

RIVISTA DELLA

Regolazione dei **mercati**

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2023

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Laura Ammannati,
Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile,
Margherita Ramajoli

Comitato direttivo

C. Buzzacchi, E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, F. Ghezzi,
B. Marchetti, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbati,
L.A. Bianchi, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella, S. Cassese,
R. Cavallo Perin, G. Della Cananea,
G. De Nova, D. de Pretis, E. Ferrari,
G.F. Ferrari, M. Libertini, M. Maresca,
G. Morbidelli, G. Napolitano, G. Olivieri,
M. Orlandi, A. Pericu, G. Pericu,
A. Police, G.M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Scarpelli, F. Sclafani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

L. Belviso, A. Candido, V. Gioffré,
S. Lucattini, A. Marra (coordinatore)
B. Rabai

Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati

Editoriale

**La proposta di riforma del mercato
dell'energia elettrica dell'Unione europea**
di Filippo Donati

2

SAGGI

**L'amministrare pubblico per finanziamenti nel-
l'opera di Giuseppe Pericu: su alcune questioni
di teoria generale in una disamina di settore**
di Roberto Cavallo Perin

11

**L'ira d'Europa per l'I.R.A. d'America. Ovvero
alcune considerazioni su aiuti di stato e green
industrial policy da ambo i lati dell'Oceano**
di Luca Galli

21

**Le politiche di decarbonizzazione statunitensi
tra il Green New Deal e la giurisprudenza del-
la Corte Suprema**
di Barbara Marchetti

56

COMMENTI

**Le subconcessioni "oil" e "non-oil": natura
giuridica e aspetti sostanziali**
di Marcello Clarich

73

**La Corte costituzionale tra Lexitor e un legi-
slatore frettoloso: deferenza o dialogo?**
di Francesco Munari

81

**Dopo Lexitor, i "chiaroscuri" della sentenza
n. 263/2022 della Corte costituzionale**
di Andrea Morrone e Beatrice Sboro

104

**Oltre i confini del diritto degli aiuti di Stato: il
Regolamento (UE) 2022/2560 relativo alle sov-
venzioni estere distorsive del mercato interno**
di Alessandro Rosanò

122

**La corsa al sostegno della transizione ener-
getica: verso una nuova politica industriale
europea?**
di Stefano Saluzzo

149

**Il Tribunale dell'Unione europea annulla la
decisione di assoggettamento ad amministra-
zione straordinaria adottata dalla BCE nei
confronti di Banca Carige**
di Marco Lonardi

173

**Il principio "do no significant harm" come
strumento strategico. La nozione di "attività
economica sostenibile" e le prospettive di
innovazione nei contratti pubblici**
di Matteo Pignatti

195

**Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi
della nuova riforma dei contratti pubblici**
di Giorgio Vercillo

229



EDITORIALE

La proposta di riforma del mercato dell'energia elettrica dell'Unione europea

The proposal for a reform of the EU electricity market

di **Filippo Donati***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il nuovo Market design. – 3. Profili di criticità. – 4. Le prospettive. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il drammatico aumento dei prezzi dell'elettricità che è seguito all'invasione russa dell'Ucraina nel febbraio 2022 e al conseguente taglio delle forniture di gas all'Europa, ha evidenziato la necessità di superare le attuali inefficienze del sistema di formazione dei prezzi nel mercato elettrico, basato com'è noto sul sistema dell'ordine di merito¹.

Nel maggio 2022, la Commissione ha presentato il piano REPowerEU², volto ad eliminare gradualmente le importazioni russe di combustibili fossili, diversificare le forniture, aumentare il risparmio energetico e accelerare la

* Professore ordinario di diritto Costituzionale nell'Università di Firenze.

¹ Tale sistema si basa sull'utilizzo in via prioritaria delle centrali che hanno un minor costo marginale. Nelle borse elettriche, è l'offerta più costosa dell'ultima centrale elettrica necessaria per soddisfare la domanda quella che definisce il prezzo di scambio dell'energia. Le centrali a gas, che generalmente hanno costi marginali superiori a quelli delle centrali alimentate da fonti rinnovabili, sono ancora oggi fondamentali per assicurare il bilanciamento del sistema, soprattutto nei periodi in cui diminuisce l'energia prodotta dalle fonti rinnovabili per carenza di illuminazione o di vento. Un'impennata del prezzo del gas, come quella conseguente alla guerra in Ucraina, comporta quindi una corrispondente impennata dei prezzi dell'energia, con extraprofiti per alcune imprese (quelle che producono a prezzi più bassi) e oneri eccessivi per i consumatori, costretti a corrispondere un prezzo superiore al costo medio dell'energia prodotta.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Piano REPowerEU [SWD (2022) 230 final]. Le misure contenute nel piano REPowerEU mirano al risparmio energetico, alla diversificazione dell'approvvigionamento energetico e a una più rapida diffusione delle energie rinnovabili. Sulle opzioni per fronteggiare la crisi energetica conseguente alla guerra in Ucraina cfr. B. MCWILLIAMS-G. SGARAVATTI-S. TAGLIAPIETRA-G. ZACHMANN, *A grand bargain to steer through the European Union's energy crisis*, Policy Contribution 14/2022, Bruegel, https://www.bruegel.org/sites/default/files/2022-09/PC%2014%202022_3.pdf; C. HEUSSAFF-S. TAGLIAPIETRA-G. ZACHMANN-J. ZETTELMEYER, *An assessment of Europe's options to reduce energy prices*, Policy Contribution 17/2022, Bruegel, <https://www.bruegel.org/sites/default/files/2022-09/PC%2017%202022.pdf>.

transizione verso l'energia pulita³. L'Unione europea ha poi adottato misure volte ad allentare la disciplina in materia di aiuti di Stato⁴, a favorire lo stoccaggio del gas⁵, a ridurre della domanda di gas⁶ e di elettricità⁷ a rendere più rapidi i processi di autorizzazione delle energie rinnovabili⁸ e regimi di limitazione dei prezzi per evitare utili straordinari sui mercati del gas e dell'elettricità⁹. Questi interventi hanno aiutato gli Stati membri a fronteggiare le conseguenze immediate della crisi energetica.

La crisi ha però reso evidente la necessità di ulteriori misure, idonee garantire i cittadini e le imprese contro i rischi di oscillazione dei prezzi dell'energia. Per tale motivo la presidente della Commissione europea, nel discorso sullo stato dell'Unione del 2022, ha annunciato la necessità di una riforma radicale del mercato dell'energia elettrica.

In questa prospettiva, la Commissione ha presentato il 14 marzo 2023 una proposta per un nuovo market design elettrico. La proposta, che mira a proteggere i consumatori dagli shock esterni dei prezzi e a garantire agli operatori segnali di prezzo a lungo termine che possano favorire gli investimenti nelle energie rinnovabili, è volta ad apportare varie modifiche al quadro normativo dell'Unione europea relativo all'assetto del mercato elettrico, attraverso due regolamenti¹⁰ che modificano varie disposizioni del Regolamento sul mercato

³ Il Piano "REPowerEU" ha trovato attuazione nel recente Regolamento UE 2023/435 del 27 febbraio 2023, con cui sono stati inseriti capitoli aggiuntivi ai Piani di ripresa e resilienza per gli investimenti in efficienza energetica, infrastrutture energetiche ed energie rinnovabili. Il 4 aprile 2023 la Commissione UE ha presentato gli orientamenti utili agli Stati membri per aggiornare i Piani nazionali di ripresa e resilienza e beneficiare dei fondi del REpowerEU.

⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione del 24 marzo 2022 su un *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina* (2022/C 131 I/01)", poi prorogata e modificata. Le misure introdotte comprendono aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e di pagamento o in altre forme, sostegno alla liquidità sotto forma di garanzie pubbliche su nuovi prestiti individuali concessi alle imprese, nonché sotto forma di tassi di interesse agevolati, aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e di pagamento o in altre forme. In argomento cfr. M. PREVIADELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato*, in *Eurojus*, 2022, 87 ss. nonché L. GALLI, *L'IRA d'Europa per l'I.R.A. d'America ovvero alcune considerazioni su aiuti di Stato e green industrial policy da ambo i lati dell'oceano*, in questa Rivista, 2023.

⁵ Regolamento (UE) 2022/1032 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 giugno 2022, che modifica i regolamenti (UE) 2017/1938 e (CE) n. 715/2009 per quanto riguarda lo stoccaggio del gas.

⁶ Regolamento (UE) 2022/1369 del Consiglio, del 5 agosto 2022, relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas.

⁷ Regolamento (UE) 2022/1854 del Consiglio, del 6 ottobre 2022, relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia.

⁸ Regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio, del 22 dicembre 2022, che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili.

⁹ Regolamento (UE) 2022/1854 del Consiglio, del 6 ottobre 2022, relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia.

¹⁰ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2019/943 e (UE) 2019/942 e le direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 per migliorare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione, Strasburgo, 14.3.2023, COM(2023) 148 final, e Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) n. 1227/2011 e (UE) 2019/942 per migliorare la protezione dell'Unione dalla manipolazione del mercato nel mercato dell'energia all'ingrosso, Strasburgo, 14.3.2023, COM(2023) 147 final. La base giuridica di entrambe le proposte è l'art. 4(2) TFUE, che attribuisce all'Unione europea una competenza concorrente nel settore dell'energia, e l'art. 194 (2), TFUE, che permette all'Unione di adottare misure volte, tra l'altro, a garantire il funzionamento del mercato dell'energia, promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili.

elettrico¹¹, del Regolamento ACER¹², della direttiva sul mercato elettrico¹³ e della direttiva sulle energie rinnovabili¹⁴.

Il nuovo market design realizza davvero quella riforma radicale dell'assetto del mercato dell'energia elettrica che il discorso sullo stato dell'Unione lasciava presagire? La disciplina ivi prevista riuscirà a risolvere i principali problemi che discendono dall'attuale assetto del mercato elettrico? Per cercare di rispondere a questi interrogativi, occorre partire da un breve richiamo alle principali novità contenute nella proposta.

2. Il nuovo Market design

Per superare le attuali inefficienze del mercato elettrico, la riforma del market design confida principalmente sull'incentivazione di strumenti contrattuali a lungo termine, volti a favorire il disaccoppiamento tra il prezzo del gas e quello dell'energia e a garantire una maggiore stabilità di prezzi, necessaria per tutelare famiglie e imprese e per favorire lo sviluppo delle fonti rinnovabili.

Un ruolo centrale è affidato ai contratti bidirezionali per differenza (CfD) che, in prospettiva, saranno gli unici meccanismi per il supporto diretto ai prezzi delle energie rinnovabili nell'Unione europea. I CfD sono contratti finanziari stipulati tra un soggetto pubblico e un produttore di energie rinnovabili, che offrono una remunerazione garantita per un lungo periodo di tempo, generalmente 15-20 anni. I CfD sono assegnati attraverso procedure di gara indette per soddisfare una determinata quantità di energia rinnovabile e attribuiscono al detentore il diritto di cedere l'energia rinnovabile ad un prezzo predefinito (il prezzo di esercizio o strike price). Nei periodi in cui il prezzo di mercato (o prezzo di riferimento) è inferiore allo strike price, i detentori di CfD ricevono dallo stato la differenza tra i due prezzi. Nei periodi in cui il prezzo di riferimento è superiore allo strike price, i detentori di CfD devono invece restituire agli utenti la differenza tra i due prezzi. I CfD, garantendo la certezza dei prezzi di cessione dell'energia, potranno favorire la concessione dei finanziamenti necessari alla realizzazione di nuove centrali "pulite".

Il ricorso a contratti di acquisto di energia a lungo termine (PPA) può rivelarsi conveniente sia per i produttori di energie rinnovabili, che cercano la stabilità dei ricavi, sia per i grandi utilizzatori di energia, che hanno interesse ad evitare il rischio di oscillazione dei prezzi. Nonostante una crescita del volume del PPA nel 2021, il mercato rimane oggi sostanzialmente limitato a grandi imprese che possono offrire adeguate garanzie¹⁵. La proposta della Commis-

¹¹ Regolamento (UE) 2019/943 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sul mercato interno dell'energia elettrica.

¹² Regolamento (UE) 2019/942 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia.

¹³ Direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE.

¹⁴ Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

¹⁵ Cfr. Commission staff working document concerning the Reform of Electricity Market Design, p. 20.

sione prevede la possibilità per gli Stati membri di offrire garanzie per questo tipo di contratti, con l'obiettivo di ridurre il rischio per le parti e, conseguentemente, incoraggiarne la diffusione.

Importante potrà essere poi il ruolo dei meccanismi di capacità. Si tratta di regimi di sostegno nazionali volti a remunerare le centrali elettriche a combustibili fossili, destinate a rimanere in stand-by per intervenire solo quando è necessario fornire la capacità necessaria per fronteggiare la domanda. I sistemi di capacità, volti a remunerare le centrali per la disponibilità piuttosto che per la generazione, sono assegnati tramite aste competitive. Essi potranno permettere di conseguire la flessibilità necessaria a garantire il soddisfacimento della domanda quando diminuisce la produzione dalle fonti rinnovabili.

Il potenziamento del mercato dei contratti a termine, che in molti Stati membri presenta scarsa liquidità, mira ad attenuare il rischio di un'eccessiva volatilità dei prezzi. A tal fine verranno creati hub virtuali regionali, che permetteranno la formazione di prezzi di riferimento regionali, per limitare la frammentazione del mercato e ovviare alla scarsa liquidità registrata in molte zone di offerta. La proposta prevede altresì misure volte ad adeguare i mercati infragiornalieri per integrarvi le tecnologie delle energie rinnovabili variabili, come la solare e l'eolica, e le componenti della gestione della domanda e dello stoccaggio.

Al fine promuovere la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili offshore, è altresì prevista una garanzia di disponibilità della capacità di trasmissione. Se la disponibilità di capacità di trasmissione si riducesse al punto di non permettere l'accesso al mercato dell'intera produzione di energia dell'impianto progetto offshore, il gestore del sistema di trasmissione potrà indennizzare il produttore offshore attraverso una riallocazione della rendita di congestione.

La proposta della Commissione contiene anche nuove regole a tutela dei consumatori contro il rischio di oscillazione dei prezzi.

Gli utenti potranno scegliere tra contratti a lungo termine a prezzi fissi, se vogliono proteggersi dalla volatilità dei prezzi, oppure contratti a prezzo dinamico, se desiderano approfittare della variabilità dei prezzi per utilizzare l'energia elettrica quando è meno costosa (ad esempio, ricaricare auto elettriche o utilizzare pompe di calore). Nelle situazioni di crisi, gli Stati membri potranno fissare prezzi al dettaglio regolamentati per le famiglie e le PMI. È altresì previsto il divieto di interrompere la fornitura di energia elettrica ai clienti vulnerabili in situazione di morosità.

I consumatori potranno infine condividere direttamente le energie rinnovabili, senza la necessità di creare comunità energetiche. Una maggiore condivisione dell'energia può infatti migliorare l'uso delle energie rinnovabili a basso costo e fornire un maggiore accesso al loro uso diretto a consumatori che altrimenti potrebbero non averlo. Gli Stati membri dovranno infine assicurare la fornitura ai consumatori di sistemi di misurazione intelligenti per poter partecipare attivamente ai mercati dell'energia elettrica e apportarvi la propria flessibilità.

3. Profili di criticità

La proposta della Commissione presenta, accanto ai molti aspetti positivi, alcuni profili di criticità con riguardo sia alle disposizioni a tutela dei consumatori sia a quelle che mirano a promuovere gli investimenti nelle fonti rinnovabili.

Ciò vale innanzi tutto per le previsioni che impongono ai grandi fornitori di offrire ai propri clienti contratti a lungo termine a prezzo fisso, in modo da proteggerli in caso di oscillazioni dei prezzi dell'energia. Con la stipula di questo tipo di contratti le imprese fornitrici di energia, a fronte dei rischi inerenti al possibile aumento del prezzo all'ingrosso dell'energia nel periodo contrattuale, potranno beneficiare dei vantaggi in ipotesi derivanti da una discesa dei prezzi all'ingrosso. Tale possibilità verrebbe però meno se agli utenti fosse consentito, in base all'andamento dei prezzi dell'energia, recedere anticipatamente dal contratto, senza il pagamento di penali, e stipulare nuovi contratti a lungo termine a condizioni più favorevoli. Tale possibilità potrebbe dunque diminuire la convenienza delle imprese a sottoscrivere contratti di fornitura di energia di lunga durata a prezzi fissi. Il problema di come adeguatamente bilanciare la protezione dei consumatori con gli impegni a lungo termine assunti dalle imprese fornitrici di energia non può quindi essere trascurato.

Il divieto di disconnettere i clienti vulnerabili che versano in stato di morosità, di per sé del tutto ragionevole, può risultare troppo rigido per gli Stati che definiscono in maniera troppo ampia la platea dei clienti vulnerabili. In Italia, ad esempio, sono considerate vulnerabili tutte le persone sopra i 75 anni, indipendentemente dall'effettivo stato di bisogno ¹⁶.

I CfD sono senz'altro idonei a promuovere la realizzazione di nuove centrali di produzione di energia da fonti rinnovabili, perché assicurano una rendita fissa agli investimenti, facilitandone il finanziamento. Il principale rischio legato alla diffusione di questo tipo di supporto alle rinnovabili dipende tuttavia dalla possibilità che, nel tempo, il prezzo di esercizio possa rivelarsi troppo alto rispetto all'evoluzione dei prezzi di mercato. In tal caso, il rischio legato alle oscillazioni dei prezzi finirebbe per gravare sulle bollette degli utenti.

Il successo dei PPA dipenderà dal livello delle garanzie eventualmente prestate dallo Stato. Senza adeguati supporti pubblici, infatti, soltanto le grandi imprese potranno fornire le necessarie garanzie contro il rischio di inadempienza, mentre gran parte delle medie e piccole imprese potrebbero rimanere escluse dalla possibilità di ricorrere a questo tipo di contratti. Inoltre, nel breve termine i PPA finirebbero per riflettere l'aumento che nell'ultimo periodo ha caratterizzato i prezzi dell'energia e l'attuale tendenza dell'inflazione. Con la conseguenza che, paradossalmente, i PPA potrebbero fissare prezzi dell'energia superiori ai prezzi spot di mercato.

I meccanismi di capacità, indispensabili per rendere il sistema più flessibile, potrebbero infine avere l'effetto di mantenere in vita centrali ormai obsolete e inquinanti, solo perché necessarie per la sicurezza dell'approvvigionamento. Questi

¹⁶ Cfr. l'art. 11 del d.lgs. n. 210/2021, attuazione della direttiva UE 2019/944, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, nonché recante disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento UE 943/2019 sul mercato interno dell'energia elettrica e del regolamento UE 941/2019 sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2005/89/CE.

sussidi potrebbero inoltre avere effetti anticoncorrenziali e rallentare l'adozione di soluzioni alternative per rendere il sistema più flessibile, come ad esempio lo stoccaggio o l'adozione di nuove tecniche di distribuzione dell'energia.

I profili di criticità sopra richiamati saranno verosimilmente oggetto di un approfondito esame nel corso del procedimento legislativo appena avviato.

4. Le prospettive

La forte spinta alla decarbonizzazione impressa dal Green Deal¹⁷ è stata accelerata dalla legge europea sul clima¹⁸ e dal pacchetto "Fit for 55"¹⁹, che include la proposta di revisione della direttiva Rinnovabili (RED II) volta ad aumentare dal 32% al 38-40 % l'obiettivo di quota di energia rinnovabile da raggiungere entro il 2030²⁰. La politica europea per l'azzeramento delle emissioni nette, che ha trovato un'ulteriore spinta nel piano REPowerEU²¹ e nella proposta del nuovo market design, richiederà ulteriori interventi volti a promuovere i necessari investimenti sulle infrastrutture e ad adeguare il quadro normativo in materia, come evidenziato dalla Commissione nel recente Piano per il raggiungimento della neutralità climatica²².

Le nuove figure del consumatore-produttore (prosumer) e delle comunità energetiche, previste dalle direttive 2018/2001 e 2019/944, svolgeranno verosimilmente un importante ruolo nella transizione energetica²³. La diffusione del ricorso all'autoproduzione di energia attraverso piccoli impianti solari o eo-

¹⁷ Comunicazione della Commissione dell'11 novembre 2019 – Il Green Deal europeo (COM(2019) 640 final). Sulla politica europea di decarbonizzazione avviata con il Green Deal cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 415 ss.; E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, ivi, 468 ss.; ID., *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in 59 *CML Rev.* 19 (2022); F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in questa Rivista, 2022, 13 ss.

