenere e completare l'azione degli Stati membri nel settore delle condizioni di lavoro, sempre però nel rispetto dei limiti inderogabili posti dal paragrafo 5. Coerentemente con l'impostazione adottata, egli verificava se la procedura legislativa seguita fosse compatibile con la natura delle disposizioni contenute nella direttiva e con il riparto delle competenze delineato dal Trattato, nella misura in cui un'eventuale incidenza diretta sui meccanismi nazionali di determinazione salariale avrebbe imposto l'utilizzo di una diversa base giuridica o addirittura escluso la competenza dell'Unione.

Dalle conclusioni dell'AG emergeva, dunque, un quadro nel quale l'Unione poteva certamente perseguire obiettivi di miglioramento delle condizioni di lavoro, ma senza spingersi sino a interferire direttamente con la determinazione del salario minimo, ambito che, nella sua lettura, restava integralmente riservato agli Stati membri. Nondimeno, tale impostazione si poneva in evidente tensione con l'orientamento consolidato della Corte di giustizia, che ha sempre considerato il paragrafo 5 dell'art. 153 TFUE come una norma eccezionale rispetto al generale conferimento di competenze operato dai paragrafi precedenti e che, proprio in quanto eccezione, imponeva un'interpretazione rigorosamente restrittiva, non idonea a escludere in blocco qualsiasi intervento dell'Unione nei sistemi nazionali di determinazione salariale.

In applicazione di tale criterio, già nella sentenza *Del Cerro Alonso*⁸, la Corte aveva escluso che l'eccezione potesse essere estesa «a ogni questione avente un nesso qualsiasi con la retribuzione», a pena di svuotare di significato l'articolo 153, paragrafo 1, TFUE⁹.

La rigida posizione assunta dall'Avvocato generale sembrava derivare, dunque, da una valutazione errata, perlomeno parzialmente, del-

⁸ Corte giust. 13 settembre 2007, C-307/05, punto 41.

⁹ F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 3.

la finalità e dei contenuti della stessa direttiva. Quest'ultima, ai sensi dell'articolo 1, è invero orientata a migliorare le condizioni di vita e di lavoro e a garantire l'adeguatezza dei salari per contribuire alla convergenza sociale verso l'alto e alla riduzione delle diseguaglianze retributive. Ma tale fondamentale finalità sociale non aveva trovato adeguato bilanciamento nelle conclusioni dell'avvocato generale Emiliou.

4. La Corte di giustizia ha scelto di percorrere un'altra strada, molto più sofisticata, rigettando la richiesta di annullamento totale avanzata dalla Danimarca. Di talché, l'impianto generale della normativa è rimasto in piedi, fatta eccezione per due specifiche disposizioni le quali, peraltro, a riprova della netta autonomia giudiziale, non coincidono né con le richieste provenienti da Copenaghen, né con quelle suggerite dall'AG.

Il giudice dell'Unione ha, innanzitutto, convalidato i punti chiave della direttiva, respingendo le eccezioni sollevate. In primo luogo, è stata disattesa l'eccezione relativa alla presunta adozione dell'atto normativo su una base giuridica errata. A tal proposito, la Corte ha ribadito che la determinazione della base giuridica di un atto si effettua esclusivamente in considerazione del suo scopo e contenuto, non potendo essere surrogata dalla base giuridica impiegata per precedenti atti dell'Unione che abbiano, eventualmente, caratteristiche simili¹⁰.

In pari misura, è stata integralmente respinta la censura legata all'ipotetica interferenza con il diritto di associazione. Sebbene alcune disposizioni, come l'articolo 4, presentano effettivamente un nesso con l'associazione sindacale, esse non disciplinano direttamente tale diritto, bensì la libera partecipazione alla contrattazione collettiva.

Va sottolineato che il fulcro giuridico della decisione, in controtendenza rispetto alla rigida esegesi testuale dell'AG, risiede nell'interpretazione teleologica data dalla Corte al limite di competenza previsto dall'art. 153, paragrafo 5, TFUE.