¹⁸ Regolamento Ue 2021/1119 del 30 giugno 2021.

¹⁹ Al riguardo cfr. G. CAVALIER-B. CELATI-S. FRANCA-M. GANDIGLIO-A.R. GERMANI-A. GIORGI E G. SCARANO, *Il "Fit for 55" unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in questa Rivista, 2022, 409 ss.

²⁰ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva n. 98/70/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio, COM/2021/557 final.

²¹ Al riguardo cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in questa Rivista, 2022, 3 ss.

²² Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette, COM(2023) 62 final, spec. Pagg. 7 ss. Sull'impatto del REPower EU e del nuovo market design sul mercato elettrico e sull'esigenza di nuovi interventi normativi cfr. G. ZACHMANN-C. HEUSSAFF, *Phased European Union electricity market reform*, Policy Brief 06/2023, Bruegel, 2023, https://www.bruegel.org/sites/default/files/2023-03/PB%2006%202023_4.pdf.

²³ Cfr. J.G.L. CORDOVA-K. BYTTEBIER-Y.D. TRIANA, *Decentralized Energy Generation for Sustainable Energy Development in EU* [pre-publication], (2023), 32, *European Energy and Environmental Law Review*, Issue 4, pp. 1 ss.

lici e lo sviluppo di comunità energetiche che producono e consumano elettricità a livello locale, tuttavia, non saranno sufficienti ad evitare la necessità di massicci investimenti sulla rete di trasporto e di distribuzione dell'energia.

Il modello tradizionale, basato su poche centrali che producono una grande quantità di energia elettrica, su grandi reti di trasporto ad alta tensione, sotto-stazioni di trasformazione e reti di distribuzione, sta infatti diventando rapidamente obsoleto sotto la spinta di molteplici fattori.

I grandi impianti alimentati da combustibili fossili, che ad oggi forniscono circa il 60% dell'energia trasportata, saranno progressivamente sostituite da numerose centrali alimentate da fonti rinnovabili, ubicate anche in aree periferiche, lontane da quelle oggi raggiunte dalla rete. Di qui la necessità di incentivare la realizzazione non solo delle nuove centrali alimentate da fonti rinnovabili ma anche dei necessari collegamenti alla rete. Il regolamento (UE) 2022/2577, adottato dalla Commissione per fronteggiare la crisi energetica conseguente alla guerra ucraina²⁴, considera "la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, la loro connessione alla rete, la rete stessa, gli impianti di stoccaggio" come opere d'interesse pubblico prevalente. Il regolamento detta poi nuove regole, volte ad accelerare le procedure autorizzative per i progetti di energia rinnovabile e la relativa infrastruttura di rete necessaria per integrare le energie rinnovabili nel sistema. Disposizioni del genere rivestono carattere fondamentale per assicurare il successo degli obiettivi di decarbonizzazione. La realizzazione di Ultranet, una serie di cavi ad alta tensione necessaria a collegare un nuovo parco eolico nel mare del nord con un'area industriale tedesca, ad esempio, richiederebbe il rilascio di circa 13.500 differenti permessi²⁵. Le nuove regole di semplificazione, però, sono di prossima scadenza²⁶. In considerazione degli obiettivi a medio e lungo termine imposti dal Green deal, pertanto, il periodo di validità delle disposizioni volte ad accelerare le procedure autorizzative dovrà, verosimilmente, essere esteso²⁷.

Un altro problema discende dal fatto che le fonti rinnovabili non producono con continuità. Per eliminare gradualmente le centrali alimentate da combustibili fossili, pertanto, si renderà necessario incentivare la realizzazione di nuove centrali di stoccaggio dell'energia prodotta da fonti rinnovabili. L'impiego di batterie potrebbe in ipotesi garantire nel breve periodo il bilanciamento tra domanda e offerta di energia. Sarebbe però difficile e comunque eccessivamente costoso utilizzare batterie per immagazzinare tutta l'energia necessaria a soddisfare la domanda nei periodi (tipicamente quelli invernali) in cui le centrali rinnovabili hanno una produzione più bassa per la minore disponibilità di vento e di illuminazione. Neppure le centrali idroelettriche a pompaggio, che utilizzano l'elettricità prodotta in eccesso di notte, o nei momenti di minore

²⁴ Cfr. il Regolamento (UE) 2022/2577 del Consiglio del 22 dicembre 2022 che istituisce il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili.

²⁵ Cfr. *Connection queues. Hurry up and wait*, in *Economist*, 8 april 2023.

²⁶ L'art. 10 del Regolamento (UE) 2022/2577 stabilisce che le misure ivi previste hanno applicazione sino al giugno 2023.

²⁷ L'art. 9 del Regolamento (UE) 2022/2577 prevede che "entro il 31 dicembre 2023 la Commissione riesamina il presente regolamento in vista dell'evoluzione della sicurezza dell'approvvigionamento e dei prezzi dell'energia e della necessità di accelerare ulteriormente la diffusione delle energie rinnovabili. Essa presenta al Consiglio una relazione sulle conclusioni principali del riesame. Sulla base della relazione la Commissione può proporre di prorogare la validità del presente regolamento".

domanda, per riempire un vaso idroelettrico e generare elettricità quando richiesto, possono permettere di risolvere in maniera definitiva le esigenze di bilanciamento del sistema. È quindi diffusa l'idea che, in futuro, sarà l'idrogeno verde a poter offrire una efficace risposta al problema. L'idrogeno, prodotto attraverso l'elettrolisi, potrebbe essere immagazzinato e utilizzato, quando necessario, come fonte di energia pulita per il bilanciamento del sistema. Questa soluzione, se risultasse tecnicamente possibile, richiederebbe ovviamente consistenti investimenti.

La progressiva elettrificazione di beni e impianti tradizionalmente alimentati da fonti fossili, in particolare auto e impianti di riscaldamento, chiamerà infine le reti a fornire una quantità sempre maggiore di energia. L'elettricità, che oggi copre circa il 20% del consumo totale, sarà in futuro la fonte principale di energia. Di qui la necessità di rivedere l'architettura della rete elettrica, velocizzare gli allacciamenti degli impianti anche da località remote, favorire l'integrazione e l'ottimizzazione dell'uso di risorse decentralizzate, e una maggiore flessibilità dal lato della domanda, attraverso un maggiore impegno delle tecnologie informatiche, e realizzare nuovi e innovativi sistemi di stoccaggio.

Secondo l'Agenzia internazionale per l'energia, gli investimenti annuali nelle infrastrutture e nelle tecnologie del settore energetico dovranno aumentare dal livello attuale di oltre 1 trilione di dollari a 4 trilioni di dollari entro il 2030 per raggiungere l'obiettivo dell'azzeramento delle emissioni nette entro il 2050²⁸. Di qui l'esigenza di un nuovo quadro normativo, volto a consentire l'adeguamento delle infrastrutture di rete per soddisfare le nuove esigenze derivanti dal progressivo abbandono delle tradizionali centrali a combustibili fossili.

5. Considerazioni conclusive

Occorre adesso tornare alle domande iniziali.

La nuova disciplina contenuta nella proposta della Commissione, in parte anticipata dal nostro legislatore²⁹, contiene molti aspetti positivi. Se la riforma verrà approvata, i consumatori potranno beneficiare di una maggiore protezione, grazie al riconoscimento di nuovi diritti e della possibilità di scegliere tra contratti a prezzo dinamico ovvero contratti di lunga durata a prezzo fisso, idonei a disaccoppiare le bollette dell'elettricità dal prezzo del gas. Entreranno poi in vigore nuove misure di sostegno alla stabilità dei prezzi, tra cui la promozione dei PPA, dei CfD e lo sviluppo di nuovi mercati delle contrattazioni a termine. La proposta di riforma, in sostanza, potrà offrire alle famiglie e alle imprese maggiori garanzie contro il rischio di oscillazioni dei prezzi dell'energia nei periodi di crisi e, allo stesso tempo, incentivare lo sviluppo delle centrali alimentate da fonti rinnovabili.

²⁸ Cfr. International Energy Agency, *Net Zero by 2050. A Roadmap for the Global Energy Sector*, in <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>.

²⁹ Cfr. l'art. 28 del d.lgs. n. 199 del 2021 (attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili), che contiene varie misure volte ad agevolare l'avvio di un mercato delle contrattazioni di lungo termine di energia rinnovabile, nonché a promuovere l'acquisto di energia elettrica a lungo termine prodotta da impianti a fonti rinnovabili da parte degli enti del settore pubblico.

La proposta presenta tuttavia alcuni limiti, che non possono essere sottovalutati.

Un primo limite è collegato al fattore tempo. La proposta della Commissione dovrà essere discussa e approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo il procedimento legislativo ordinario. La Commissione auspica che la riforma verrà trattata in via prioritaria e approvata in tempi brevi. Ma la durata media della procedura legislativa ordinaria si attesta attorno ai 17 mesi e, oltretutto, nel giugno del 2024 si terranno le elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo. È dunque probabile che la riforma non verrà approvata in tempi brevi e che, al momento della sua entrata in vigore, vi saranno ulteriori esigenze di cui il legislatore europeo sarà chiamato a farsi carico.

Un secondo limite discende dai profili di criticità sollevati da alcune delle disposizioni contenute nella proposta di riforma, che dovranno essere affrontati dal Parlamento e dal Consiglio nel corso dell'iter legislativo.

Un terzo limite dipende infine dall'oggetto della riforma. La proposta della Commissione è importante per garantire la stabilità dei mercati nei periodi di crisi e per sostenere lo sviluppo delle fonti rinnovabili. Essa, tuttavia, ha un oggetto limitato e non realizza quel riassetto complessivo del mercato dell'energia elettrica che il discorso sullo stato dell'Unione del 2022 lasciava presagire. In effetti, sarà proprio la spinta a ridurre la nostra dipendenza dai combustibili fossili a richiedere ulteriori interventi del legislatore europeo per favorire gli investimenti necessari alla realizzazione di un nuovo sistema di produzione, trasporto, stoccaggio e distribuzione dell'elettricità, idoneo a garantire gli sfidanti obiettivi di decarbonizzazione che l'Unione europea intende perseguire.

L'amministrare pubblico per finanziamenti nell'opera di Giuseppe Pericu: su alcune questioni di teoria generale in una disamina di settore

Public administration by funding in the work of Giuseppe Pericu: on some issues of general theory in an examination of the field

di Roberto Cavallo Perin*

ABSTRACT

L'articolo tratta della sovvenzione amministrativa quale provvedimento amministrativo, ove il trasferimento di denaro configura un diritto di credito del beneficiario e la causa dell'atto, l'incentivazione, consentono una qualificazione quale strumento di effettività di situazioni giuridiche soggettive tutelate costituzionalmente.

The article deals with the administrative subsidy as an administrative measure, where the transfer of money configures a credit right of the beneficiary and the cause of the act, the incentive, allows it to be qualified as an instrument of effectiveness of constitutionally protected subjective legal situations.

SOMMARIO: 1. La sovvenzione tra gli atti giuridici. – 2. La sovvenzione come provvedimento amministrativo. – 3. Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato. – 4. Differenze tra sovvenzioni, concessioni, ammissioni, accertamenti. – 5. Il controlimito delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni.

1. La sovvenzione tra gli atti giuridici

Nell'attività finanziaria disciplinata da norme nazionali, sovranazionali e internazionali si possono ritrovare una quantità rilevante di atti giuridici la cui efficacia ed effetti definiscono vicende giuridiche finanziarie¹. Molti atti sono di-

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi di Torino.

¹ Per i finanziamenti alle attività produttive si veda: G. BOTTINO, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, in L. FERRARA-D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, p. 217 ss.; nonché G. CORSO, *Splendori*

disciplinati dal diritto, dal mutuo, al conto corrente, agli altri contratti bancari o assicurativi, all'ormai non più recente *leasing*, sino agli *swap* e ai c.d. prodotti derivati, per non trattare dell'utilizzazione atipica di altri contratti che in particolari circostanze possono realizzare effetti di finanziamento di una o più attività.

Di non minore rilievo sono gli atti disciplinati dal diritto pubblico a cominciare dai titoli annuali o pluriennali rappresentativi del debito pubblico dell'Unione europea, degli Stati membri, o di parti di esso, tra cui in Italia hanno avuto una certa notorietà quelli dei comuni, sino alle varie forme di bancoposta che finanziano la nostra Cassa Depositi e Prestiti², al credito agevolato, o alle riduzioni o esenzioni tributarie o tariffarie, ai "prestiti" dell'Ue agli Stati membri, in genere ogni tipo di finanziamento con restituzione o a fondo perduto.

In questa molteplicità di atti un giovane Giuseppe Pericu (mio professore del collegio di dottorato 2° ciclo) indica con estrema precisione le sovvenzioni, distinguendole dagli atti di diritto privato, da quelli a prestazioni corrispettive, da quelli che sono riduzioni o esenzioni tributarie e indicandole come una categoria a sé di provvedimento amministrativo, che perciò si distingue dagli atti di accertamento (che negozi non sono), ma che si distinguono come provvedimenti dalle concessioni di beni o di servizi, dalle ammissioni.

L'intuizione e l'argomentazione sono state di grande interesse. Basti pensare che l'amministrare pubblico per finanziamenti è stata l'oggetto dei vari sistemi keynesiani nazionali e delle relazioni internazionali del secondo dopoguerra³, uno dei principali strumenti non solo delle politiche economiche e industriali e della supremazia della politica sull'economia, ma in genere strumento principe delle politiche di promozione dei diritti sociali, che ha retto – come strumento a largo spettro – le politiche di riequilibrio dei territori (prima il mezzogiorno, poi le aree svantaggiate; art. 119 Cost.; art. 107 TFUE), il pluralismo dei prestatori di servizi sociali (artt. 34 e 33, art. 38 Cost.; art. 118, u.c., Cost.), che non ultimo è stato oggetto della disciplina costitutiva del Mercato comune e poi dell'Unione europea, di cui solo la più nota è quella sul divieto di aiuti alle imprese (art. 107, TFUE).

Una fortuna dell'intuizione e dell'argomentazione che pare ritornare d'interesse proprio in questi due ultimi anni che vedono – come in tutte le vicende storiche – il venire meno della forza propulsiva di quelle politiche economiche che erano state avviate nei primi anni 80' con la *Reganomics*⁴ e poi irraggiatesi in tutto il mondo (seppure anticipate dal governo di M. Thatcher per il Regno Unito, in Cile da quello di A. Pinochet) e ispirate ai modelli teorici di Friedrich A. von Hayek e Milton Friedman.

Si vede proprio in questi anni ritornare l'amministrare pubblico per finanziamenti come politica di attualità, con una spinta potente che chiede – proprio in questi giorni – di riscrivere i limiti ritenuti angusti del divieto di aiuti alle imprese degli Stati membri, aprendo spazi che si ritenevano ormai chiusi per

e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., p. 593 ss.

² Su cui Corte di Giustizia, 3 marzo 2021, C-434/19 e C-435/19; Cass. Civ., III, 23 maggio 2019, n. 14080.

³ *European Recovery Program*, 1948, ("Piano Marshall"), con finanziamenti di circa 17 miliardi di dollari.

⁴ C. FED BERGSTEN, *The International Implications of Reaganomics*, J.C.B. Mohr, 1982.

le sovvenzioni e gli altri strumenti che rientrano nella più ampia nozione di aiuto⁵.

Si tratta di larga parte della storia d'Italia, che ha inteso studiare quella disciplina che per scelta politica ha inteso favorire alcuni, alterando in tale modo la risultanza delle forze sociali in campo, sia in ambito nazionale sia nei rapporti internazionali, allo scopo di realizzare rilevanti trasformazioni in Italia.

2. La sovvenzione come provvedimento amministrativo

L'intuizione e l'elaborazione che si ricava dalla monografia⁶ – se ho compreso e con gli adattamenti necessari a distanza di 50 anni – chiarisce che le sovvenzioni sono provvedimenti di manifestazione di volontà pubblica, con le quali (il legislatore o) le pubbliche amministrazioni per “ragione politica” – dunque senza corrispettivo o contropartita, né spirito di liberalità – trasferiscono ai beneficiari danaro, o altri beni del patrimonio disponibile, assegnando a quest'ultimi un diritto soggettivo a tale bene. Ai finanziamenti si può provvedere con scelte operate in forma di legge, sia con scelte della pubblica amministrazione contenute in atti amministrativi anche normativi.

Si tratta di una definizione essenziale, cui la monografia perviene per gradi, liberando il pezzo grezzo da ogni confusione con altri strumenti giuridici, delimitando gli elementi essenziali o gli effetti giuridici, senza dogmatismi, a partire da questi e procedendo a ritroso, in una dovizia di particolari che può rendere impaziente il lettore, con quella precisione che contraddistingue molte opere giovani di un tempo, in cui la ragione giuridica è parte delle scienze, di quel positivismo scientifico che deve la verità a se medesimo, al proprio argomentare, utilizzando la dimostrazione come *ragione* di quel particolare ramo del sapere.

La sovvenzione è un atto amministrativo che ricava la sua definizione dal suo effetto giuridico prevalente, o causa giuridica: l'attribuzione gratuita, senz'obbligo di restituzione, di una somma di danaro o altro bene economicamente valutabile⁷. Atto amministrativo provvedimentale che non trova fonte in una convenzione⁸, anche se accordi preliminari lo possono precedere ma che non incidono sulla natura della sovvenzione⁹.

⁵ Per tutti da ultimo: A. TRAVI-E.B. LIBERATI-M. DE FOCATIIS, *Gli aiuti di Stato*, Cedam, Padova, 2021, p. 11 ss.

⁶ G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. I, vol. II, Giuffrè, Milano, 1967-1971.

⁷ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 108, ove cita: G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 220 ss.; diversamente V. OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di c.d. liberalità di enti pubblici*, V. Criscione e Figli, Ragusa, 1953, p. 25 ss., per la natura di accertamenti-ammissioni oppure di ammissioni-concessioni: S. D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, nota a Cons. Stato, VI, 22 maggio 1957, n. 350, in *Foro amm.*, I, Sez. III, 1957, p. 341 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico*, Napoli, 1964, p. 38.

⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 110 e 121.

⁹ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 122: qui anticipa l'art. 11, l. n. 241 del 1990, nella versione di accordo sostitutivo secondo una tesi che espliciterà molti anni dopo per le concessioni di servizio pubblico: G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Monduzzi editore, Bologna, 1993, p. 1555 ss.

Gli esempi sono ancora di attualità, oltre al naviglio militare o mercantile, si tratta di leggi autorizzative sull'agricoltura, sulla piccola e media industria, con il mezzogiorno appena accennato¹⁰.

Lo scopo – qui fine o causa dell'atto – è l'incentivazione: a) economica per insufficienza di sviluppo, carenze strutturali, deficienze d'iniziativa economica; b) non economica per sussidiare coloro che sono in situazioni di particolare disagio (calamità naturali).

È questa l'occasione in cui si utilizza la parola *aiuti* per assegni, premi, sussidi e contributi alle *Scuole non statali*¹¹ anticipando così il recente orientamento dell'Unione europea secondo il quale il riconoscimento di scuole che sottopone a restrizione la libertà di stabilimento è giustificato ove sia proporzionato all'obiettivo di consentire ai genitori di scegliere l'educazione dei loro figli in conformità alle loro convinzioni religiose¹².

Di rilievo è la categoria del negozio misto di cui la sovvenzione è un elemento causalmente rilevante: così l'aiuto su parte degli interessi (tasso agevolato) in un contratto di mutuo¹³; così il piano verde e il credito agrario o il misto con altro rapporto giuridico come per il gestore di servizi delle linee di navigazione¹⁴.

L'obbligazione al pagamento del debitore e il relativo diritto di credito del beneficiario sorgono dall'atto amministrativo di sovvenzione, che non opera il trasferimento del debito dal mutuatario allo Stato o all'ente pubblico, perché il debito non è l'oggetto dell'atto di sovvenzione¹⁵.

La sovvenzione è un arricchimento *con giusta causa*¹⁶, perciò si può ritenere che l'atto non necessiti di forma sacrale (atto pubblico) e ciò assume rilievo anche per affermare che – se, anche per l'ordinamento interno, l'annullamento della sovvenzione determina un indebito – la diversa configurazione di un finanziamento senza giusta causa (per annullamento della sovvenzione) consentirebbe al beneficiario di non restituire più l'intera somma ricevuta¹⁷.

Sempre sulla forma dell'atto l'autore ritiene che non si abbia *sovvenzione amministrativa* ove l'obbligazione al pagamento sia *ex lege*, cioè indichi direttamente il destinatario e gli altri elementi costitutivi del diritto di credito (artt. 1325, 1173, c.c.), poiché la volontà dell'amministrazione non interviene *costitutivamente* alla concessione del beneficio, ma si limita ad emanare l'atto esecutivo della legge, con liquidazione e semplice pagamento del contributo¹⁸.

¹⁰ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 112, 113, 114; in vol. II, 1971 che cita F. MERUSI, *La disciplina organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il mezzogiorno*, Giuffrè, Roma, 1968.

¹¹ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 115-116.

¹² Corte di Giustizia, 2 febbraio 2023, C-372/21, che afferma la rilevanza per l'ordinamento dell'Unione dell'attività economica d'insegnamento svolta da enti ecclesiastici e ribadisce la neutralità dello stesso sui rapporti tra Stati membri e confessioni religiose.

¹³ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 123, 125.

¹⁴ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 120, 124.

¹⁵ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 126.

¹⁶ G. GORLA, *Il Contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, su cui oltre alla distinzione tra promessa per interesse pubblico e al pubblico: pp. 147-149; l'autore indica le promesse che trovano giustificazione in cause *sufficient, reasonable, juste*, p. 177 ss.

¹⁷ Da ultimo M. MATTALIA, *I principi d'amministrazione pubblica in agricoltura tra libertà di circolazione, innovazione sociale e regolazione*, Esi, Napoli, 2019, p. 181 ss.

¹⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 129, 131.

A distanza di oltre 50 anni non è possibile escludere ancora dalle sovvenzioni amministrative le scelte d'amministrazione operate in forma di legge o altra fonte d'amministrazione, anche sovranazionale (non così per gli aiuti), recuperando quella dottrina dell'800 di A. Codacci Pisanelli¹⁹ e quella coeva a Pericu²⁰, che riuniscono in un'unica categoria le sovvenzioni che danno fondamento ad un diritto soggettivo di credito in legge con sindacato del giudice ordinario²¹, rispetto a quelle che in base ad essa (per Pericu autorizzate dalla legge) trovano fondamento (traslativo) nell'atto amministrativo, cioè per scelta concreta dell'amministrazione che è soggetta al sindacato del giudice amministrativo.

Certo appare ancora attuale la censura verso leggi d'amministrazione che – senza alcuna ragione costituzionale – violano in modo persistente il principio di una riserva d'amministrazione nella forma e nella sostanza, con scelte legislative che depotenziano o vanificano la tutela accordata dalla legge generale sull'attività amministrativa²².

3. Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato

Le sovvenzioni non sono donazioni – di cui gli enti pubblici manterrebbero la capacità²³ – per molto di quanto si è già implicitamente detto, ma anche per una ragione tutt'affatto speciale, poiché nella sovvenzione manca la sponta-

¹⁹ A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento* (1888), poi in *Scritti di diritto pubblico*, Tipografia dello Stabilimento S. Lapi, Città di Castello, 1900, p. 3 ss.

²⁰ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966; ID., voce *Regolamenti (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 601 ss.

²¹ Per giurisprudenza costante: Cass. civ., 23 ottobre 2018, n. 26877; Cass. civ., Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19806; Cass., Sez. Un., 25 luglio 2006, n. 16896; Cons. Stato, V, 9 giugno 2022, n. 4716; Cons. Stato, III, 20 febbraio 2019, n. 1198; Cons. Stato, VI, 14 aprile 2015, n. 1914; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, IV, 17 maggio 2012, n. 2834; Cons. Stato, V, 8 ottobre 2008, n. 4955; Cons. Stato, VI, 07 agosto 2007, n. 4373; Cons. Stato, VI, 25 marzo 1997, n. 508; Cons. Stato, V, 27 novembre 1987, n. 745.

²² Corte cost., 22 febbraio 1962, n. 13; da ultimo: Corte Cost., 19 maggio 2020, n. 116; Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, C-247/02; cfr. inoltre: Corte Cost., 22 ottobre 2019, n. 258; Corte Cost., 25 gennaio 2012, n. 20; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996; G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, III, 1986, p. 291 ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993; A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, p. gen., tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 345 ss.; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, vol. XIII, 2003, p. 1037 ss.; poi in F. BIGNAMI-S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 290 ss.; nonché cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, vol. XX, 2010, pp. 1136-1137; ID., *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 5, 2010, p. 1030; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2009; G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 138; D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, III ed., Giuffrè, Milano, 2018, p. 105 ss.

²³ G. PERICU, *Note in tema attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 67 e nt. 127.

neità: se le sovvenzioni sono previste dalla norma, la stessa conferisce il potere e congiuntamente il *dovere di sovvenzionare*²⁴.

Si riprende un'affermazione che è di conferma di una teoria generale²⁵, come capita di vedere affermato in molte opere ad oggetto speciale, che in realtà sono *banco di prova* per la conferma, per la critica, o l'elaborazione di nuove considerazioni di ordine generalissimo. Se c'è provvedimento amministrativo c'è doverosità del provvedere, con anticipazione del principio posto dalla legge sul procedimento amministrativo sull'obbligo di concludere il procedimento (art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241). L'autorizzazione legislativa attribuisce il potere ma radica nell'organo il dovere istituzionale di erogare beneficio, "poiché si vuole che la concessione in concreto avvenga". Sicché – seppure si tratti di un atto ad ampia discrezionalità – manca di quella libertà i cui caratteri sono propri solo dell'autonomia privata²⁶.

Un'idea teorica che individua come ragione istitutiva degli enti pubblici il dovere istituzionale di perseguire i fini pubblici attribuiti alla loro cura²⁷, che in Pericu assume un particolare significato ove si chiarisce che la doverosità è un carattere d'ordine generale, compatibile anche con quella categoria di provvedimenti amministrativi che è considerata ampiamente discrezionale, con una affermazione che nega in particolare ogni contrasto concettuale tra discrezionalità e doverosità dell'azione amministrativa²⁸.

In chiusura di argomentazione emerge la natura del giurista, che non dimentica che il diritto è scienza pratica, le cui prospettazioni teoriche trovano conferma o smentita nel buono o cattivo funzionamento delle istituzioni cui sono applicate, non meno del periodo di sperimentazione.

Qualificare le sovvenzioni come atti amministrativi presenta vantaggi pratici che giustificano di per sé soli la soluzione accolta²⁹: la maggior tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, con possibilità di adire il sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere, che statuisce sull'invalidità di un atto – annullandolo retroattivamente – sulla base di un'indagine "penetrante, quasi interiore, del comportamento procedimentale della pubblica amministrazione erogatrice"³⁰.

Si noti che in quel tempo il cittadino è sostanzialmente il beneficiario, non ancora l'appartenente alla categoria sociale, economica, che pur non avendo presentato domanda di sovvenzione gli possa venire riconosciuto un interesse legittimo a che siano osservati le regole di sovvenzione dei suoi competitori³¹.

²⁴ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 154.

²⁵ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 377 ss.; su cui amplius R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge* in *Dir. amm.*, 1, 2022, p. 119 ss.

²⁶ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 158-159.

²⁷ G. MIELE, *op. ult. cit.*, p. 377 ss.; per i servizi pubblici: M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1957; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, Milano, 1986; poi ALB. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 4, 1994, p. 499 ss.

²⁸ Cfr. le due diverse prospettazioni in G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit. e M.S. GIANNINI, *La discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1939.

²⁹ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 160.

³⁰ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 162.

³¹ Per tutti da ultimo: S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018; G. MANNUCCI, voce *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2018; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso*

La maggior tutela del cittadino non è intesa nel senso processuale di parità delle parti di alcuni anni più tardi, ma – direbbe Alberto Romano – si riferisce alla previa disciplina sostanziale dell'autonomia pubblica, ove la funzionalizzazione è elemento istituzionale costitutivo dell'esercizio dei pubblici poteri, che la distingue nettamente dall'autonomia privata e ancor prima dalle libertà di cui è espressione.

In particolare la proprietà privata, o l'iniziativa economica privata, oltre il limite radicale di un procedimento ablativo, sono libertà che – ove assurgano a attività di interesse economico generale – riescono a tollerare solo “obblighi di servizio pubblico” (art. 106, TFUE)³², ma che non giungono mai a configurare una funzionalizzazione delle scelte dell'imprenditore o del proprietario, ma definiscono una conformazione dell'attività che comunque egli intende spontaneamente svolgere ed a prescindere dai motivi egoistici o sociali che l'hanno indotto a svolgerla.

Anche nel servizio pubblico la funzionalizzazione all'interesse pubblico e relativo sindacato riguarda la non illogicità (eccesso di potere) delle scelte dell'amministrazione, tra fine di interesse pubblico in concreto assunto con l'atto d'assunzione e il programma che definisce i mezzi per perseguirli, non le scelte del gestore, il quale deve adempiere unicamente alla sua obbligazione verso gli utenti, definita dal programma di servizio pubblico.

Analogamente si può affermare che è proprio la diversa disciplina sostanziale degli atti nel diritto amministrativo e nel diritto civile a fondare la distinzione tra l'atto di sovvenzione e la donazione, essendo il secondo un atto di liberalità di cui non è possibile sindacare il rapporto tra il contenuto del contratto e il motivo voluto perseguire dal donante. Anche qualora si trattasse di un motivo lecito la correlazione tra contenuto e motivo del contratto non è sindacabile secondo la disciplina negoziale di diritto privato.

Al contrario per il diritto amministrativo ove è del tutto ordinario –attraverso il vizio di eccesso di potere– sindacare la correlazione mezzo fine.

Senonché la qualificazione delle sovvenzioni come atto amministrativo non è derivata dallo scopo di interesse pubblico come causa del provvedimento amministrativo, mentre nei negozi di diritto privato l'interesse della pubblica amministrazione può al più essere il motivo ulteriore che ha indotto questa a concludere il contratto³³.

La ragione è di teoria generale, poiché non è condivisa la tesi che sia possibile identificare la causa dell'atto amministrativo nell'interesse pubblico³⁴, poiché: a) l'interesse pubblico è fuori della struttura dell'atto amministrativo, sicché è inidoneo a fornire una sua delimitazione concettuale³⁵; b) la pubblica amministrazione persegue interessi pubblici anche con negozi di diritto privato³⁶; c) ora si può aggiungere anche con fatti giuridici come l'erogazione di servizi pubblici; d) la normale non funzionalizzazione del negozio di diritto pri-

(ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, vol. VIII, 1993, pp. 468 ss.; R. VILLATA, voce *Interesse ad agire (dir. proc. amm.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1.

³² Con la compensazione di un corrispettivo che talora rasenta il divieto di aiuti alle imprese.

³³ Si vedano le tesi ricordate di Ottaviano, Bodda, Acquarone, Cannada Bartoli, Pugliatti, in G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, *passim*.

³⁴ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, nt. 41 e spec. nt. 45, 165; è l'inerenza della causa ai negozi di diritto privato a negarne una corretta estensione all'atto amministrativo, *ivi*, p. 168.

³⁵ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 168.

³⁶ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 166.

vato che nega in radice un sindacato per qualsiasi “motivo”, sia esso di privato o di pubblico interesse.

4. Differenze tra sovvenzioni, concessioni, ammissioni, accertamenti

Se per altri alle sovvenzioni compete una *autorità* minore³⁷, si ribadisce che le sovvenzioni sono atto di allargamento della sfera giuridica del beneficiario, con attribuzione di una situazione giuridica favorevole nuova, di trasferimento di un diritto (di solito patrimoniale) dalla pubblica amministrazione al privato, di alienazione di diritti spettanti alla mano pubblica³⁸.

È criticata l'assimilazione delle sovvenzioni alle concessioni³⁹ e alle ammissioni. Se nelle prime la sfera giuridica del destinatario si arricchisce per entrambe di un diritto soggettivo⁴⁰, la differenza si coglie nella disciplina del bene che ne è l'oggetto possibile nell'una e nell'altra a differenziarle: nelle concessioni i beni riservati alla esclusiva titolarità di soggetti pubblici (demaniali o del patrimonio indisponibile), nella sovvenzione – stante l'effetto traslativo della titolarità – possono esserne l'oggetto solo i beni del patrimonio disponibile⁴¹.

Le sovvenzioni si distinguono dalle ammissioni ove l'effetto tipico delle prime è l'attribuzione di un beneficio (pecuniario o di altro genere), non un atto di legittimazione che ha come effetto giuridico l'assunzione del richiedente tra i soggetti che possono richiedere quel vantaggio⁴².

È normale vedere affermato che le ammissioni hanno come effetto l'assunzione del singolo in una particolare istituzione organizzazione, o semplicemente in una particolare categoria di persone, allo scopo di farlo partecipare di alcuni diritti o vantaggi o di alcuni servizi amministrativi⁴³.

Per Pericu nella sovvenzione e nella concessione è rilevante il trasferimento dei diritti della pubblica amministrazione ai beneficiari, non invece per le ammissioni, che non hanno tale carattere⁴⁴, ma l'immissione in una particolare istituzione organizzazione che nelle sovvenzioni manca.

La distinzione tra accertamenti e sovvenzioni è colta nel carattere dei primi che sono manifestazioni di conoscenza che producono conseguenze giuridiche che discendono direttamente dalla norma e sono al di fuori della disponibilità del titolare del potere⁴⁵, mentre le seconde restano tra i provvedimenti in

³⁷ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, cit., in quanto non si risolvono né in comandi, né in vincoli inderogabili per i destinatari, ma pongono sollecitazioni a comportamenti desiderati dall'amministrazione pubblica, come riflesso (o effetto) della preordinata vicenda giuridica (solitamente patrimoniale).

³⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 184, 185.

³⁹ Si vedano le tesi ricordate Amorth, Alessi, Cataldi, in G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, *passim*.

⁴⁰ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 186-187.

⁴¹ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 192-193.

⁴² G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 195-196, il riferimento è agli effetti e non all'efficacia tipica definita dalla legge.

⁴³ Si vedano le tesi di Azzano Bini in G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 260, *passim*.

⁴⁴ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, pp. 202, 205-207.

⁴⁵ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. I, p. 209.

senso proprio che si sostanziano in manifestazioni di volontà in cui è la volontà del soggetto a determinare gli effetti.

Sul piano critico si può affermare che oggi le concessioni amministrative non sempre hanno ad oggetto un bene che è parte del demanio o del patrimonio indisponibile della pubblica amministrazione, ove si ritenga – come appare preferibile – che l’oggetto possibile della concessione di servizio pubblico⁴⁶ sia la domanda che si è rivolta spontaneamente alla pubblica amministrazione in anni di gestione *diretta o indiretta* del servizio pubblico, mentre resta vero che di tale oggetto il concessionario non acquisisca mai la piena e libera disponibilità, dovendo conformarsi al programma di servizio pubblico, restituendo il bene concesso al termine della gestione.

Le sovvenzioni sono normalmente traslative di diritti soggettivi ad ottenere un bene che è un vantaggio *differenziale*, normalmente somme di danaro per le quali assumono rilevanza due diversi corpi normativi: la disciplina che l’amministrazione deve seguire per spendere sin dalla legge sulla contabilità di Stato, cui si aggiunge quella che regola la percezione del vantaggio da parte dei terzi beneficiari.

5. Il controlimite delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni

Nella disciplina sulla percezione delle sovvenzioni assume rilievo sia il divieto comunitario di aiuti alle imprese (art. 107, TFUE), sia la disciplina sui servizi di interesse generale (art. 106, TFUE), sia le regole sulla concorrenza, ma ancor più mi pare che ritornino con forza i principi e la disciplina costituzionale sui diritti e le altre posizioni soggettive costituzionalmente rilevanti, in ragione delle quali la disciplina sulle sovvenzioni va intesa anzitutto come “strumento giuridico” d’attuazione di precise norme costituzionali, di cui occorre ormai partitamente tenere conto⁴⁷.

Basti pensare alla recente disciplina dei *bonus* per la casa⁴⁸ o per le attività *green*, che rispettivamente si sostanziano in sovvenzioni oggetto del diritto all’abitazione (artt. 42, 47 Cost.) o per la tutela dell’ambiente (art. 9 Cost.) e con favore per uno sviluppo sostenibile (art. 41 Cost.)⁴⁹.

Ancora di più. Diritto allo studio, alla salute, all’assistenza sociale, all’abitazione, la tutela del risparmio, ecc., si ergono come tanti *controlimiti* del nostro dettato costituzionale ai vincoli anche di carattere sovranazionale di cui

⁴⁶ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *L’oggetto e gli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in G. PERICU-A. ROMANO-V. SPAGNOLO VIGORITA (a cura di), *La Concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 187 ss., presentato al convegno *La concessione di servizio pubblico*, organizzato dal prof. Alberto Romano unitamente al prof. Giuseppe Pericu, in S. Margherita Ligure 1993.

⁴⁷ Per tutti da ultimo: A. TRAVI, E.B. LIBERATI, M. De FOCATIIS, *Gli aiuti di Stato*, cit., p. 6 ss.

⁴⁸ AA.VV., *Superbonus e bonus edilizi*, Wolters Kluwer, 2022.

⁴⁹ K. BOSSELMANN, *De principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*, London, 2008, 64; T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 1, 2016, p. 43 ss.; A. MOLITERNI, *Posizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. diritti comparati*, 2, 2022, p. 395 ss.; S. PETRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l’evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Riv. Ibérica de direito*, 1, 2020, p. 133 ss.

non si vuole certo negare un – del pari – rilievo costituzionale (artt. 97 e 119, Cost.), ma che anch'essi necessitano di un bilanciamento.

Non mi riferisco ovviamente solo all'art. 34 Cost. o più in generale al principio di uguaglianza sostanziale, di cui alcuni articoli della legge generale sul procedimento amministrativo (art. 12, l. 241/1990, cit.) possono essere ritenuti d'attuazione, ma alla disciplina costituzionale di ogni diritto soggettivo o interesse legittimo che possa assumere le sovvenzioni, aventi ad oggetto non solo somme di danaro (es. *voucher*), come uno degli strumenti di effettività dei medesimi e dell'intero assetto costituzionale, comprensivo di tutte le sue articolazioni.

L'ira d'Europa per l'I.R.A. d'America Ovvero alcune considerazioni su aiuti di stato e *green industrial policy* da ambo i lati dell'Oceano

European reactions to the Inflation Reduction Act Some thoughts on state aids and green industrial policies from both sides of the ocean

di Luca Galli*

ABSTRACT

Con il presente contributo si pongono a raffronto le *green industrial policies* di Stati Uniti e Unione Europea, così da evidenziarne i sostanziali punti di contatto, quanto a contenuti e *ratio* ispiratrice. L'esito è quello di collocare tali politiche in un contesto di rinnovato intervento pubblico in economica, che può essere guardato con favore, se correttamente utilizzato, per guidare il mercato verso la lotta al cambiamento climatico, "scegliendo come vincitrici" le imprese e le tecnologie verdi e garantendo il necessario sostegno per una giusta transizione ecologica.

This paper compares the green industrial policies of the United States and the European Union to highlight their substantial points of contact in terms of content and inspiring logic. The outcome situates these policies in a context of renewed public intervention in the economy, which can be looked upon favorably, if correctly used, to guide the market towards the fight against climate change, choosing green companies and technologies "as winners" and guaranteeing the necessary support for a just ecological transition.

SOMMARIO: 1. La nascita dell'*Inflation Reduction Act*: tra timori concorrenziali e speranze ambientali. – 2. Il fu divieto di aiuti di stato nell'ordinamento europeo: l'equilibrio originario. – 2.1. Gli aiuti di stato nell'Europa "multi-crisi". – 3. L'intervento pubblico in economia nel sistema U.S.A. – 3.1. L'I.R.A. nella politica climatica statunitense. – 4. La politica climatica europea. – 4.1. Le recenti risposte europee all'I.R.A. – 5. Conclusioni: deglobalizzazione, mercato e clima.

* Ricercatore a t.d. di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano.

1. La nascita dell'*Inflation Reduction Act*: tra timori concorrenziali e speranze ambientali

«Il 16 agosto 2022, il Presidente Biden ha ratificato l'*Inflation Reduction Act* (I.R.A.)¹, facendo entrare in vigore la più significativa azione mai intrapresa dal Congresso, nella storia della nazione, in tema di energia rinnovabile e cambiamento climatico»². Con queste parole, la relazione di accompagnamento apre la descrizione di un intervento normativo capace di mobilitare circa 740 miliardi di dollari federali, di cui 369 destinati a supportare gli investimenti privati intesi ad assicurare la trasformazione sostenibile dell'industria, dell'economia e della società statunitense³.