In linea con la sua consolidata giurisprudenza, la Corte ha riconosciuto che l'esclusione relativa alle «retribuzioni» deve essere intesa in modo strettamente restrittivo, precisando che essa opera soltanto ri-

¹⁰ Sentenza *Danimarca/Parlamento e Consiglio*, sopra citata, punto 73.

spetto a quelle misure che determinerebbero una diretta ingerenza del diritto dell'Unione nella fissazione delle retribuzioni all'interno degli Stati membri. Al contempo, il giudice di Lussemburgo ha affermato che l'esclusione non può essere estesa a ogni questione che presenti un semplice nesso, anche indiretto o occasionale, con la retribuzione, poiché una simile lettura finirebbe per svuotare di contenuto interi settori contemplati dall'articolo 153, paragrafo 1, TFUE, tra cui quello relativo alle condizioni di lavoro e alla protezione dei lavoratori¹¹. La Corte ha sottolineato infatti che numerose politiche sociali dell'Unione incidono inevitabilmente, almeno in via riflessa, sulla dimensione economica del rapporto di lavoro, senza per questo invadere l'ambito riservato agli Stati membri. Ne consegue che la competenza dell'Unione non può dirsi automaticamente preclusa ogniqualvolta un atto legislativo presenti riferimenti, anche significativi, alla materia retributiva. È il criterio dell'«ingerenza diretta», e non la mera esistenza di un collegamento tematico, che deve guidare la verifica del rispetto della clausola di esclusione; così solo quando l'intervento dell'Unione ha un impatto diretto sulla fissazione dei livelli retributivi nazionali, sottraendone la determinazione alla competenza statale, si configura una violazione del paragrafo 5. In estrema sintesi, è tale criterio che deve orientare l'esame del rispetto dell'esclusione di competenza relativa alle retribuzioni, indipendentemente dal nesso più o meno stretto dell'atto di cui trattasi con tale materia¹².

Nonostante la convalida dell'impianto generale, come anticipato, la direttiva non ne è uscita indenne. L'annullamento è stato circoscritto a due specifiche disposizioni: l'una, articolo 5, paragrafo 2, relativa ai criteri obbligatori; l'altra, articolo 5, paragrafo 3, ultima frase, concernente il divieto di diminuzione del salario minimo legale. Il giudice di Lussemburgo ha censurato tali previsioni poiché, quantunque in modo diverso, comportavano entrambe un'ingerenza diretta nella determinazione delle retribuzioni.

Per quanto concerne l'articolo 5, paragrafo 2, la norma è stato oggetto di una censura particolarmente incisiva da parte della Corte, che ha rilevato come l'obbligo imposto agli Stati membri di utilizzare, nella

¹¹ *Ivi*, punto 68.

¹² *Ivi*, punto 70.

determinazione e nell'aggiornamento dei salari minimi legali, *almeno* quattro criteri specifici (il potere d'acquisto dei salari, il livello generale delle retribuzioni e la loro distribuzione, il tasso di crescita dei salari e l'andamento della produttività a lungo termine) eccedesse una mera prescrizione procedurale. La Corte ha osservato che tale previsione, ancorché formulata in termini di "minimo necessario", finiva in realtà per armonizzare una parte degli elementi costitutivi dei salari, incidendo così direttamente sul modo in cui gli Stati membri devono determinare la retribuzione minima. Proprio questa ingerenza, qualificata come diretta e perciò incompatibile con il limite di competenza previsto dall'articolo 153, paragrafo 5, TFUE, ha condotto il giudice dell'Unione ad annullare la disposizione. Secondo la Corte, infatti, un simile vincolo imperativo non si limitava a orientare le politiche nazionali, ma interferiva con un nucleo materiale che i Trattati riservano espressamente agli ordinamenti interni, ponendosi oltre il perimetro normativo consentito all'Unione in materia sociale¹³.

Allo stesso modo, la disposizione che subordina l'utilizzo del meccanismo di indicizzazione automatica del salario minimo legale alla condizione che tale applicazione «non comporti una diminuzione del salario minimo legale», è stata annullata. La Corte ha ritenuto che, pur trattandosi in apparenza di una mera facoltà per gli Stati membri, quella clausola imponeva un vincolo giuridico specifico riguardante il livello del salario minimo e, pertanto, comportava un'ingerenza diretta del diritto dell'Unione nella determinazione delle retribuzioni nei singoli Stati membri, in contrasto con il principio di attribuzione e con l'esclusione prevista dall'art. 153, paragrafo 5, TFUE¹⁴.