Sebbene i contenuti finali si siano dimostrati meno ambiziosi rispetto a quelli dell'iniziale progetto presidenziale⁴, l'*Inflation Reduction Act* è quindi principalmente presentato come un punto di svolta nell'azione climatica degli Stati Uniti⁵, diretto a produrre una riduzione dei gas serra del 40% entro il 2030, nei confronti dei livelli del 2005, così da collocare nuovamente il Paese sulla giusta strada per il rispetto degli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi del 2015⁶.

D'altra parte, se l'impegno in materia ambientale resta innegabile, l'*Inflation Reduction Act* si presenta come un atto dal significato ben più ampio, volto prima di tutto a creare occupazione e a supportare le imprese nazionali, quindi

¹ Inflation Reduction Act of 2022, Pub. L. No. 117-169, 136 Stat. 1818 (16 agosto 2022).

² The White House, *Inflation Reduction Act Guidebook*, 2022, online: <https://www.whitehouse.gov/cleanenergy/inflation-reduction-act-guidebook/>.

³ Per una sintesi di questi numeri, vedasi United State Senate, *Summary: the Inflation Reduction Act of 2022*, online: www.democrats.senate.gov/imo/media/doc/inflation_reduction_act_one_page_summary.pdf, da cui appunto risultano 369 miliardi di dollari di investimenti nel settore *Energy Security and Climate Change* e altri 64 miliardi in relazione all'*Affordable Care Act Extension*, quest'ultima volta a estendere fino al 2025 la durata di preesistenti sussidi per le fasce più povere della popolazione statunitense nell'acquisto della copertura assicurativa sanitaria. I 739 miliardi di dollari, invece, corrispondono all'ammontare delle maggiori entrate/minori spese che si prefigurano come conseguenza delle ulteriori misure previste dalla legge, tra cui principalmente: l'applicazione di una nuova tassazione alle imprese, il rafforzamento dei controlli fiscali e della riscossione, nonché la rinegoziazione dei prezzi e, più in generale, la riduzione della spesa federale per l'acquisto dei farmaci nell'ambito del programma *Medicare*. Il tutto, dunque, determinando una riduzione del deficit pari a oltre 300 miliardi di dollari.

⁴ L'*Inflation Reduction Act* è, infatti, la versione "diluata" del disegno di legge presentato all'origine dell'iter legislativo, il *Build Back Better Act*, il cui impatto sulle emissioni risultava ben maggiore alla luce delle più ampie risorse preventivate, essendo esse era circa il triplo di quelle dell'I.R.A. e raggiungendo i 2.200 miliardi di dollari. Per una sintetica esposizione di questi profili, vedasi M.E. TAYLOR, *Peril and Promise: The Challenge of Siting Renewable Energy and Infrastructure*, in 18 *TEX. J. OIL GAS & ENERGY* L. 42 (2023), spec. pp. 42-43.

⁵ Anche una buona parte della comunità scientifica si è dimostrata concorde nel riconoscere gli effetti positivi dell'I.R.A. per la lotta al cambiamento climatico; per una sintesi di differenti posizioni, A. THOMPSON, *What Scientists Say about the Historic Climate Bill*, in *Scientific American*, 12 agosto 2022, online: <https://www.scientificamerican.com/article/what-scientists-say-about-the-historic-climate-bill/>.

⁶ Gli impatti dell'I.R.A. sono stati così calcolati dal Dipartimento dell'energia statunitense; vedasi U.S. Department of Energy, *The Inflation Reduction Act Drives Significant Emissions Reductions and Positions America to Reach Our Climate Goals*, 2022, online: www.energy.gov/sites/default/files/2022-08/18%20InflationReductionAct_Factsheet_Final.pdf. Ancora, sugli obiettivi di decarbonizzazione della presidenza Biden e sulla loro perseguibilità, vedasi J.M. MOCH-H. LEE, *The Challenges of Decarbonizing the U.S. Electric Grid by 2035*, in *Belfer Center Policy Brief – Harvard University*, 2022, online: <https://www.belfercenter.org/publication/challenges-decarbonizing-us-electric-grid-2035>.

in cui gli obiettivi di politica climatica si intersecano strettamente con quelli di politica industriale. Infatti, la piena portata dell'atto normativo può essere effettivamente colta solo se lo si considera come parte di un trittico di azioni, tutte astrattamente tese ad assicurare la sostenibilità del sistema USA, ma in cui il mantenimento della *leadership* (economica, commerciale, tecnologica) continua a occupare le attenzioni centrali del legislatore americano: il riferimento è ai sostanzialmente coevi *Infrastructure Investment and Jobs Act*⁷ e *CHIPS and Science Act*⁸. Con il primo atto, infatti, il governo federale mobilita 550 miliardi di dollari per l'ammodernamento dell'esoscheletro infrastrutturale della Nazione (dai trasporti alla rete elettrica, dal sistema idrico alla rete internet), ai fini di assicurare la crescita economica e l'incremento della competitività USA sul piano internazionale, creare lavoro e – da ultimo – renderne l'economia più sostenibile, resiliente e giusta⁹. Con il secondo, invece, vengono investiti altri 280 miliardi di dollari federali a supporto della ricerca, dello sviluppo e della commercializzazione di nuove tecnologie (intelligenza artificiale, calcolo quantistico, nanotecnologie e energia pulita), oltre che a sostegno degli investimenti industriali privati nel settore dei semiconduttori, sempre in un'ottica pluri-obiettivo, laddove gli sforzi in materia ambientale vanno di pari passo alle esigenze di crescita economica, di incremento dei posti di lavoro e di conservazione del primato commerciale e tecnologico sul piano internazionale¹⁰.

Dunque, se per alcuni commentatori gli investimenti *green* degli USA saranno il motore di una crescita sostenibile globale, assicurando anche agli altri Stati innovazioni verdi a prezzi sempre più competitivi¹¹, il nuovo e significativo intervento degli Stati Uniti negli equilibri del mercato (nazionale e globale) ha suscitato significative reazioni, prima di tutto nel continente europeo. In particolare, ad attrarre l'attenzione sono una serie di disposizioni contenute proprio nell'*Inflation Reduction Act*, caratterizzate da un'evidente

⁷ Infrastructure Investment and Jobs Act, Publ. L. No. 117-58, 135 Stat. 429 (15 novembre 2021).

⁸ Chips and Science Act, Publ. L. No. 117-167, 136 Stat. 1366 (9 agosto 2022).

⁹ L'ordine degli obiettivi corrisponde a quello riportato in The White House, *UPDATED FACT SHEET: Bipartisan Infrastructure Investment and Jobs Act*, 2021, online: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/15/by-the-numbers-the-inflation-reduction-act/>.

¹⁰ Per una sintesi dei contenuti dell'atto, vedasi The White House, *FACT SHEET: CHIPS and Science Act Will Lower Costs, Create Jobs, Strengthen Supply Chains, and Counter China*, 2022, online: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>. Quanto meno in relazione al *CHIPS Act*, le preoccupazioni ambientali sembrerebbero in realtà giungere ampiamente in secondo luogo rispetto a quelle economiche e geo-politiche, laddove lo stesso titolo della relazione di accompagnamento alla legge evidenzia anche e soprattutto la volontà di contrastare la crescita (economica e tecnologica) del *competitor* cinese.

¹¹ Si veda, per esempio, The Economist, *Brian Deese, John Podesta and Jake Sullivan on the Inflation Reduction Act*, 24 gennaio 2023, online: <https://www.economist.com/by-invitation/2023/01/24/brian-deese-john-podesta-and-jake-sullivan-on-the-inflation-reduction-act>, in cui i tre funzionari della Casa Bianca sostengono apertamente che: «[IRA's] benefits don't stop at America's borders. Some have downplayed the potential global opportunities or raised competitiveness concerns [...] New analysis from the Boston Consulting Group underscores what we believe: that the IRA will be the most significant policy driver for global emissions reduction this century – or perhaps ever – and it comes not a moment too soon. It will help increase clean-energy production and deployment not just in America, but around the world. In short, our international partners have nothing to fear from the IRA, and a whole lot to gain. For starters, the new and exponential scale of this investment will drive down the cost of deploying clean energy everywhere».

matrice protezionistica e tali da far ritenere che le significative agevolazioni offerte dal governo statunitense rischino di distorcere la competizione tra i due alleati, innescando una fuga di imprese e investimenti dal mercato unico europeo verso l'altra sponda dell'Oceano¹². Tra i numerosi commenti, basti ricordare le parole del Presidente francese Macron che ha definito le scelte USA come «super-aggressive» e capaci di arrecare un duro colpo all'industria e all'economia europee, già messe in difficoltà dagli effetti del conflitto ucraino¹³. Ancor più significative appaiono le dichiarazioni della Presidente della Commissione europea von der Leyen, che riconosce come l'I.R.A. stia sollevando preoccupazioni in Europa, ravvisando il rischio che l'atto statunitense alteri la normale competizione tra i sistemi e incentivi soluzioni di chiusura dei mercati, appunto alla luce dell'attrattiva che il nuovo insieme di sussidi potrebbe esercitare su imprese e investimenti quanto a rilocalizzazione in territorio americano¹⁴. Da qui l'affermata esigenza dell'Europa di «*take action to rebalance the playing field*», agendo principalmente in due direzioni: da un lato, incrementando le risorse messe a disposizione dall'Unione europea in favore delle economie degli Stati Membri; dall'altro, migliorando la disciplina degli aiuti di stato e adattandola al nuovo contesto globale, laddove uno strumento concepito per la preservazione degli equilibri interni al mercato unico non sempre sembra dimostrarsi capace di prevenire una fuga di investimenti e operatori economici altrettanto dannosa per la sua sopravvivenza¹⁵.

Proprio queste prospettate soluzioni, dunque, aprono il campo all'oggetto della presente riflessione, volta a verificare in che misura la sorpresa e le preoccupazioni dell'ordinamento europeo a fronte della politica climatico-industriale statunitense siano giustificate, così come a riflettere sui nuovi equilibri, in termini di intervento pubblico nell'economia, di cui le azioni U.S.A. e le contromisure dell'Unione sono espressione.

¹² Rischi che non appaiono così lontani dal concretizzarsi, alla luce delle ipotizzate scelte di grandi gruppi industriali di collocare alcuni propri impianti, originariamente destinati a localizzarsi sul continente europeo, negli Stati Uniti, proprio in vista dei significativi vantaggi conseguenti all'I.R.A. In questo senso, vedasi quanto affermato dal gruppo Volkswagen in relazione ai siti di produzione di batterie per autoveicoli, che gioverebbero di 8-10 miliardi di dollari di sussidi qualora si ricollocassero in America; così A. ANNICCHIARICO, *Batterie, Volkswagen in bilico tra Europa e Usa. Pesano i 10 miliardi di aiuti dell'«Ira» di Biden*, in *IlSole24Ore*, 8 marzo 2023, online: <https://www.ilsole24ore.com/art/batterie-volkswagen-bilico-europa-e-usa-pesano-10-miliardi-dell-ira-biden-AEt8Q8zC>. Si potrebbero comportare in maniera non molto differente anche società come Tesla, ArcelorMittal, Holcim AG (quest'ultima tra i principali produttori mondiali di materiali edili) e altre ancora; così, V. WALDERSEE, *Tesla scales back German battery plans, won over by U.S. incentives*, in *Reuters*, 22 febbraio 2023, online: <https://www.reuters.com/technology/tesla-scales-back-german-battery-plans-won-over-by-us-incentives-2023-02-21/>.

¹³ Vedasi M. ROSE, *U.S. Inflation Reduction Act "super aggressive", Macron tells lawmakers*, in *Reuters*, 1 dicembre 2022, online: <https://www.reuters.com/world/europe/macron-visits-nasa-talks-space-cooperation-us-visit-begins-2022-11-30/>.

¹⁴ Queste dichiarazioni si possono trovare in EU Commission, *Speech by President von der Leyen at the College of Europe in Bruges*, 4 dicembre 2022, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_7487.

¹⁵ Il virgolettato e le due successive linee di azione (cui si aggiunge anche una terza, quella del dialogo con il governo statunitense) si rifanno sempre al discorso della Presidente von der Leyen, come citato nella precedente nota.

2. Il fu divieto di aiuti di stato nell'ordinamento europeo: l'equilibrio originario

Tanto l'*Inflation Reduction Act* quanto le risposte europee, come prospettate in prima battuta dalla Presidente von der Leyen, si soffermano su uno degli strumenti a disposizione degli Stati per influire sulle dinamiche del mercato, ossia la loro capacità di investire risorse o, in senso più ampio, concedere agevolazioni a determinate attività o settori produttivi, di fatto alterando l'ordinario svolgimento della competizione economica¹⁶. Ciò per il perseguimento di fini ulteriori, che vanno dal salvataggio del singolo operatore economico, sino al soddisfacimento di più ampi obiettivi di politica nazionale¹⁷.

Strumenti che, nel contesto europeo, evocano in primo luogo l'istituto degli aiuti di stato, la cui disciplina, tesa a vietarne il ricorso, è tanto risalente quanto l'ordinamento sovranazionale stesso, poiché tassello essenziale per la creazione e la preservazione di quello spazio economico – il mercato unico europeo – che sta alla base del progetto eurounitario. Sicché, proprio la volontà di tutelare sia la concorrenza microeconomica tra imprese, sia quella macroeconomica tra Stati Membri¹⁸ – precludendo la creazione di uno scontro tra “campioni industriali nazionali”, che nel recente passato era stato tra gli elementi alla base del ben più grave conflitto interno al Vecchio Continente¹⁹ – ha portato all'introduzione delle previsioni allora contenute negli artt. 92 e 93 del Trattato di Roma del 1957, confluite senza sostanziali variazioni negli artt. 107 e 108 dell'attuale TFUE²⁰.

Previsioni che, come ampiamente specificate dagli interventi giurisprudenziali, hanno generato l'attuale definizione dell'istituto²¹, quale intervento imputabile al settore pubblico (prima di tutto a uno Stato Membro o a una sua arti-

¹⁶ Oltre all'iniezione di risorse finanziarie, gli altri strumenti a disposizione dello Stato per incidere sulle dinamiche di mercato sono la regolazione e l'azione antitrust, con questi due ultimi strumenti fisiologicamente votati alla preservazione della concorrenza e, dunque, alla limitazione delle tendenze “autodistruttive” del mercato, prima di tutto in relazione alla formazione di posizioni monopolistiche. Per una ricognizione completa della materia, M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir. – I Tematici – Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 292 ss.

¹⁷ Sulle possibilità di una differente utilizzazione degli strumenti della regolazione e dell'azione antitrust, al di là della sola preservazione degli equilibri di mercato e, dunque, in chiave di perseguimento di obiettivi politici ulteriori, vedasi M. TATCHER, *From old to new industrial policy via economic regulation*, in questa *Rivista*, 2014, p. 6 ss. e C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, ivi, 2021, p. 70 ss.

¹⁸ Sulla *ratio* dietro l'introduzione della disciplina degli aiuti di stato, vedasi A. BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: a Return to Orthodoxy*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010, p. 35 ss., spec. p. 42 ss.

¹⁹ In questo senso, E. BANI-F. DI PORTO, *Covid-19: politiche in materia di aiuti di stato e diritto della concorrenza*, in *Conc. e mercato*, 2020, p. 3 ss., spec. p. 4.

²⁰ Sulle origini dell'istituto, vedasi anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 1259 ss.

²¹ La produzione dottrinale in materia, sia nazionale che internazionale, è estremamente ampia. Basti qui richiamare due delle più recenti opere monografiche che procedono a una ricostruzione definitoria dell'istituto in esame; G. FONDERICO, *L'amministrazione razionalizzata. Disciplina degli aiuti di Stato e attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2022 e G. LUCHENA-R. BIANCAMARIA, *Concorrenza e aiuti di stato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2022. Ancora, si ricordi che, ad oggi, la nozione dell'istituto trova una più articolata affermazione nella «Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01)».

colazione territoriale)²² e concesso mediante risorse pubbliche²³, vietato perché capace di attribuire un vantaggio economico²⁴ in maniera selettiva, ossia solo ad alcune imprese o ad alcuni settori produttivi²⁵, e tale da distorcere la concorrenza nel mercato europeo²⁶. Al generale divieto contenuto nel primo paragrafo dell'art. 107 TFUE, i due paragrafi successivi accompagnano una serie di specifiche eccezioni che, se soddisfatte, confermano la compatibilità dell'aiuto con il diritto sovranazionale. Quelle previste dal par. 2, operanti *de jure*, riguardano gli aiuti di carattere sociale, ovvero concessi ai singoli consumatori senza dar luogo a discriminazione alcuna in base all'origine dei prodotti (lett. a) e gli interventi volti a rimediare ai danni verificatisi in capo agli operatori economici come conseguenza di calamità naturali o altri eventi eccezionali (lett. b)²⁷. Il par. 3, invece, riguarda principalmente gli aiuti concessi per favorire la crescita delle regioni europee meno economicamente sviluppate (lett. a), quelli destinati a promuovere la realizzazione di progetti di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato Membro (lett. b) e quelli volti ad agevolare lo sviluppo di talune attività,

²² Sull'imputabilità allo Stato vedasi, *ex pluribus*, Corte di Giustizia UE, 16 maggio 2022, *Francia c. Commissione (Stardust)*, causa 482/99; sulla riferibilità anche agli enti territoriali, Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 1987, *Germania c. Commissione*, causa 284/84; e sulla più generale provenienza dal settore pubblico, Corte di Giustizia CE, 24 gennaio 1978, *Van Tiggele*, causa 82/77.

²³ Sul carattere pubblico delle risorse utilizzate, vedasi Corte di Giustizia UE, 2 marzo 2021, *Commissione c. Italia (Tercas)*, causa 425/19 e Tribunale UE, 19 marzo 2019, *Italia c. Commissione (Tercas)*, cause riunite 98/16, 196/16 e 198/16, la prima con commento di M.A. BARATA, "To be, or not to be (state aid)" – That is the question the Court of Justice had to answer regarding the funding provided by deposit guarantee schemes, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, p. 381 ss., e la seconda con commenti di C. BUZZACCHI, *Il fondo interbancario nel caso Tercas e la tutela del risparmio: mandato pubblico o privato*, in questa *Rivista*, 2018, p. 279 ss. e N. SPADARO, *Aiuti di Stato alle banche. Il Tribunale di primo grado dell'UE apre la strada ad un'interpretazione meno rigorosa da parte della Commissione*, *ivi*, 2018, p. 263 ss.

²⁴ Sul vantaggio economico, interpretato in maniera estensiva come qualsiasi misura che pone un'impresa in una situazione finanziaria più favorevole rispetto alle altre, vedasi *ex pluribus* Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco e altri*, causa 105/14. Numerose, sotto questo profilo, sono le riflessioni dottrinali concernenti l'estensione degli aiuti di stato anche alla materia fiscale, specie in relazione all'imposizione diretta in quanto sottratta all'ordinaria competenza unionale; vedasi, *ex pluribus*, F. ROCCATAGLIATA-S. MEDICI, *Normativa comunitaria in materia di aiuti concessi dallo Stato alle imprese sotto forma di agevolazioni fiscali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 619 ss.; R. GONZALEZ PINEIRO, *Aiuti di Stato, "selettività regionale" e politiche fiscali agevolative delle regioni*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, p. 881 ss.; R. MICELI, *La metamorfosi del divieto di aiuti di Stato nella materia tributaria*, *ivi*, 2015, p. 31 ss.; A. ARENA, *Le decisioni sui Tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale*, in *Dir. com. internaz.*, 2017, p. 925 ss.; M. BOCCACCIO, *L'evoluzione della politica della Commissione su aiuti di stato e ruling fiscali*, in *Riv. dir. fin.*, 2017, p. 204 ss.; C. BUZZACCHI, *Tax rulings e concorrenza fiscale tra ordinamenti: l'incerta qualificazione del vantaggio selettivo nel caso Irlanda/Apple*, in questa *Rivista*, 2021, p. 170 ss.; questi tre ultimi contributi sono concentrati sulla recente rilevanza acquisita, in chiave di aiuti di stato, dalla pratica del c.d. *tax ruling*, a manifestazione della costante evoluzione delle ipotesi capaci di soddisfare il requisito del "vantaggio economico".

²⁵ Sul requisito della selettività, vedasi per esempio Corte di Giustizia CE, 29 giugno 1999, *DM Trasport*, causa 256/97. Per una ricostruzione della ricca giurisprudenza in relazione a questo criterio, vedasi L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. comm. internaz.*, 2015, p. 481 ss.

²⁶ *Ex pluribus*, Corte di Giustizia UE, 24 luglio 2003, *Altmark Trans*, causa 280/00.