5. A conclusione di tali sintetiche considerazioni, il *dictum* della Corte di giustizia si configura come pronuncia destinata ad assumere un rilievo storico. Difatti, occorre innanzitutto considerare come gli Stati membri, e in particolare quelli che non dispongono di un salario minimo legale (Austria, Danimarca, Finlandia, Italia e Svezia), siano chiamati a adeguarsi alla direttiva nel perimetro definito dalla Corte.

¹³ *Ivi*, punti 95 e 96.

¹⁴ *Ivi*, punti 97 e 98.

Per questi ordinamenti, l'obbligo non riguarda specificatamente l'adozione di misure volte a rafforzare la contrattazione collettiva quale strumento privilegiato per garantire livelli retributivi adeguati, secondo un modello che resta pienamente compatibile con la loro tradizione istituzionale. Gli Stati membri dotati, invece, di un salario minimo legale dovranno conformarsi alle disposizioni della direttiva che la Corte ha ritenuto valide, utilizzando criteri e procedure idonei a garantirne la trasparenza e la prevedibilità, non essendo più vincolati agli elementi armonizzati e ai limiti rigidi che sono stati annullati.

Più precisamente, la rimozione dell'ultima frase dell'articolo 5, paragrafo 3, restituisce agli Stati membri una maggiore libertà nella gestione dei propri strumenti di adeguamento retributivo, fermo restando che ogni scelta dovrà comunque essere coerente con l'obiettivo generale di assicurare salari minimi adeguati.

Per quanto concerne la contrattazione collettiva, la sentenza conferma il ruolo centrale delle parti sociali e salvaguarda l'autonomia dei diversi modelli nazionali di relazioni industriali. La Corte, evitando un intervento che avrebbe potuto disciplinare in modo più rigido i criteri di determinazione salariale, consente ai sistemi fondati sulla contrattazione di preservare le proprie peculiarità. Ne discende che le organizzazioni dei lavoratori mantengono un margine significativo di influenza nella definizione dei livelli retributivi, mentre gli Stati restano responsabili di assicurare un grado sufficiente di copertura contrattuale nei settori privi di regolazione.

A ben vedere, è la stessa struttura dei Trattati, con le sue indicazioni spesso elusive e non sempre univoche sulla ripartizione delle competenze in ambiti sensibili come la politica sociale, a rendere pressoché inevitabile il conflitto interpretativo. Ciò demanda alla Corte l'importante compito di stabilire, di volta in volta, il delicato confine tra il rispetto della sovranità degli Stati membri e l'effettiva possibilità di azione dell'Unione¹⁵. Questo continuo «funambulismo giuridico»¹⁶

¹⁵ In questi termini v. E. PAULET, *op. cit.*

¹⁶ Espressione utilizzata da S. GARBEN, *Choosing a tightrope instead of a rope bridge – The choice of legal basis for the AMW Directive*, in: L. RATTI, E. BRAMESHUBER, V. PIETROGIOVANNI (eds.), *The EU Directive on Adequate Minimum Wages*, Oxford, 2024, ripresa, dall'AG, al paragrafo 40 delle sue conclusioni.

dimostra la necessità di maggiore chiarezza normativa a livello primario.

Infine, la sentenza offre una prospettiva equilibrata sul futuro del diritto sociale europeo. Da un lato, essa conferma che l'Unione può intervenire nel campo delle condizioni di lavoro, purché non oltrepassi la soglia dell'ingerenza diretta nella determinazione delle retribuzioni; dall'altro, delimita in modo netto la possibilità di incidere sui meccanismi nazionali di fissazione salariale. L'immagine che ne deriva è quella di un equilibrio delicato: l'UE conserva spazi di manovra per promuovere standard sociali più elevati, ma la Corte ricorda con fermezza che la competenza in materia retributiva resta saldamente radicata negli ordinamenti nazionali. Questo ancoraggio non è casuale, giacché la determinazione dei salari incide in modo immediato su variabili strettamente collegate alla sovranità economica degli Stati (quali la spesa pubblica, il gettito fiscale, la sostenibilità dei sistemi previdenziali e, più in generale, l'equilibrio del bilancio statale) e per tale ragione i Trattati hanno voluto preservare questa competenza all'interno degli Stati membri.