²⁷ A queste due ipotesi, si aggiunge anche la c.d. *Deutschland clause*, diretta a consentire interventi volti a ripianare gli svantaggi economici derivanti dalla divisione della Germania ante 1990.

sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse (lett. c)²⁸.

L'esigenza di bilanciare la tutela della concorrenza europea con l'ulteriore "comune interesse" costantemente richiamato nell'elencazione del par. 3 rende evidente come la conformità di tali interventi al diritto sovranazionale non operi automaticamente, ma sia soggetta ad una valutazione discrezionale che, al pari dalla verifica vincolata sulla sussistenza delle condizioni di operatività delle eccezioni *sub* par. 2, ricade nella competenza centralizzata della Commissione europea, per espressa previsione dell'art. 108 TFUE²⁹. Sicché gli Stati Membri che abbiano intenzione di istituire o modificare un aiuto, hanno il dovere di darne preventiva notizia all'istituzione europea, di modo che quest'ultima possa valutare *ex ante* il rispetto del divieto e, prima ancora, se effettivamente ci si trovi in presenza di un intervento qualificabile come aiuto di stato e non, invece, di un'incentivazione "orizzontale", concessa a tutti gli operatori del mercato e per questo pienamente ammissibile in quanto incapace di alterarne il normale equilibrio³⁰.

D'altra parte, se la disciplina è rimasta sostanzialmente invariata, a mutare negli anni è stata la sua applicazione da parte della Commissione europea, al punto da poter individuare distinti periodi caratterizzati da differenti linee d'azione³¹. Da un primo frangente, concluso a metà degli anni Settanta, di controllo meno intenso e circoscritto ad alcuni settori storicamente più esposti ai sussidi statali (ad esempio, quello tessile o quello aeronautico), si passa così a un secondo periodo, chiuso a metà degli anni Novanta, caratterizzato da un'implementazione più rigida del divieto di intervento in economia, volto a ridurre l'ingerenza pubblica sul mercato per come ampliata a seguito della crisi energetica del 1973. Il terzo periodo, che va dalla metà degli anni Novanta al 2008, è invece caratterizzato da una prosecuzione lungo gli indirizzi trac-

²⁸ Le altre due lettere del par. 3 contemplano, invece, gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterano le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune (lett. d) e le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione (lett. e).

²⁹ Sui poteri della Commissione e sulla procedura di valutazione delle misure sottoposte al suo controllo, vedasi A. PERASSO, *Procedure e controlli in materia di aiuti di stato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, p. 671 ss.; A. TONETTI, *I poteri amministrativi comunitari in materia di aiuti di stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 443 ss.; M.L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'enforcement*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, p. 381 ss.; B. BINACARDI, *Il ruolo della trasparenza in materia di aiuti di Stato*, in questa *Rivista*, 2019, p. 46 ss.; C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, *ivi*, 2019, p. 319 ss.

³⁰ Si ribadisce, infatti, che affinché il vantaggio concesso dallo Stato sia qualificabile come aiuto indebitamente alterante le dinamiche concorrenziali è necessario il soddisfacimento del requisito della selettività; dunque, è necessario che la misura assuma una natura in qualche modo discriminatoria, rimanendo invece liberi gli Stati di adottare politiche economiche comportanti iniezioni di risorse pubbliche, sgravi fiscali o altri incentivi operanti trasversalmente lungo tutto il proprio mercato nazionale. In questo senso, A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid rules and the COVID-19 Crisis*, in *2 Market and Competition Law Review* 17 (2020), spec. p. 26-27; più in generale sul requisito della selettività, L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, *cit.*, p. 481 ss.

³¹ In materia, vedasi G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra concorrenza d'insieme e profili inediti*, in *Conc. e mercato*, 2020, p. 18 ss., spec. p. 21 ss. Vedasi anche G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di stato*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 3 ss.

ciati nella fase precedente, con un'ulteriore puntualizzazione delle caratteristiche del controllo svolto dalla Commissione.

2.1. Gli aiuti di stato nell'Europa "multi-crisi"

Un drastico cambio di rotta si è però avuto con l'emergenza finanziaria del 2008, che determina la transizione degli aiuti di stato nel nuovo contesto di un'Europa vittima di una crisi "multidimensionale"³². La spirale di sfiducia nel sistema bancario, avviatasi con la crisi U.S.A. della *Lehman Brothers*, ha fatto sorgere l'esigenza di un intervento pubblico che, mediante l'iniezione di risorse, salvasse gli operatori finanziari in difficoltà, così da prevenire (o quanto meno circoscrivere) una crisi sistemica, conseguenza proprio dell'importanza strategica del settore bancario, incaricato di alimentare i flussi di risorse per tutti gli ambiti dell'economica³³. Da qui la scelta, da parte della Commissione, di consentire temporaneamente un'applicazione più elastica delle norme sugli aiuti di stato, come esplicitato in un'apposita Comunicazione volta a fornire *ex ante* il quadro delle caratteristiche che le misure statali di salvataggio dovessero soddisfare per potersi ritenere compatibili con il mercato comune³⁴.

Al di là dei singoli interventi consentiti, l'effettivo elemento di discontinuità rispetto al quadro precedente è stata la riconduzione delle deroghe disciplinate dalla Comunicazione nell'alveo dell'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, il quale ha ricevuto così una prima applicazione significativa³⁵. Pur non mancando ul-

³² Sul concetto dell'"Europa multi-crisi", *ex pluribus*, E. CHITI-A.J. MENÉNDEZ-P.G. TEIXEIRA (a cura di), *The European Rescue of the European Union? The Existential Crisis of the European Political Project*, Arena-Centre for European Studies, Oslo, 2012 e J.H.H. WEILER, *Europe in Crisis – On "Political Messianism", "Legitimacy" and the "Rule of Law"*, in 34 *Singapore Journal of Legal Studies* 248 (2012).

³³ In altre parole, il fallimento degli istituti di finanziari avrebbe comportato maggiori difficoltà di accesso al credito per tutte le altre imprese operanti nel mercato, esponendole a loro volta a una condizione di rischio. Ancora, peculiarità degli istituti finanziari è che il fallimento di uno non comporta un giovamento per i suoi concorrenti, come succede in altri ambiti di mercato, ma determina una sfiducia nel credito che si ripercuote negativamente su tutte le altre banche, moltiplicando così il pericolo di fallimenti. In dottrina, la produzione sulla crisi bancaria del 2008 e sulla conseguente reazione europea è particolarmente ampia; *ex pluribus*, G. NAPOLITANO, *L'intervento dello stato nel sistema bancario*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 429 ss.; ID., (a cura di), *Uscire dalla crisi, Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012; C. BUZZACCHI, *Aiuti di stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Conc. e mercato*, 2013, p. 77 ss.; F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, in *Dir. Un. Eu.*, 2014, p. 733 ss.; M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 1339 ss.

³⁴ «Comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2008 – L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale (2008/C 270/02)». Le Comunicazioni rientrano tra gli atti di *soft law*, dunque, adottati direttamente dalla Commissione che – pur sottraendosi all'ordinario circuito di legittimazione democratica proprio degli atti di *hard law* – hanno consentito all'istituzione europea più rapidi tempi di reazione innanzi alla situazione emergenziale. Si tratta di un modello d'azione che, come si vedrà a breve, verrà ripetuto anche nelle successive crisi. Per un inquadramento delle differenti categorie (*hard law*, *soft law*, *hard regulation*, *soft regulation* e *self regulation*) e sul loro utilizzo nel settore finanziario, appunto inquadrato come laboratorio di incubazione dell'intervento pubblico in economia, vedasi M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in questa *Rivista*, 2016, p. 53 ss.

³⁵ In questi termini, *ex pluribus*, C. BUZZACCHI, *Aiuti di stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, cit., p. 77 ss.

teriori giustificazioni³⁶, la scelta di questa base giuridica ha sicuramente garantito alla Commissione la possibilità di godere dei maggiori margini di discrezionalità che essa le riconosce nel bilanciare la tutela della concorrenza con l'esigenza di porre rimedio a un fenomeno di eccezionale gravità, capace appunto di pregiudicare irrimediabilmente altri "comuni interessi" quali, nel caso di specie, la stabilità finanziaria del sistema europeo³⁷.

È certamente vero che si è trattato di un "quadro temporaneo", la cui durata è stata più volte prorogata, ma dove ogni proroga si è dimostrata occasione, per la Commissione, di precisare le condizioni per l'ammissibilità dell'aiuto, via via più stringenti a fronte del graduale riassorbirsi degli effetti della crisi³⁸. Ed è altrettanto vero che la chiusura del momento emergenziale ha lasciato spazio, da un lato, a un tentativo di recuperare quell'applicazione più rigorosa della disciplina degli aiuti di stato che aveva caratterizzato le fasi precedenti³⁹ nonché, dall'altro, ha portato alla creazione di un nuovo sistema di regole⁴⁰ e di un nuovo apparato amministrativo europeo incaricato della vigilanza e della risoluzione bancaria⁴¹, in cui il salvataggio pubblico degli istituti di credito opera solo quale *extrema ratio*⁴². Ciò che rimane tuttavia innegabile è che l'emer-

³⁶ Secondo F. CROCI, *L'impatto della crisi finanziaria sugli aiuti di Stato al settore bancario*, cit., p. 733 ss. – che conferma l'uso sporadico, in precedenza, dell'eccezione *sub art. 107*, par. 3, lett. b), TFUE – la scelta della Commissione di ricorrere a tale base giuridica stava nel suo espresso carattere emergenziale, che avrebbe dovuto limitarne l'applicazione una volta rientrata la crisi finanziaria. Nello stesso senso, dunque, verte la scelta di non ricorrere all'art. 107, par. 3, lett. c), utilizzato più di frequente da parte della Commissione, negli anni precedenti al 2008, ma esclusivamente a vantaggio di istituti di credito già in effettive condizioni di crisi, mentre gli aiuti ora richiesti riguardavano anche banche per cui l'apporto di risorse doveva servire a prevenire il verificarsi dello stato di dissesto. In altre parole, anche in questo caso la Commissione avrebbe voluto evitare di creare dei precedenti, per impedire un ampliamento delle eccezioni al divieto di aiuti di stato.

³⁷ In questo senso, M. LIBERATI, *La crisi del settore bancario tra aiuti di stato e meccanismi di risanamento e risoluzione*, cit., p. 1339 ss.

³⁸ La Comunicazione menzionata nella precedente nota 34 è stata più volte prorogata e integrata da successive Comunicazioni, come la «Comunicazione della Commissione del 15 gennaio 2009 – La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza (2009/C 10/03)» e la «Comunicazione della Commissione del 26 marzo 2009 sul trattamento delle attività che hanno subito una riduzione di valore nel settore bancario comunitario (2009/C 72/01)», fino ad arrivare alla «Comunicazione della Commissione, del 10 luglio 2013, relativa all'applicazione, dal 1 agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («La comunicazione sul settore bancario») 2013/C 216/01». In materia, vedasi M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. Comm.*, 2017, p. 702 ss.

³⁹ Espressione (eccessiva) di questo *revivement*, può ravvisarsi nella decisione della Commissione sul caso *Tercas*, successivamente sconfessata dal Tribunale e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; vedasi in materia le pronunce e la dottrina richiamata nella precedente nota 23.

⁴⁰ La materia della vigilanza bancaria – dunque la prevenzione delle crisi – è stata riformata dalla direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 e dal regolamento UE n. 545/2013 del 14 giugno 2013, riguardanti, nello specifico, l'accesso all'attività di intermediazione creditizia e i requisiti prudenziali che gli istituti di credito devono rispettare. La gestione delle crisi (c.d. risoluzione bancaria), invece, è stata disciplinata dalla direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014.

⁴¹ Il riferimento va naturalmente alla creazione dell'Unione Bancaria Europea e, in seno ad essa, del *Single Supervisory Mechanism* (regolamento UE n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013) e del *Single Resolution Mechanism* (regolamento n. 806/2014/UE del 15 luglio 2014).

⁴² Per un'analisi del rapporto tra quadro temporaneo in materia di aiuti di stato alle banche e successiva disciplina della vigilanza e risoluzione, vedasi M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, cit., p. 702 ss.

genza finanziaria del 2008 ha fatto germogliare il seme di un mutamento degli equilibri interni alle previsioni dell'art. 107 TFUE, laddove il divieto di aiuti di stato del primo paragrafo – come visto, introdotto alla nascita del mercato europeo, per consentirne la crescita e l'affermazione – sembra perdere terreno nei confronti dei due paragrafi successivi, tramite cui riconoscere alla Commissione la possibilità di distinguere tra interventi indesiderati e “aiuti buoni”, ammissibili in quanto capaci di perseguire obiettivi di interesse comune cagionando i minori effetti distorsivi possibili alla libera concorrenza⁴³.

D'altra parte, conferma del fatto che questo mutamento di equilibri rischi di diventare qualcosa di più che un assetto meramente temporaneo la si ritrova nel fatto che, pochi anni dopo la chiusura della crisi finanziaria, una nuova emergenza, questa volta pandemica, ha scosso le fondamenta della società e dell'economia europee. Gli impatti negativi trasversali del Covid-19 – riguardanti tutti i contesti nazionali e tutti i settori dell'economia – hanno così legittimato la riaffermazione dell'esigenza di un cospicuo intervento pubblico a sostegno del mondo imprenditoriale, che oltre a stimolare le ricerche in campo medico, indispensabili per la sconfitta del virus, permettesse agli operatori economici gravemente afflitti dalle misure contenitive del contagio di sopravvivere alla nuova emergenza. Ancora una volta, e più tempestivamente di quanto fatto nel 2008, la risposta europea è quella di allargare le maglie della disciplina degli aiuti, così da consentire agli Stati Membri maggiore libertà di intervento⁴⁴.

Il Quadro temporaneo è sempre dettato da una serie di Comunicazioni della Commissione che, nel tempo, hanno aggiornato e prorogato, fino al 30 giugno 2022, le caratteristiche che le misure nazionali devono possedere per potersi ritenere compatibili con il diritto dell'Unione⁴⁵, senza che questo abbia

⁴³ Questa opportunità di distinzione tra “aiuti buoni”, dunque ammissibili, e “aiuti cattivi”, da vietare, trova già una sua prima affermazione nel Documento di consultazione «Piano di azione nel settore degli aiuti di stato. Aiuti di stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009» del 7 luglio 2005, per poi ricevere conferme post-crisi nella «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE», dell'8 maggio 2012. Ancora, chiare manifestazioni di un approccio più elastico agli aiuti di stato sono date dal regolamento UE n. 1407/2013 del 18 dicembre 2013 (c.d. “*de minimis*”) e dal regolamento UE n. 651/2014 del 17 giugno 2014 (c.d. GBER), entrambi intesi a disporre una semplificazione procedurale, derogando all'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, rispettivamente in relazione ad aiuti che per il loro limitato ammontare o per i fini con essi perseguiti si considerano *de jure* compatibili con il diritto dell'Unione.

⁴⁴ Quanto alla risposta europea all'emergenza Covid-19, in dottrina, E. BANI-F. DI PORTO, *Covid-19: politiche in materia di aiuti di stato e diritto della concorrenza*, cit., p. 3 ss.; A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid rules and the COVID-19 Crisis*, cit., p. 17 ss.; G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra concorrenza d'insieme e profili inediti*, cit., p. 18 ss.; G. MONTEDORO, *Aiuti di stato e digitalizzazione*, in *Conc. e mercato*, 2020, p. 168 ss.; G. SABATINO, *Covid-19, European Law and the geo-policy of aids. The incomplete structure of European development planning*, ivi, 65 ss.; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel “comune interesse europeo”*, in questa *Rivista*, 2021, p. 110 ss.; R. FEDERICO, *Turbulences ahead: Nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?*, in *Eurojus.it*, 2021, p. 166 ss.; M. MEROLA, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, ivi, p. 49 ss.; F. MARCONI, *Aiuti di Stato nell'emergenza pandemica: il caso delle compagnie aeree tra circostanze eccezionali e grave turbamento dell'economia*, ivi, 2022, p. 147 ss.

⁴⁵ Il primo intervento è dato dalla «Comunicazione della commissione del 19 marzo 2020 – Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 91 I/01)», seguito da sei successive comunicazioni di cui, da ulti-

precluso alla Commissione di autorizzare azioni differenti, purché generalmente compatibili con le eccezioni di cui ai parr. 2 e 3 dell'art. 107 TFUE⁴⁶. Sempre all'interno di questi due paragrafi, poi, va ritrovata la base giuridica dell'elasticizzazione della disciplina sugli aiuti di stato, con una peculiarità e una conferma rispetto alla crisi finanziaria del 2008. La peculiarità consiste nel fatto che, questa volta, il riferimento all'art. 107, par. 3, lett. b) viene accompagnato con quello all'altra previsione espressamente emergenziale contenuta nell'articolo in questione, ossia il par. 2, lett. b) che, come già detto, consente di intervenire a rimedio dei danni cagionati agli operatori economici da eventi eccezionali⁴⁷, quale appunto può indubbiamente considerarsi la pandemia di Covid-19⁴⁸. D'altra parte, la natura vincolata dell'eccezione in questione – che impone alla Commissione una rigida verifica dell'imputabilità del danno alle conseguenze del contagio e richiede una sua puntuale quantificazione al fine di parametrarvi il massimo sostegno destinabile a un operatore economico – ne hanno di fatto limitato l'operatività⁴⁹, confermando la preferenza per il ricor-

mo, la «Comunicazione della Commissione del 18 novembre 2021 – Sesta 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 (2021/C 473/01)», che, come detto, ha esteso la validità del quadro al 30 giugno 2022. Quanto alle singole forme di aiuto di stato contemplate, si hanno: i) interventi di importo limitato (concessi sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali o in altre forme); ii) garanzie sui prestiti; iii) tassi d'interesse agevolati per i prestiti; iv) garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; v) assicurazione del credito all'esportazione a breve termine; vi) interventi a favore di progetti di ricerca e sviluppo in materia di Covid-19; vii) sostegno alla costruzione e all'ammodernamento di impianti di prova; viii) aiuti agli investimenti per la produzione di beni per far fronte al Covid-19; ix) differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali; x) sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti, così da evitare e/o limitare i licenziamenti durante la pandemia; xi) misure di ricapitalizzazione. Per un quadro riassuntivo in materia, vedasi Camera dei deputati – Servizio studi, *Gli aiuti di stato*, 14 marzo 2023, online: https://temi.camera.it/leg19/temi/19_flessibilita-degli-aiuti-di-stato-nell-attuale-epidemia-da-covid.html.

⁴⁶ Gli interventi conformi al Quadro temporaneo Covid-19 sono poi cumulabili agli ulteriori aiuti di stato consentiti sulla base dei regolamenti c.d. *de minimis* e GBER. In materia, ex pluribus, F. MARCONI, *Aiuti di Stato nell'emergenza pandemica: il caso delle compagnie aeree tra circostanze eccezionali e grave turbamento dell'economia*, cit., p. 152.

⁴⁷ Su tutti, A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid rules and the COVID-19 Crisis*, cit., p. 27 ss. e C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, cit., p. 118 ss. Quest'ultima Autrice evidenzia, poi, che alcune delle misure previste nel Quadro temporaneo siano riconducibili anche all'art. 107, par. 3, lett. c), seppure le Comunicazioni della Commissione non abbiano effettivamente apportato alcun allentamento rispetto ai requisiti generali di applicazione di questa eccezione al divieto di aiuti di stato, conseguentemente limitandone l'utilizzo concreto (vedasi i riferimenti dottrinali nella successiva nota 49).

⁴⁸ Vedasi la «Comunicazione della Commissione del 13 marzo 2020 – Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19 (COM(2020)112final)», laddove si riconosce che l'evento pandemico soddisfa i requisiti di eccezionalità, in quanto imprevedibile o difficile da prevedere, caratterizzato da una notevole portata economica e di natura straordinaria rispetto alle condizioni di mercato usuali.

⁴⁹ Sull'ampia prevalenza, in termini numerici, del ricorso a misure riconducibili all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, vedasi M. MEROLA, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, cit., p. 61. Tuttavia, un'effettiva ragione che in alcuni casi può avere spinto gli Stati a privilegiare la soluzione offerta dal par. 2, lett. b) sta nel fatto che questa eccezione – a differenza di quella sub par. 3, lett. b) – è stata considerata dalla Commissione ammissibile anche nei confronti di soggetti che avessero già beneficiato di aiuti di stato in precedenza, in deroga alla regola *"one time last time"*; per questa ragione, per esempio, lo Stato italiano ha fatto ricorso proprio alla previsione in esame per legittimare il supporto offerto, a fronte della pandemia, ad Alitalia (Decisione della Commissione del 4 settembre 2020, caso SA.58114). Sulla de-

so a misure inquadrabili nel “già rodato” art. 107, par. 3, lett. b), i cui i margini di discrezionalità hanno consentito alla Commissione di evitare la rigida equazione tra perdita subita e sostegno concesso, legittimando non solo misure meramente compensative, ma anche di incentivazione di attività ritenute utili al perseguimento di un “comune interesse” europeo⁵⁰.

Di nuovo, dunque, la disciplina degli aiuti di stato si è prestata a diventare strumento per governare l'emergenza, sia da parte degli Stati Membri, sia da parte dell'Unione. Una disciplina, quindi, volta non più tanto a tutelare la concorrenza nel mercato, vietando ingerenze pubbliche, ma a guidare il mercato, tramite queste ingerenze, verso fini ulteriori, quali sicuramente la sopravvivenza dell'economia europea alla pandemia, ma anche il perseguimento di obiettivi sociali – si pensi al mantenimento dei posti di lavoro –, di protezione della salute e, seppur timidamente, di transizione ecologica e trasformazione digitale⁵¹.

Emergono, allo stesso tempo, una serie di fratture quanto alla capacità di coordinamento da parte della Commissione, vittima dei tempi di approvazione estremamente rapidi per un numero di interventi in crescita esponenziale⁵² e di Paesi Membri sempre più disinvolti nel concedere aiuti, a fronte degli spazi di manovra consentiti non solo dal Quadro temporaneo, ma anche dalla prorogata vigenza dei regolamenti c.d. *de minimis* e GBER⁵³. Da qui, dunque, la comparsa di misure espressamente “nazionalistiche”⁵⁴, nonché uno squilibrio

roga al principio “one time last time”, A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid rules and the COVID-19 Crisis*, cit., p. 28; sul caso Alitalia, F. MARCONI, *Aiuti di Stato nell'emergenza pandemica: il caso delle compagnie aeree tra circostanze eccezionali e grave turbamento dell'economia*, cit., p. 154 ss.

⁵⁰ In questo senso, C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel “comune interesse europeo”*, cit., p. 123.

⁵¹ Il timido riferimento in questione è contenuto nella già citata Comunicazione della commissione del 19 marzo 2020, laddove si fa presente che «[l']applicazione mirata e proporzionata del controllo degli aiuti di Stato dell'UE serve ad assicurare che le misure di sostegno nazionali siano efficaci nell'aiutare le imprese colpite durante l'epidemia di COVID-19, ma anche a consentire loro di riprendersi dalla situazione attuale, tenendo conto di quanto sia importante la duplice *transizione verde* e digitale conformemente agli obiettivi dell'UE» (corsivo aggiunto). Si veda anche la «Comunicazione della Commissione dell'8 maggio 2020 – Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19 (2020/C 164/03)» la quale, oltre ugualmente a contenere generici riconoscimenti di favore per gli interventi nazionali che siano anche capaci di perseguire la transizione verde (si veda il considerando 9), prevede l'obbligo per le grandi imprese beneficiare di interventi di ricapitalizzazione di dar conto di come «gli aiuti ricevuti sostengono le loro attività in linea con gli obiettivi dell'UE e gli obblighi nazionali in materia di trasformazione verde e digitale, compreso l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050» (punto 37). Ad ogni modo, sull'uso degli aiuti quale strumenti di politica climatica si tornerà nella successiva sezione 4.

⁵² Sulle strette tempistiche di approvazione dei progetti di aiuti presentati dagli Stati Membri, anche entro le 24 ore, e sulla conseguente limitazione di incisività del controllo *ex ante* della Commissione (da compensarsi con più stringenti controlli *ex post*), vedasi G. LUCHENA, *Una nuova politica degli aiuti di stato? Gli aiuti istantanei nel contesto dell'emergenza Covid-19 tra concorrenza d'insieme e profili inediti*, cit., p. 35.

⁵³ Su questi regolamenti si rimanda a quanto detto nella precedente nota 43. Entrambi, durante la pandemia, hanno visto la propria vigenza prorogata fino al 31 dicembre 2023, con regolamento UE n. 2020/972 del 2 luglio 2020.

⁵⁴ Il riferimento è, *in primis*, alle misure introdotte dai singoli Stati Membri in favore delle compagnie aeree “di bandiera”, autorizzate dalla Commissione, ma contestate da altri vettori del trasporto aereo, quali misure di evidente nazionalismo economico. Su questi aiuti e sulle controverse conseguentemente scaturite, vedasi R. FEDERICO, *Turbulences ahead: Nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?*, cit., p. 166 ss. e F. MARCONI, *Aiuti di Stato nell'emergenza pandemica: il caso delle compagnie aeree tra circostanze eccezionali e grave turbamento dell'economia*, cit., p. 147 ss.

tra l'ammontare degli aiuti concessi dai differenti Stati Membri da ricondursi esclusivamente alle diverse capacità di spesa di ciascuno di essi, con il rischio che alla simmetria originaria della crisi corrisponda un'asimmetria della ripresa, capace di allargare il divario economico che già in precedenza segnava i Paesi interni all'Unione⁵⁵.

Prima che si sia potuto porre rimedio a tali criticità, tuttavia, una nuova, ultima emergenza è insorta, in grado ancora una volta di provocare gravi perturbazioni alla stabilità finanziaria degli Stati Membri. Il conflitto ucraino, oltre ad avere riportato la drammaticità della guerra nel continente europeo, ha nuovamente posto in significativa difficoltà il suo comparto industriale, come conseguenza di una rottura politica e commerciale con la Russia, tale da determinare gravi interruzioni delle catene di approvvigionamento di essenziali materie prime – su tutte, quelle energetiche⁵⁶.

Al rinnovato bisogno di sostegno degli operatori economici privati si è quindi risposto con un ulteriore allentamento del divieto di aiuti di stato, con la Commissione che, tramite il consueto susseguirsi di Comunicazioni, ha delineato un Quadro temporaneo volto a fronteggiare la nuova emergenza⁵⁷. Avviato nel marzo del 2022 – dunque, ancora in piena operatività del *Temporary Framework* introdotto per il Covid con cui, appunto, è consentito il cumulo –, la base normativa dell'allargamento delle maglie del divieto di aiuti di stato rimane principalmente l'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, con una Commissione che, facendo tesoro delle esperienze pregresse, mira a mantenere la propria discrezionalità nella valutazione della compatibilità degli aiuti, bilanciando tra esigenze di mercato e ulteriori interessi comuni e così mettendo in secondo piano il divieto di ingerenza pubblica nell'economia a fronte delle riconosciute potenzialità di tale intervento⁵⁸.

⁵⁵ Su queste differenze quantitative, vedasi M. MEROLA, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, cit., p. 61 con l'Autore che evidenzia come, al di là dell'ingannevole numero di misure autorizzate – per esempio, più alto per la Polonia che per la Germania – il valore degli aiuti di stato adottati nel contesto Covid-19 è ampiamente sbilanciato in favore degli Stati Membri con maggiori risorse, con Germania e Francia che coprono circa il 70% dell'ammontare economico complessivo.

⁵⁶ Sulla reazione europea alla crisi Ucraina, Editorial Comments, *The response to the war in Europe: A more power based EU and the challenge of ensuring that it remains rule and value based*, in 59 CML Review 623 (2022) e M. PREVIAELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato*, in *Eurojus.it*, 2022, p. 87 ss.

⁵⁷ Vedasi la «Comunicazione della Commissione del 24 marzo 2022 – Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina (2022/C 131 I/01)», successivamente prorogata e modificata. Quanto alle misure introdotte, si hanno: i) aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e di pagamento o in altre forme, il cui ammontare non superi 400.000 euro per impresa; ii) sostegno alla liquidità sotto forma di garanzie pubbliche su nuovi prestiti individuali concessi alle imprese, nonché sotto forma di tassi di interesse agevolati per un periodo e un importo del prestito limitati; iii) aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali e di pagamento o in altre forme – il cui ammontare complessivo per impresa non supera il 30% dei costi ammissibili, fino a un massimo di 2 milioni di euro – per sostenere i costi aggiuntivi dovuti all'aumento dei prezzi del gas naturale e dell'energia elettrica (con ulteriori incentivi nel caso di "imprese a forte consumo di energia"). Vedasi M. PREVIAELLO, *Crisi ucraina e nuovo Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato*, cit., p. 95-96 e Camera dei deputati – Servizio studi, *Gli aiuti di stato*, cit.

⁵⁸ In tal senso anche M. PREVIAELLO, *op. cit.*, p. 91, con l'Autrice che evidenzia come anche la giurisprudenza europea avrebbe ulteriormente avallato questo margine di discrezionalità. Così, infatti, Tribunale UE, 17 febbraio 2021, *Ryanair c. Commissione*, causa 238/20, laddove i giudici hanno evidenziato che, in base all'art. 107, par. 3, lett. b), non sarebbe richiesto alla Commissione di dimostrare una prevalenza degli effetti positivi delle misure rispetto alle loro eventuali conseguenze negative sul mercato, a fronte del fatto che il perseguimento dell'in-

Per quanto, dunque, anche tale ultima azione della Commissione mantenga formalmente il carattere della temporaneità, lo stato di costante crisi a cui sembra essere condannata l'Europa pare avere trasformato la disciplina degli aiuti di stato da strumento per gestire l'emergenza a strumento per governare la quotidianità⁵⁹, da strumento di politica concorrenziale a strumento di politica industriale⁶⁰, a fronte di un mercato unico non più solamente da tutelare e sostenere, come durante la sua nascita e crescita, ma da indirizzare – in questa sua età matura – verso obiettivi che non sarebbe capace di conseguire autonomamente⁶¹.

Infine, è bene segnalare sin da ora, per poi ritornarvi in seguito, che l'intervento pubblico nell'economia del Vecchio Continente non si è circoscritto solo al ripensamento degli equilibri interni alla disciplina degli aiuti di stato, ma la ripresa di lungo periodo è stata ancorata al Dispositivo europeo di Ripresa e Resilienza⁶², capace di mettere a disposizione degli Stati Membri oltre 670 miliardi di euro per stimolare la trasformazione sociale, economica e ambientale della società europea.

3. L'intervento pubblico in economia nel sistema U.S.A.

Verificato come, in Europa, la rigidità con cui il divieto di intervento pubblico in economia si sia fortemente assottigliata, è possibile procedere a comparazione con il sistema statunitense.

Qui, il tema degli aiuti di stato ha ricevuto ben diversa attenzione, acquisendo profili di contatto con le dinamiche del Vecchio Continente soprattutto per quanto riguarda i rapporti tra Stati federati e Stato federale⁶³. Da un lato, infatti, i poteri di spesa e incentivazione di attività private del governo centrale non sono mai stati sostanzialmente messi in dubbio, nei limiti delle risorse garantite dal bilancio nazionale, consentendogli dunque, se necessario, di indirizzare il mercato nel perseguimento di fini ulteriori rispetto alla sola tutela del-

teresse comune sarebbe comunque sempre connotato a un'azione volta a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro, e quindi dell'Unione.

⁵⁹ Su come ogni elemento di novità – per esempio, l'intelligenza artificiale – tenda ad essere approcciata nel contesto europeo secondo dinamiche di gestione della crisi, vedasi E. CHITI-B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in questa *Rivista*, 2020, p. 29 ss.

⁶⁰ Sulla distinzione tra politiche della concorrenza, preordinate a definire, promuovere e presidiare le condizioni per un corretto confronto concorrenziale tra imprese, e politiche industriali, volte a orientare in vario modo le imprese verso determinate scelte produttive o di mercato e, quindi, verso fini ulteriori rispetto a quelli solamente economici, vedasi E. BRUTI LIBERATI, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in questa *Rivista*, 2015, p. 16 ss. nonché, più di recente dello stesso Autore, Id., voce *Industria*, in *Enc. dir. – I Tematici – Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 654 ss.

⁶¹ Sulla trasformazione del mercato concorrenziale da obiettivo autoconcluso dell'azione pubblica a mezzo per il perseguimento di ulteriori obiettivi si tornerà nelle sezioni finali del presente elaborato; basti qui il riferimento a F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 15 ss. e, più di recente, R. BIN, *La concorrenza nel bilanciamento dei valori*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Bari, 2019, p. 65 ss.

⁶² Introdotto con il regolamento UE n. 2021/241 del 12 febbraio 2021.

⁶³ Per un sintetico confronto dei due ordinamenti in tema di aiuti di stato, D.P. WOOD, *State Aid Management in the United States*, in 1 *ESTAL* 40 (2013).

la concorrenza. E in questo senso milita il potere, riconosciuto dalla Costituzione americana al governo U.S.A., di regolare non solo il commercio con gli Stati stranieri, ma anche quello tra gli Stati federati (c.d. *Commerce clause*)⁶⁴. D'altra parte, a differenza di quanto accaduto nell'Unione europea, non si è mai presentato il rischio di un conflitto tra "campioni industriali nazionali" facenti capo a differenti Stati sovrani, proprio per il semplice fatto che, in questo caso, l'entità sovrana rimane una sola⁶⁵.

Dall'altro lato, però, la forma di governo federale che caratterizza gli U.S.A. consente di ipotizzare una possibile rottura del c.d. *level playing field* tra i singoli Stati federati, qualora questi intraprendano azioni capaci minare l'unità del mercato nazionale, alterando l'ordinaria competizione fra operatori economici collocati nei rispettivi territori. Anticorpi a questa evenienza, però, sono direttamente riscontrabili nella Costituzione, proprio all'interno della già menzionata *Commerce clause*. Questa previsione è stata infatti interpretata dalla Corte suprema quale portatrice di un limite implicito ai poteri degli Stati federati (c.d. *dormant Commerce clause*), i quali non possono agire a detrimento della concorrenza infrastatale e del commercio nazionale, alla cui integrità è quindi riconosciuta tutela a livello costituzionale⁶⁶. Dunque, può dirsi che nel sistema statunitense opera un divieto di intervento da parte degli Stati qualora esso generi un «*differential treatment of in-state and out-of state economic interests that benefits the former and burdens the latter*»⁶⁷, che comunque conserva effettive diversità rispetto al meccanismo disciplinato dagli artt. 107 e 108 TFUE.

Un primo gruppo di difformità è sicuramente di carattere "procedurale", a partire dalla diversa natura degli organi preposti a vigilare sul divieto di ingerenze pubbliche negli equilibri di mercato. In Europa, si tratta di un organo politico come la Commissione, mentre, negli U.S.A., di un organo giurisdizionale quale la Corte suprema. Sicché la prima – sfruttando gli spazi concessi dall'art. 107 TFUE – ha dimostrato la propria propensione a trasformare la disciplina degli aiuti di stato in strumento di politica industriale europea, mentre la Corte suprema, in maggiore aderenza alla sua natura, si è principalmente limitata a verificare, di caso in caso, la compatibilità di una misura con gli equilibri concorrenziali, senza ulteriori considerazioni di interessi⁶⁸. Ancora, alla Commissione spetta innanzitutto un potere di controllo *ex ante* – seppur affievolito dall'adozione di regolamenti di esenzione del dovere di notifica (c.d. GBER e *de minimis*) nonché dalle dinamiche sempre più emergenziali in cui è chiamata a operare – che dovrebbe attivarsi ogniqualvolta uno Stato Membro intenda introdurre un vantaggio economico selettivo; la Corte suprema, invece, opera solo *ex post*, a sovvenzione introdotta ed esclusivamente qualora un altro Sta-

⁶⁴ US Constitution, art. 1, sec. 8.

⁶⁵ Per alcune riflessioni sugli incentivi in materia fiscale e ambientale, ma estendibili anche alle altre materie, vedasi J.E. MILNE, *Energy Tax Incentives in the United States: A Comparative Perspective on State Aid*, in 1 *ESTAL* 34 (2017).

⁶⁶ Tale interpretazione dell'art 1, sec. 8 della Costituzione americana e il conseguente divieto di azioni discriminatorie a discapito di operatori economici extra-statali sono rinvenibili in una pluralità di sentenze della Corte suprema, tra cui US Supreme Court, *Maryland v. Louisiana*, 451 U.S. 725, 754 (1981); *West Lynn Creamery, Inc. v. Healy*, 512 U.S. 186, 193 (1994); *Camps Newfound/Owatonna, Inc. v. Town of Harrison, Maine*, 520 U.S. 564, 571-72 (1997).

⁶⁷ Cfr. US Supreme Court, *Oregon Waste Systems, Inc. v. Department of Environmental Quality of the State of Oregon*, 511 U.S. 93, 99 (1994).

⁶⁸ Così J.E. MILNE, *Energy Tax Incentives in the United States: A Comparative Perspective on State Aid*, cit., p. 43.

to federato o un operatore economico che si ritiene ingiustamente danneggiato decida di sottoporle il caso⁶⁹. Infine, se tanto la Commissione (e le Corti europee), da un lato, quanto la Corte suprema americana, dall'altro, hanno con le proprie decisioni definito i contenuti concreti dell'art. 107 TFUE e della c.d. *dormant Commerce clause*, alla Commissione è certamente riconosciuto un più ampio potere di indirizzo *ex ante* delle condotte statali, grazie al frequente ricorso agli strumenti di *soft law* a sua disposizione – le Comunicazioni, più volte richiamate nel paragrafo precedente – così da facilitare l'individuazione degli interventi pubblici compatibili con il diritto europeo⁷⁰.

D'altra parte, la differenza qui di maggiore interesse resta quella di matrice sostanziale: al momento, in base alla giurisprudenza della Corte suprema, rilevanti ai fini del divieto di discriminazione nel commercio infrastatale sono solo gli interventi di natura fiscale che i singoli Stati possono porre in essere – sia in termini di regime più sfavorevole per gli operatori extra-stato, sia in termini di regimi più vantaggiosi per gli operatori infra-stato –, senza che acquistino rilevanza le incentivazioni dirette, come prestiti agevolati o sovvenzioni⁷¹, con una significativa conseguenza quanto al margine di azione degli Stati federati U.S.A. rispetto agli Stati Membri UE.

Alla luce di questa breve ricostruzione, dunque, è possibile affermare come il sistema americano, sia a livello nazionale che sub-federale, si dimostri ben più libero nel riconoscere l'ammissibilità di forme di ingerenza pubblica nell'economia, risultanti in incentivazioni a vantaggio di determinati operatori o settori produttivi. Tuttavia, alla maggiore libertà in astratto, non ne è corrisposto necessariamente un più ampio sfruttamento in concreto.

Infatti, partendo dagli anni precedenti alla crisi finanziaria del 2008, è possibile osservare una sostanziale assenza di intervento pubblico nel contesto della c.d. *new economy* (1996-2008), in cui la fase di crescita economica, ancorata alla crescita tecnologica, era risultata principalmente il frutto di autonomi investimenti privati⁷². Il supporto pubblico, in questo caso, si è verificato solo in via indiretta, grazie alle scelte di una politica fiscale generale particolarmente favorevole alle attività imprenditoriali e con una politica monetaria capace di tenere basso il costo del denaro e, dunque, facilitare l'accesso al credito⁷³. Ancora, si è dimostrato rilevante l'intervento regolatorio pubblico in alcuni nuovi settori del mercato – principalmente quelli dell'economia digitale – con uno sforzo sempre e comunque teso alla creazione di contesti concorren-

⁶⁹ In materia, vedasi anche P.D. ENRICH, *Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business*, in 110 *Harvard Law Review* 377 (1996), spec. p. 409 ss. Sulla carenza di legittimazione processuale dei singoli cittadini in relazione alla c.d. *dormant Commerce clause*, vedasi US Supreme Court, *Cuno v. DaimlerChrysler, Inc.*, 547 U.S. 332 (2006).

⁷⁰ Sugli effetti di autovincolo degli atti di *soft-law* della Commissione, vedasi C. SCHEPISI, *La valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato. Alcune riflessioni sulla discrezionalità e sui limiti della Commissione*, cit., p. 330 ss.

⁷¹ Questa distinzione tra strumenti di matrice fiscale e le differenti forme di incentivi è chiaramente effettuata in US Supreme Court, *New Energy Co. of Indiana v. Limbach*, 486 U.S. 269, 278 (1988).

⁷² Tale quadro è ricostruito da M. BERTOLDI, *Stato o mercato? Il ruolo dell'intervento pubblico nell'affermazione e nel consolidamento della nuova economia americana*, in *Stato merc.*, 2008, p. 411 ss.