Volendo però guardare il “bicchiere mezzo pieno” la convalida dell'impianto politico dell'Europa sociale, segna un passo in avanti importante per l'agenda sociale dell'Unione. Se la Corte avesse accolto il ricorso *in toto*, spazzando via l'intera direttiva con un colpo solo, avrebbe di fatto contribuito ad accentuare quello squilibrio ormai quasi “strutturale” dell'ordinamento europeo, dove le libertà economiche sembrano talvolta godere di un vantaggio competitivo rispetto ai diritti sociali. La decisione, così com'è, evita quantomeno di aggiungere un altro tassello a tale asimmetria.

BOOK REVIEW: D. GALLO, *DIRECT EFFECT IN EU LAW*, OXFORD, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2025, PP. 1-358

Lorenzo Federico Pace*

1. This volume is particularly noteworthy for the Italian academic community. It represents the first time that an Italian Professor of EU Law contributes to the prestigious “Oxford EU Law Library” series; an authoritative collection that includes some of the most influential titles in the field, such as Koen Lenaerts’ *EU Constitutional Law* and *EU Procedural Law*. Gallo’s inclusion in this series is more than a personal achievement: it signifies the recognition of the high quality and maturity of Italian legal scholarship in EU law. This development reflects a growing integration of Italian academics into the mainstream of EU legal debate and theory. The book’s methodological precision, theoretical ambition, and its clear engagement with both historical and contemporary sources position it alongside the most respected contributions to the discipline.

2. The complexity of the topic addressed by Gallo—the principle of direct effect in EU law—should not be underestimated. Although central to the effectiveness of EU law, the doctrine still raises numerous conceptual and practical challenges. The book delves into unresolved doctrinal debates regarding the origins and legal foundation of direct effect, underlining the persistent lack of consensus. It also clarifies the often-confused distinction between *direct effect* and *direct applicability*, two concepts that are frequently conflated in both scholarship and case law. Gallo also confronts the intricate and evolving jurisprudence of the Court of Justice, which has developed a rich and at times elusive case law concerning the many expressions of direct effect: vertical and horizontal, upward and downward, and even triangular forms. Moreover, the author explores the direct effect in the context of international treaties concluded by the Union, presenting a detailed and coherent framework for

* Associate Professor of EU Law, University of Molise.

navigating a principle that is both foundational and in continuous transformation.

3. The book is structured into seven chapters, which may be grouped into four thematic sections, followed by a substantial concluding chapter that also offers policy-oriented suggestions for future jurisprudence. The first section explores the origins of direct effect and its conceptual links to the principles of primacy and autonomy of EU law, as well as its relationship with the preliminary ruling procedure under Article 267 TFEU. The second section analyses how *Van Gend en Loos* has evolved over time, addressing the nature of direct effect, its defining features, and its connection with the obligation of disapplication. The third section focuses on the controversial issue of horizontal direct effect, particularly in relation to directives and fundamental rights. The fourth section examines the possibility of direct effect for norms found in international agreements concluded by the EU. Each section is thoroughly researched and supported by extensive references to both legal scholarship and case law, ensuring a comprehensive understanding of each sub-topic within the broader doctrinal framework.