⁷³ In questo senso, M. BAILY, *Comments to Samuelson and Varian*, in J. FRENKEL-P. ORSZAG (a cura di), *American Economic Policy in the 1990s*, MIT Press, Boston, 2002, p. 413 ss., spec. p. 416.

ziali e alla protezione dell'iniziativa economica privata (in questo senso, per esempio, gli interventi maggiormente protettivi del diritto d'autore o l'apertura alla concorrenza del settore dei servizi internet)⁷⁴. Gli investimenti pubblici, invece, risultano sostanzialmente circoscritti alla ricerca e allo sviluppo di nuove tecnologie in campo medico e militare, con finanziamenti spesso direttamente a favore di soggetti governativi⁷⁵.

Come in Europa, tuttavia, un cambiamento di rotta si è avuto con l'emergenza degli istituti di credito del 2008, a fronte della quale anche nell'ordinamento statunitense ha preso corpo la figura del c.d. "Stato salvatore"⁷⁶: da qui l'adozione dell'*Emergency Stabilization Act* del 2008⁷⁷ e dell'*American Recovery and Reinvestment Act* del 2009⁷⁸. Il primo diretto a destinare 700 miliardi di dollari federali al salvataggio delle banche in difficoltà, principalmente attraverso l'acquisto di strumenti finanziari ad alto rischio e ricapitalizzazioni pubbliche degli istituti di credito; il secondo, a spettro ben più ampio, con cui si sono messi a disposizione oltre 800 miliardi di dollari per interventi trasversali, comprensivi di forme di sostegno a favore dei singoli individui, investimenti nel sistema sanitario, risorse per le infrastrutture pubbliche e incentivi orizzontali a vantaggio delle imprese, salvo ulteriori fondi da destinare specificatamente al settore all'industria dell'energia rinnovabile.

Sempre parallelamente a quanto accaduto in Europa, dopo questi primi interventi sostanziali conseguenti alla crisi finanziaria del 2008⁷⁹, è stata la pandemia di Covid-19 a comportare una nuova affermazione dell'esigenza di un adeguato intervento pubblico a sostegno degli operatori economici privati. Quest'ultimo si è concretizzato nell'ambito di un pacchetto di sei disposizioni normative, dal valore complessivo di 4.600 miliardi di dollari, diretti a recare sollievo a una pluralità di settori della società, dell'economia e dell'apparato pubblico statunitense⁸⁰. Quanto agli interventi per il salvataggio del comparto industriale, il *Paycheck Protection Program* è stato il principale strumento introdotto con il *CARES Act* del 2020⁸¹ come misura destinata alle piccole e medie imprese in condizioni di difficoltà, pur venendo sostanzialmente criticato

⁷⁴ Sull'apertura del servizio internet alla concorrenza, vedasi P. SAMULENSEN-H. VARIAN, *The New Economy and Information Technology Policy*, in J. FRENKEL-P. ORSZAG (a cura di), *American Economic Policy in the 1990s*, cit., p. 361 ss.

⁷⁵ Si veda M. BERTOLDI, *Stato o mercato? Il ruolo dell'intervento pubblico nell'affermazione e nel consolidamento della nuova economia americana*, cit., p. 420 ss.

⁷⁶ Il riferimento va al titolo del contributo di G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.* 2008, p. 1083 ss. che appunto analizza gli interventi con cui la politica U.S.A. ha agito a salvataggio del sistema bancario nazionale.

⁷⁷ *Emergency Stabilization Act of 2008*, Publ. Law No. 110-343, 122 Stat. 3765 (3 ottobre 2008).

⁷⁸ *American Recovery and Reinvestment Act of 2009*, Publ. Law No. 111-5, 123 Stat. 115 (17 febbraio 2009).

⁷⁹ Non mancano comunque commenti che hanno sottolineato l'inadeguatezza delle somme messe a disposizione dal governo federale, specie tramite l'*American Recovery and Reinvestment Act*, a supporto degli investimenti privati; in tal senso J. BIVENS, *Public investment. The next "new thing" for powering economic growth*, in *EPI Briefing Paper*, 2012, p. 1 ss., spec. p. 3 e S. PARK, *Public investment is crucial to strengthening U.S. economic growth and tackling inequality*, in *Washington Center for Equitable Growth*, 2019, online: <https://equitablegrowth.org/public-investment-is-crucial-to-strengthening-u-s-economic-growth-and-tackling-inequality/>.

⁸⁰ Per una schematica rappresentazione di questi interventi, vedasi US Government Accountability Office, *COVID-19 Relief: Funding and Spending as of Jan. 31, 2023*, febbraio 2023, online: www.gao.gov/assets/gao-23-106647.pdf.

⁸¹ *CARES Act*, Publ. Law No 116-136, 134 Stat. 281 (27 marzo 2020).

per l'inadeguatezza delle risorse messe a disposizione⁸² e per il criterio di distribuzione delle stesse, basato su un meccanismo "*first come, first served*" che non ne ha assicurato la destinazione ai soggetti effettivamente in maggiori condizioni di bisogno⁸³.

Con l'*American Rescue Plan Act* del 2021⁸⁴, l'amministrazione Biden ha così ampliato l'ambito di intervento, sia incrementando le risorse a disposizione dei sussidi a fondo perduto del *Paycheck Protection Program*, sia introducendo nuove forme di sgravi fiscali per le piccole imprese (per esempio, l'*Employee Retention Tax Credit* volto a circoscrivere i licenziamenti), sia prevedendo misure a supporto dei settori maggiormente colpiti dalla pandemia, come i trasporti (*Airline And National Security Relief Programs* e *Coronavirus Economic Relief For Transportation Services Program*) o il settore della ristorazione (*Restaurant Revitalization Fund*)⁸⁵.

3.1. L'I.R.A. nella politica climatica statunitense

È dunque in questo contesto di rivitalizzazione dell'intervento pubblico a sostegno dell'economia che si colloca l'adozione dell'*Inflation Reduction Act*, quale azione concepita per dirigere il mercato lungo traiettorie *green*, tramite incentivazioni non orizzontali, ma destinate a quegli specifici settori ritenuti capaci di favorire la decarbonizzazione della società statunitense.

A ben vedere, poi, l'I.R.A. affonda le sue radici nello sforzo per una ripresa (*rectius*, per un nuovo inizio, come si dirà a breve) di una politica climatica americana, segnata oramai da anni di sostanziale immobilismo. Le origini dell'atto ora in analisi, infatti, possono essere ricondotte a quel progetto di trasformazione ecologica e di giustizia sociale formulato tramite il c.d. *Green New Deal*, risoluzione presentata al Congresso nel febbraio del 2019⁸⁶ e che, sin dal nome, evoca un parallelismo con il *New Deal* rooseveltiano e, quindi, con un analogo protagonismo dell'intervento pubblico⁸⁷.

⁸² Una chiara argomentazione circa l'inadeguatezza del sistema di sussidi messi a disposizione dall'amministrazione Trump con il *CARES Act* è svolta da J.E. STIGLITZ, *The proper role of government in the market economy: The case of the post-COVID recovery*, in 1 *Journal of Government and Economics* 1 (2021). Nello stesso senso, A.S. HERH, *American rescue, infrastructure, and inflation-reduction acts are big steps in right direction*, in *Economic Policy Institute*, 2022, online: <https://www.epi.org/publication/big-steps-in-right-direction-but-much-more-infrastructure-investment-needed/>.

⁸³ Si vedano A.W. BARTIK-M. BERTRAND-Z. CULLEN-E.L. GLAESER-M. LUCA-C. STANTON, *The impact of COVID-19 on small business outcomes and expectations*, in 30 *PNAS* 17656 (2020) e J.E. HUMPHRIES-C. NEILSON-G. ULYSSEA, *The evolving impacts of Covid-19 on small businesses since the CARES Act*, in *Cowles Foundation Discussion Paper No. 2230*, 2020, 1 ss.

⁸⁴ American Rescue Plan Act of 2021, Publ. Law. No 117-2, 135 Stat 4 (11 marzo 2021).

⁸⁵ Per un quadro riassuntivo delle misure introdotte con l'*American Rescue Plan Act*, vedasi US Department of the Treasury, *FACT SHEET: The American Rescue Plan Will Deliver Immediate Economic Relief to Families*, marzo 2021, online: <https://home.treasury.gov/system/files/136/Fact-Sheet-03-18-21.pdf> e Id., *American Rescue Plan: Treasury's progress and impact after six months*, settembre 2021, online: <https://home.treasury.gov/system/files/136/American-Rescue-Plan-Six-Month-Report.pdf>.

⁸⁶ In realtà, l'espressione *Green New Deal* aveva già fatto la sua comparsa in precedenza, seppur fuori dalle camere legislative, sempre a indicare un'azione volta a rivitalizzare, lungo le traiettorie della sostenibilità, il settore industriale statunitense. Vedasi, per esempio, T.L. FRIEDMAN, *A warning from the garden*, in *N.Y. Times*, 19 gennaio 2007, online: <https://www.nytimes.com/2007/01/19/opinion/19friedman.html>.

⁸⁷ Su come il *Green New Deal* sia una chiamata all'intervento pubblico in economia, R. MEYER,

Caratterizzandosi principalmente come un manifesto per un'azione futura, tale risoluzione individua cinque principali obiettivi che comprendono: il raggiungimento della neutralità climatica del sistema statunitense; l'assicurazione di una stabilità economica per tutta la popolazione americana, attraverso la creazione di milioni di posti di lavoro equamente remunerati; la rinnovazione del sistema infrastrutturale statunitense; la garanzia, per le future generazioni, di un adeguato accesso alle risorse ambientali; e l'effettivo raggiungimento di una giustizia sociale in favore di quelle componenti della società americana vittime storiche di discriminazioni⁸⁸.

Nonostante l'iniziale insuccesso del *Green New Deal*⁸⁹, l'affermata esigenza di accompagnare la transizione verde con obiettivi di giustizia sociale, oltre alla necessità di rendere la trasformazione ecologica tecnicamente ed economicamente fattibile, nonché politicamente accettabile nella sua dimensione *disruptive*, ossia di abbandono dell'attuale modello "*brown*" di produzione, hanno spinto i commentatori a concentrarsi sugli strumenti normativi capaci di sostenere il cambio di paradigma. Così, piuttosto che prospettare una difficile riattivazione del percorso intrapreso con le c.d. "*old environmental law*"⁹⁰, basate sul *command and control* delle condotte private, la letteratura ha iniziato ad evidenziare la centralità che l'implementazione di forme pubbliche di sostegno all'iniziativa economica privata avrebbe potuto giocare a favore del progetto di decarbonizzazione nazionale⁹¹.

Invece di prevedere dilazioni nel tempo, per i vari settori produttivi, degli obblighi di adeguamento alle regole di sostenibilità, introducendo dunque forme di *temporal relieves* difficilmente compatibili con l'urgenza dell'azione nell'emergenza climatica, sono state inquadrare come essenziali le agevolazioni fiscali, le sovvenzioni, i prestiti garantiti e, quindi, tutti quei *financial relieves* capaci di incentivare gli investimenti privati innovativi e i cambiamenti dell'azione economica, nonché alleggerire i costi di conformazione alle nuove regole per quegli operatori ancorati all'attuale modello di sviluppo⁹².

A Centuries-Old Idea Could Revolutionize Climate Policy, in *The Atlantic*, 19 febbraio 2019, online: <https://www.theatlantic.com/science/archive/2019/02/green-new-deal-economic-principles/582943/>. Quanto alla dottrina giuridica americana, essa si è ampiamente interessata al progetto di *Green New Deal*; ex pluribus, T.M. ROBERTS, *Greenbacks for the Green New Deal*, in 17 *Pitt. Tax Rev.* 53 (2019); N.S. BRYNER, *The Green New Deal and Green Transitions*, in 44 *Vt. L. Rev.* 723 (2020); S. FERREY, *The "Green New Deal": Constitutional Limitations; Rerouting Green Technology*, in 44 *Vt. L. Rev.* 777 (2020).

⁸⁸ Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal, H. Res. 119 (7 febbraio 2019), sec. 1, lett. A-E).

⁸⁹ Presentato in piena presidenza Trump, la maggioranza repubblicana era riuscita a ottenere una rapida votazione che, già nel marzo 2019, dimostrasse l'assenza di supporto per la proposta; vedasi D. GRANDONI-F. SONMEZ, *Senate Defeats Green New Deal, as Democrats Call Vote a Sham*, in *The Washington Post*, 26 marzo, 2019, online: https://www.washingtonpost.com/powerpost/green-new-deal-on-track-to-senate-defeat-as-democrats-call-vote-a-sham/2019/03/26/834f3e5e-4fdd-11e9-a3f7-78b7525a8d5f_story.html.

⁹⁰ Il riferimento è a leggi come il National Environmental Policy Act of 1969, il Clean Air Act of 1970, il Clean Water Act of 1972, l'Endangered Species Act of 1973, il Resources Conservation and Recovery Act of 1976, il Toxic Substances Control Act of 1976. In materia, J.B. RUHL-J. SALZMAN, *What Happens When the Green New Deal Meets the Old Green Laws?*, in 44 *VT. L. Rev.* 693 (2020).

⁹¹ Per una riflessione ampia sui *transition relief*, ovvero gli strumenti a disposizione di governo e legislatore per guidare il – piuttosto che reagire al – cambiamento socio-economico in chiave ambientale, vedasi B. HUBER, *Transition Policy in Environmental Law*, in 35 *Harv. Envtl. L. Rev.* 91 (2011).

⁹² In questo senso, N.S. BRYNER, *The Green New Deal and Green Transitions*, cit., p. 746

D'altra parte, la decisione di fare degli strumenti di politica industriale i principali mezzi di politica climatica, più che una scelta di efficienza, nell'ordinamento giuridico statunitense pare risultare una scelta di necessità. Infatti, dopo l'intensa attività legislativa in materia ambientale degli anni Settanta⁹³, il Congresso si è trovato innanzi a difficoltà pressoché insormontabili nel varare nuovi atti che gli permettessero di adeguarsi agli obblighi internazionali in materia ambientale, specialmente a partire dagli anni Novanta. Questo principalmente a causa di maggioranze instabili, o comunque ristrette, che i vari partiti sono stati in grado di ottenere in seno all'organo legislativo americano⁹⁴. Tale instabilità, tuttavia, non ha impedito il formarsi di una coerente politica energetica nazionale⁹⁵, che ha consentito ripetute azioni di supporto all'industria energetica rinnovabile, per esempio all'interno dell'*Energy Policy Act* del 2005⁹⁶ e del già menzionato *American Recovery and Reinvestment Act* del 2009, concretizzatesi in prestiti e sovvenzioni per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione delle tecnologie verdi di produzione dell'energia (questo anche a livello dei singoli Stati federati)⁹⁷. La ragione di ciò può essere fatta risalire al consenso *bipartisan* che tali politiche sono state in grado di collezionare durante le varie amministrazioni succedutesi nel tempo, vuoi sotto forma di strumenti per la lotta al cambiamento climatico, vuoi come mezzo per garantire l'indipendenza energetica del Paese⁹⁸.

Consenso bilaterale che, come detto, non si è rivelato raggiungibile in relazione alle più ampie politiche climatiche, capaci di incidere sullo *status quo* di tutti i settori produttivi, al punto da avere spinto l'amministrazione Obama – favorevole a interventi di contenimento dell'impatto ambientale statunitense – ad aggirare lo stallo del legislatore principalmente ricorrendo ad *executive orders* e all'azione regolatoria dell'*Environmental Protection Agency* (EPA), appunto operante sotto diretta influenza del presidente U.S.A.⁹⁹. Le misure così adotta-

ss.; G. BANG, *The United States: Conditions for Accelerating Decarbonisation in a Politically Divided Country*, in 21 *Int. Env. Agreements: Pol. L. & Econ.* 43 (2021).

⁹³ Si vedano le norme elencate nella precedente nota 90.

⁹⁴ In questo senso, G. BANG-M.A. SCHREURS, *The United States: The challenge of global climate leadership in a politically divided state*, in R. WURZEL-J. CONNELLY-D. LIEFFERINK (a cura di), *The European Union in international climate change politics: Still taking a lead?*, Routledge, Londra, 2017, p. 239 ss.

⁹⁵ Sulla differenza tra politiche energetiche e politiche climatiche, vedasi J.J. MONAST, *The end and means of Decarbonization: the Green New Deal in context*, in 50 *Envtl. L.* 21 (2020), spec. p. 34, laddove l'Autore evidenzia come gli obiettivi di decarbonizzazione possono essere perseguiti tramite politiche energetiche, ma esse consentono di affrontare solo una parte del problema. Queste ultime, infatti, concernono le scelte riguardanti le modalità di produzione e consumo di energia, mentre una piena decarbonizzazione richiede interventi di politica climatica più ampi, che vadano a incidere su una pluralità di settori del mercato, come quelli dei trasporti, dell'agricoltura, dell'industria siderurgica, ecc.

⁹⁶ *Energy Policy Act of 2005*, Publ. Law No 109-58, 119 Stat. 594 (8 agosto 2005).

⁹⁷ Per un'analisi di alcuni di questi incentivi, A.M. GALLI-D.R. FISHER, *Hybrid Arrangements as a Form of Ecological Modernization: The Case of the US Energy Efficiency Conservation Block Grants*, in 8 *Sustainability* 1 (2016). Per una più comprensiva esposizione delle politiche energetiche e climatiche dal 1990 in poi, R. SUSSMAN, *Designing the New Green Deal: Where's the Sweet Spot*, in 49 *Envtl. L. Rep. News & Analysis* 10428 (2019); G. BANG, *The United States: Conditions for Accelerating Decarbonisation in a Politically Divided Country*, cit., p. 46 ss.

⁹⁸ Sul tema del consenso in materia di politiche energetiche, G. BANG, *Energy security and climate change concerns: Triggers for energy policy change in the United States?*, in 4 *Energy Policy* 1645 (2010).

⁹⁹ La dinamica è quella della c.d. *Presidential administration*; in materia, E. KAGAN, *Presidential Administration*, in 114 *Harv. Law Review* 2245 (2001). Tra le *regulations* adottate dall'EPA

te, però, si sono rivelate facilmente emendabili dalla successiva amministrazione repubblicana¹⁰⁰, mentre l'aggiramento dello stallo legislativo tramite l'intervento dell'apparato amministrativo è stato reso, da una recente sentenza della Corte suprema, difficilmente perseguibile¹⁰¹.

Da qui, dunque, la scelta (obbligata) dell'esecutivo Biden – nuovamente favorevole all'azione di tutela dell'ambiente – di legare le azioni di politica climatica a quelle di politica industriale e, dunque, di investimento di risorse pubbliche per orientare l'attività imprenditoriale privata. Principale ostacolo all'adozione di leggi in materia ambientale da parte del Congresso è, infatti, la *filibuster rule*, consistente nell'azione della fazione politica di minoranza, sfavorevole all'adozione di una norma, volta a prolungare il dibattito in Senato, sostanzialmente impendendo alla maggioranza di arrivare al voto. La possibilità di chiudere forzatamente il dibattito (*cloture rule*) è ancorata all'espressione di una maggioranza qualificata (60 senatori su 100) difficilmente raggiungibile alla luce della già descritta instabilità interna all'organo legislativo statunitense¹⁰². Tuttavia, la *filibuster rule* non opera in relazione ad alcune tipologie di leggi, per le quali sono le norme stesse a prevedere un limite massimo per il dibattito parlamentare¹⁰³, al cui scadere è quindi necessario andare al voto. Tra queste leggi rientrano principalmente quelle in materia di spesa pubblica e, dunque, anche quelle mediante cui disporre l'utilizzo di risorse federali per favorire gli investimenti privati in determinati settori produttivi.

Proprio attraverso tali dinamiche, dunque, si è riusciti ad arrivare all'approvazione dell'I.R.A.

Ripercorrendo ora i contenuti dell'atto e concentrando l'attenzione sugli in-

durante l'amministrazione Obama in materia climatica, centrale è il *Clean Power Plan*, contenente in primo luogo i *National ambient air quality standards* – NAAQS, ossia i livelli nazionali di qualità dell'aria.

¹⁰⁰ Riassuntivo di questo approccio è il *Presidential Executive Order No. 13783 on Promoting Energy Independence and Economic Growth* del 28 marzo 2017, con cui il Presidente ha chiesto alle *agencies* (in primis, all'EPA) di rivedere gli atti adottati durante la precedente amministrazione, ritenuti ostacolo per «*the development of domestic energy resources beyond the degree necessary to protect the public interest or otherwise comply with the law*». Da qui la successiva sostituzione del *Clean Power Plan* con l'*Affordable Clean Energy Rule*, sicuramente meno stringente nel contrasto alle emissioni di gas serra.