4. The attempt to summarise the contents of this volume—written with remarkable intensity and academic fervour—risks diminishing the richness and depth of the author’s achievement: these are its main tenet. Gallo offers a compelling doctrinal and theoretical interpretation of the principle of direct effect. He attributes its foundation to the unique character of the European Union and the autonomous nature of its legal order—distinct from both international law and domestic legal systems. This interpretation is grounded in the central role of individual rights and the model of shared sovereignty underpinning the Union, conceived as a structure somewhere between international organization and federation. Regarding the criteria for direct effect, Gallo argues that the traditional tripartite test defined by the first case law (clarity, precision, unconditionality) has been functionally simplified, with clarity and precision being absorbed into the broader concept of unconditionality. Furthermore, Gallo equates direct effect with the justiciability of a norm, emphasizing that

enforceability is key to recognizing individual rights and enabling disapplication of conflicting national rules. On another issue, the book also asserts the idea that disapplication results not from the primacy principle alone but from its conjunction with direct effect. Otherwise, primacy might contradict the principle of conferred competences. Finally, Gallo identifies limits to primacy where its application could harm individual rights or conflict with national identity, as enshrined in Article 4(2) TEU. On the thorny issue of horizontal direct effect of unimplemented directives, the author courageously argues for a change in CJEU jurisprudence, grounded in the principle of legitimate expectations. His treatment of direct effect for international treaty norms is equally original, concluding that current restrictions are politically rather than legally motivated—supported by the growing practice of including non-direct effect clauses in international agreements, a trend Gallo questions legally.

5. One cannot align himself with the words of Gráinne de Búrca in the foreword of the book: Gallo's work constitutes a new reference point for scholars of EU law in understanding and interpreting the principle of direct effect. Beyond its vast bibliography, what sets this book apart is its theoretical reorganization of a principle that is central to the legal order of the Union and to the success of European integration itself. Gallo convincingly argues for the dynamic nature of direct effect and shows how its concept has been shaped and reshaped by decades of jurisprudence. He rightly warns that a minimalist or confused interpretation of this principle might jeopardize both the spirit and objectives of the European legal order and of the integration process. *Direct Effect in EU Law* is an outstanding scholarly achievement that deepens our understanding of a complex topic and will undoubtedly influence both academic debate and judicial reasoning in the years to come.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

SERGIO MARIA CARBONE - Professore emerito di Diritto dell'Unione europea,
Università degli Studi di Genova

FEDERICO CASOLARI - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea,
Alma Mater Studiorum Università di Bologna

GIANLUCA CONTALDI - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea,
Università degli Studi di Macerata

EMANUELE FAZIO - Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Scuola
Superiore Sant'Anna di Pisa

DANIELE GALLO - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Luiss
Guido Carli di Roma

COSTANZA HONORATI - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea,
Università degli Studi di Milano-Bicocca

MIRIANA LANOTTE - Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea,
Alma Mater Studiorum Università di Bologna

LUIGI LONARDO - Lecturer in EU Law, University College Cork

SIMONE MARINAI - Professore associato di Diritto dell'Unione europea,
Università di Pisa

ALESSANDRO MASSOLO - Ricercatore, Centro Franco Fontana Luiss

MICHELE MESSINA - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea,
Università degli Studi di Messina

BENEDETTA MINUCCI - Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

FRANCESCO MUNARI - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova

VINCENZO OMAGGIO - Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

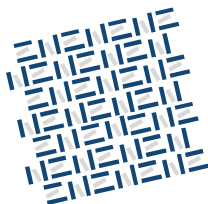
LORENZO FEDERICO PACE - Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi del Molise

ORNELLA PORCHIA - Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino - già Presidente di sezione del Tribunale dell'Unione europea

ALESSANDRO ROSANÒ - RTT in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Parma

ANTONELLO SCHETTINO – Funzionario, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

“Unione europea e Diritti” intende promuovere e rafforzare, nell’ambito del diritto dell’Unione europea, la ricerca, il dibattito, la divulgazione e la formazione dei giovani studiosi attraverso la pubblicazione di lavori scientifici. La Rivista si impegna a far conoscere l’ordinamento dell’Unione e i suoi valori e a sostenere, con spirito critico, la loro diffusione e rilevanza nel quadro di un confronto dottrinale ampio e inclusivo. Essa mira inoltre a creare e mantenere, tra coloro che vi collaborano a vario titolo, una Comunità scientifica aperta e pluralistica, impegnata ad offrire il suo contributo al processo d’integrazione europea e alla centralità della tutela dei diritti.



unione europea
e diritti