¹⁰¹ US Supreme Court, *West Virginia et al. v. EPA et al.* 597 U.S. (30 giugno 2022), con cui si è disposto l'annullamento del *Clean Power Plan* a fronte di una sua reviviscenza in seguito a una precedente decisione di annullamento del *Affordable Clean Energy Rule*. Secondo i giudici, il *Clean Power Plan* avrebbe ecceduto i poteri legittimamente esercitabili dall'EPA in quanto delegatigli dal Congresso tramite il *Clean Air Act*, dando luogo a una violazione della c.d. *non-delegation doctrine*, interrompendo anni di *deference* nei confronti delle scelte delle *agencies*. Come detto, da questo precedente sembrano quindi derivare significative difficoltà per l'amministrazione Biden nel poter sfruttare la c.d. *Presidential administration* per perseguire politiche sostanziali di lotta al cambiamento climatico. Per un commento alla sentenza, L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *DPCE Online*, 2022, p. 159 ss.

¹⁰² Per un'esposizione di queste dinamiche in materia ambientale, N.S. BRYNER, *Green Transitions in a Covid Economy*, in 40 Pace. Env't. L. Rev. 37 (2022), spec. p. 46 ss. Per una più approfondita analisi della *filibuster* e della *cloture rule*, C. FISK-E. CHERMERINSKY, *The Filibuster*, in 49 *Stan. L. Rev.* 181 (1997); D.T. COENEN, *The Filibuster and the Framing: Why the Cloture Rule Is Unconstitutional and What to Do about It*, in 55 *B.C. L. Rev.* 39 (2014).

¹⁰³ In questo senso dispone il Congressional Budget Act of 1974, introducendo l'istituto della c.d. *reconciliation*, il quale appunto permette di interrompere il prolungato dibattito parlamentare. Sulla *reconciliation*, T. JACOBI-J. VANDAM, *The Filibuster and Reconciliation: The Future of Majoritarian Lawmaking in the U.S. Senate*, in 47 *U.C.D. L. Rev.* 261 (2013).

terventi di politica climatica ¹⁰⁴, è così possibile individuare la seguente serie di incentivi ¹⁰⁵.

Il *Production Tax Credit for Carbon Capture and Sequestration*, diretto a sostenere l'attivazione di impianti di cattura e sequestro del carbonio fornendo un credito fiscale per ogni tonnellata di CO₂ catturata e/o riutilizzata, con un importo differente a seconda si tratti di impianti accessori a un sito produttivo oppure strutture esclusivamente destinate all'azione di decarbonizzazione. Il *Nuclear Power Production Tax Credit*, volto a incentivare la produzione di energia elettrica da impianti nucleari fino al 2032, con un valore parametrato alla quantità di energia prodotta. Il *Clean Fuel Tax Credits*, diretto invece a sostenere la produzione di carburanti puliti per l'industria e per il trasporto (incluso quello aereo), comprendendo biodiesel, carburanti alternativi e idrogeno. Il *Clean Energy Manufacturing Tax Credit*, che mira a supportare le imprese attive nella produzione di componentistica o nella lavorazione di materiali rilevanti nell'economia verde, come batterie, pannelli solari, alluminio, cobalto ecc. Il *Clean Energy and Efficiency for Individuals*, altro credito fiscale questa volta a favore delle persone fisiche, ma che opera indirettamente a vantaggio delle industrie *green* in quanto inteso a sostenere gli investimenti necessari per migliorare l'efficienza energetica delle abitazioni, tramite l'acquisto di batterie, pannelli solari, pompe di calore, ecc. Non c'è dubbio che di tutti questi interventi beneficino direttamente o indirettamente le imprese verdi statunitensi: nelle prime quattro ipotesi, non potendo che essere destinati a impianti collocati sul territorio americano; nell'ultima, perché sarà più probabile che i consumatori U.S.A. acquistino merce prodotta all'interno del loro mercato, anche solo per una semplice ragione di vicinanza geografica.

Tuttavia, se il *Clean Energy and Efficiency for Individuals Tax Credit* non effettua discriminazione alcuna sulla base dell'origine del prodotto, veri e propri requisiti di *domestic production* sono previsti per l'ultima coppia di incentivi, oggetto di ulteriore incremento solo se si soddisfano determinati caratteri di "americanità". In questo senso, il *Production and Investment Tax Credit* introduce due forme distinte e alternative di credito fiscale per la produzione di energia elettrica rinnovabile, parametrato o in base alla quantità di energia prodotta (*Production Tax Credit*) o al costo dell'investimento produttivo (*Investment Tax Credit*). Per tali crediti fiscali, oltre a un possibile aumento connesso alle condizioni contrattuali offerte ai dipendenti, è previsto un incremento del 10% in relazione a quegli impianti che, nella loro realizzazione, hanno usato acciaio, ferro e ulteriore componentistica prodotta negli Stati Uniti. Requisiti simili sono poi inclusi nel *Clean Vehicles Tax Credit*, incentivo rivolto all'acquisto di autoveicoli elettrici da parte di individui che soddisfino determinati requisiti reddituali. Il credito fiscale non solo si applica esclusivamente ad autoveicoli il cui assemblaggio finale abbia avuto luogo negli Stati Uniti (o in Canada e Messico), ma il suo importo, fino a un massimo di 7.500 dollari, è definito in base al soddisfacimento di ulteriori *local-content requirements*. Metà

¹⁰⁴ Contenuti nel *Title I – Subtitle D – Energy Security*.

¹⁰⁵ Per un riassunto delle previsioni dell'atto, si vedano J. BISTLINE-N.R. MEHROTRA-C. WOLFRAM, *Economic Implications of the Climate Provisions of the Inflation Reduction Act*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, 2023, p. 1 ss., spec. pp. 5-9; D. KLEIMANN-N. POITIERS-A. SAPIR-S. TAGLIAPIETRA-N. VÉRON-R. VEUGELERS-J. ZETTELMEYER, *How Europe should answer the US Inflation Reduction Act*, in *Brugel Policy Contribution*, 2023, p. 1 ss., spec. pp. 3-5; A. SHAWN, *United States: the US Inflation Reduction Act of 2022 and the energy sector*, in *I.E.L.R.* 15 (2023).

del valore, infatti, è parametrato alla realizzazione negli U.S.A. dei componenti della batteria; l'altra metà al luogo di estrazione dei minerali rari utilizzati nella sua produzione, che deve corrispondere o agli Stati Uniti o a uno dei venti paesi con cui essi hanno stipulato un accordo commerciale ¹⁰⁶. Chiare sono le ragioni, dunque, per cui tali previsioni hanno attirato l'attenzione e le preoccupazioni dell'Unione europea.

Concludendo, dal quadro appena tracciato traspare senza dubbio che gli incentivi introdotti dal legislatore statunitense con l'I.R.A. presentano tutti quegli elementi – a partire dal carattere selettivo, non operando “orizzontalmente” a favore di tutte le attività industriali – che, nel contesto europeo, li sottoporrebbero al controllo della Commissione come possibili aiuti di stato. Allo stesso tempo, proprio il menzionato carattere di selettività degli incentivi evidenzia come l'*Inflation Reduction Act* sia strumento di politica climatico-industriale, usato dal governo statunitense per “scegliere i vincitori”, le industrie *green*, favorendole nella competizione con gli operatori economici la cui attività non risulti in consonanza con l'obiettivo di decarbonizzazione del sistema americano ¹⁰⁷.

4. La politica climatica europea

Definito il ruolo dell'I.R.A. nella politica climatico-industriale americana, per poter comprendere appieno le preoccupazioni europee che esso ha suscitato non resta che verificare lo stato di salute della politica climatica del Vecchio Continente, inquadrando il ruolo che gli investimenti pubblici possono avere in essa – anche alla luce di quanto tratteggiato nelle precedenti pagine in relazione agli attuali equilibri interni alla disciplina sugli aiuti di stato.

Sicuramente non può negarsi che l'Unione, almeno formalmente, presenta una politica climatica più attiva di quella nordamericana. Il quadro più recente, infatti, si caratterizza per alcune tappe chiare e fondamentali ¹⁰⁸: si è partiti con

¹⁰⁶ Tra questi non è compreso nessun paese europeo, né l'Unione europea stessa; per l'elenco, vedasi Office of the United States Trade Representative, *Free trade agreements*, online: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>.

¹⁰⁷ Non mancano, però, dubbi quanto all'effettiva capacità dell'I.R.A. di raggiungere i livelli di riduzione di emissioni promessi, come indicati all'inizio di questo scritto. In tal senso, vedasi R. LEONCINI, *Inflation reduction act: un breve commento*, in *EUblog.eu*, 15 marzo 2023, online: <https://www.eublog.eu/articolo/35045/Inflation-reduction-act:-un-breve-commento/Leoncini>, in base alla cui analisi non solo le risorse messe a disposizione appaiono sottodimensionate rispetto al volume dell'economia statunitense, ma l'impianto normativo scelto non garantirebbe il *phase out* delle industrie non sostenibili, in quanto l'I.R.A. si limita a premiare «chi fa la cosa giusta, senza penalizzare chi fa quella sbagliata». In questo modo, le industrie “*brown*” potrebbero continuare a operare per lungo tempo prima che il mercato ne decreti effettivamente l'anti-economicità e, dunque, la chiusura.

¹⁰⁸ Per una ricostruzione della c.d. *green industrial policy* europea, vedasi E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 415 ss.; ID., *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in questa *Rivista*, 2022, p. 3 ss.; E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, ivi, p. 468 ss.; ID., *Managing the ecological transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in 59 *CML Rev.* 19 (2022); F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in questa *Rivista*, 2022, p. 13 ss.

il *Green Deal* del 2019¹⁰⁹, attraverso cui la Commissione ha fissato l'obiettivo politico della neutralità carbonica entro il 2050; per passare alla c.d. "legge europea sul clima"¹¹⁰, in cui questo obiettivo è stato reso vincolante assieme al traguardo intermedio della riduzione del 55% rispetto ai livelli del 1990 delle emissioni entro il 2030; per arrivare infine al *Fit for 55*, oramai giunto alle ultime battute del suo *iter* legislativo di approvazione. Con quest'ultimo pacchetto normativo, si specificano ulteriormente le azioni di decarbonizzazione, ai fini di concretizzare la cornice generale contenuta nella legge sul clima, prevedendo sia riforme al vigente diritto eurounitario, sia l'introduzione di nuove regolamentazioni in un numero particolarmente ampio di settori, che vanno dal sistema ETS, compresa una ridefinizione dei limiti emissivi, alla produzione di energia pulita, dall'utilizzo del suolo al sistema dei trasporti, dall'efficientamento energetico degli edifici alla previsione di strumenti di sostenibilità sociale che accompagnino la transizione verde¹¹¹.

Il modello di azione prefigurato in questa serie di atti resta sempre quello dello sviluppo sostenibile, in cui la neutralizzazione dell'impatto ambientale non deve andare a discapito della crescita economica, ma con una sostenibilità che deve cessare di essere mero limite esterno all'iniziativa produttiva privata per diventare una sua componente intrinseca, incaricata di guidarne le scelte¹¹². In questo senso, quindi, possono oggi essere lette la sostituzione ad opera del Trattato di Lisbona, nell'art. 3 TUE, del riferimento alla concorrenza con quello all'economia sociale di mercato, così come l'art. 11 TFUE e il relativo principio di integrazione della tutela ambientale nella definizione e nell'attuazione di tutte le azioni dell'Unione¹¹³. Sempre in questo senso, dunque, deve ammettersi un intervento pubblico che corregga gli orientamenti del "secondo settore" (il mercato), laddove esso perda di vista quell'obiettivo di sostenibilità ambientale ora chiamato a condividere con il "primo settore" (il pubblico)¹¹⁴.

¹⁰⁹ «Comunicazione della Commissione dell'11 novembre 2019 – Il Green Deal europeo (COM(2019) 640 final)».

¹¹⁰ Regolamento UE 2021/1119 del 30 giugno 2021, in particolare artt. 2 e 4.

¹¹¹ Per un'esauritiva ricostruzione dei contenuti del pacchetto, vedasi G. CAVALIERI-B. CELATI-S. FRANCA-M. GANDIGLIO-A.R. GERMANI-A. GIORGI-G. SCARANO, *Il "Fit for 55" unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in questa Rivista, 2022, p. 409 ss. Vedasi anche Editorial comments, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, in 58 *CML Rev.* 2021, 1321 ss.

¹¹² In questo senso, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., p. 418 ss.

¹¹³ Oltre agli Autori già menzionati in tema di *green industrial policy* europea nella precedente nota 108, per questa interpretazione vedasi anche C. MURACA, *Tutela della concorrenza e sostenibilità ambientale: un dialogo difficile ma necessario*, cit., p. 79 ss.

¹¹⁴ In questo senso, *passim*, tutti gli Autori citati nella precedente nota 108; fra questi, per esempio, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., p. 422; E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, cit., p. 471 ss. Conformi a questa prospettiva, sul piano nazionale, appaiono poi i recenti interventi di modifica all'art. 9 e, soprattutto, all'art. 41 Cost., con la piena costituzionalizzazione del bene ambiente e con la considerazione dell'interesse ambientale quale condizione dell'azione economica privata. In questo senso, le ultime evoluzioni del Diritto europeo hanno dato luogo a una "rivalizzazione" dell'art. 41, comma 3, Cost. dopo che, per tanti anni, lo stesso diritto sovranazionale era stato causa di un suo passaggio in secondo piano. Per considerazioni più ampie sulle modifiche alla Costituzione italiana, vedasi, su tutti, M. DELSIGNORE, voce *Ambiente*, in *Enc. dir. – I Tematici – Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 46 ss.; M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma co-*

Quale ruolo è quindi riservato agli aiuti di stato, in questa revisione della costituzione economica europea, che accompagna e guida la trasformazione verde dell'Unione?

Un ruolo indubbiamente centrale, sia come strumento di pura politica industriale, dunque di rettifica delle scelte degli operatori privati (e non più solamente di tutela della concorrenza), sia come *finacial relief*, volto a rendere la transizione verde fattibile dal punto di vista economico, socialmente giusta e più politicamente accettabile anche nella sua dimensione distruttiva degli attuali assetti produttivi¹¹⁵. Se si guarda, però, alle Comunicazioni in tema di aiuti di stato adottate dalla Commissione successivamente al *Green Deal* del 2019, il risultato è un insieme non immediatamente coerente.

Questo è sicuramente vero per quel che riguarda il già descritto Quadro transitorio sugli aiuti introdotto conseguentemente alla crisi Covid-19. Come si è già accennato, l'esigenza, in tale contesto, era principalmente quella di salvare l'economia europea, sicché la condizionalità ambientale per l'utilizzo delle risorse pubbliche non si è mai effettivamente affermata, salvo alcuni richiami non precettivi nei considerando delle Comunicazioni e il solo obbligo di pubblicazione, limitato alle grandi imprese, delle informazioni sulle modalità di utilizzo delle risorse ricevute, per dimostrarne la conformità anche agli obiettivi di neutralità climatica¹¹⁶.

Alcune indicazioni ulteriori possono in realtà riscontrarsi nella più recente delle sei Comunicazioni definenti il Quadro temporaneo Covid-19. Da un lato, sempre nei considerando, la Commissione invita – non obbliga – gli Stati Membri a fare ricorso allo strumento del sostegno tecnico¹¹⁷, così da giungere a una definizione congiunta degli interventi in economia e delle loro modalità di attuazione, di modo che si rivelino capaci di accelerare la transizione verde e digitale¹¹⁸. Dall'altro, nell'ambito delle modifiche all'esistente Quadro temporaneo, la Commissione riconosce come «improbabile che gli investimenti che provocano un danno significativo agli obiettivi ambientali abbiano effetti positivi sufficienti a compensarne gli effetti negativi sulla concorrenza e sugli scambi commerciali», sostanzialmente statuendo che, nell'ambito del bilanciamento di interessi che è chiamata a svolgere ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. b), difficilmente un incentivo connesso ad attività dal forte impatto ambientale negativo potrà ritenersi autorizzabile¹¹⁹. Si tratta comunque di disposizioni non adeguate al sopradescritto nuovo assetto della costituzione economica europea, considerata non solo l'assenza di precettività degli obiettivi ambientali, ma pure una sostenibilità ancora concepita come mero “limite esterno” delle attività economiche e non come fattore intrinseco alle stesse (parafrasando il riportato

stituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente, in RGA, 2022, p. 1 ss. e, in questa Rivista, L. DELLI PRISCOLI, *Le modifiche alla Costituzione italiana in tema di tutela all'ambientale e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa privata*, 2022, p. 625 ss.

¹¹⁵ Sulla centralità dei sussidi pubblici all'economia verde per guidare la trasformazione, oltre a quanto già detto in relazione al *Green New Deal* americano, vedasi F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, cit., p. 18 ss. e Editorial comments, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, cit., p. 1333 ss.

¹¹⁶ Vedasi quanto detto nella precedente nota 51. Per un'analisi dottrinale di questi profili, si veda E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, in *Conc. e mercato*, 2020, p. 201 ss.

¹¹⁷ Strumento disciplinato dal regolamento UE 2021/240 del 10 febbraio 2021.

¹¹⁸ Si veda il pt. 20 della Comunicazione della Commissione del 18 novembre 2021.

¹¹⁹ Si veda il pt. 90 della Comunicazione della Commissione del 18 novembre 2021.

pt. 90 della Comunicazione, sicuramente non si finanziano le attività molto dannose per l'ambiente, ma non si assicura nemmeno che il sostegno vada solo a quelle conformi all'obiettivo di neutralità climatica).

Infine, è stato fatto notare come l'assenza di condizionalità ambientale, accompagnata dalla maggiore libertà degli Stati Membri nel ricorrere agli aiuti (e al controllo necessariamente meno incisivo della Commissione¹²⁰) abbiano determinato uno squilibrio non soltanto quantitativo tra risorse immesse dai singoli Stati Membri nelle proprie economie¹²¹, ma anche qualitativo, con gli Stati aventi maggiori capacità economiche in grado di investire in soluzioni sostenibili, e con i Paesi più poveri che si sono limitati a semplici interventi di salvataggio del proprio sistema produttivo, principalmente secondo logiche di breve periodo¹²².

Con l'avvento della guerra in Ucraina e della conseguente crisi energetica, qualcosa è però effettivamente cambiato¹²³. Prima di tutto, nel nuovo Quadro temporaneo, a una prima Comunicazione che – seguendo la linea tracciata dal Quadro Covid-19 – si limitava a garantire la sopravvivenza del settore industriale, con misure di sostegno indirizzabili a ogni impresa in difficoltà¹²⁴, sono seguite due Comunicazioni ben più significative in chiave di politica climatico-industriale. «[N]el contesto dell'aggressione militare russa contro l'Ucraina» è riconosciuto come essenziale «accelerare e ampliare la disponibilità di energie rinnovabili in modo efficiente sotto il profilo dei costi, al fine di ridurre rapidamente la dipendenza dalle importazioni russe di combustibili fossili e accelerare la transizione energetica», così da rendere automaticamente «compatibili con il mercato interno, sulla base dell'art. 107, par. 3, lett. c), TFUE, gli aiuti per la promozione dell'energia elettrica proveniente da fonti rinnovabili, dell'idrogeno rinnovabile, del biogas [ecc.]» purché soddisfino una serie di requisiti elencati dalla Commissione¹²⁵. Ugualmente, sono considerati automaticamente «compatibili con il mercato interno, a norma dell'art. 107, par. 3, lett. c), TFUE, gli aiuti agli investimenti che comportano i) una riduzione sostanziale delle emissioni di gas a effetto serra prodotte da attività industriali che si avvalgono attualmente dei combustibili fossili come fonte di energia o

¹²⁰ Vedasi quanto già detto in relazione alle note 52 e 53.

¹²¹ Sulle differenze quantitative negli aiuti, si rimanda a quanto detto nella precedente nota 55.

¹²² In questo senso, E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, cit., pp. 207-208.

¹²³ Per un'analisi della portata di questa crisi nel contesto delle politiche europee, E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, cit., p. 3 ss.

¹²⁴ «Comunicazione della Commissione del 24 marzo 2022». Vedasi in particolare gli aiuti indicati all'art. 2, come già riassunti nella precedente nota 57. Va comunque fatto notare che, all'art. 1.4., pt. 24, «Gli Stati membri sono invitati a considerare, in modo non discriminatorio, la fissazione di requisiti relativi alla protezione dell'ambiente o alla sicurezza dell'approvvigionamento per la concessione di aiuti» alle imprese affette dall'aumento eccezionale dei prezzi dell'energia, suggerendo quindi agli Stati di concedere tali sussidi a fronte di impegni degli operatori economici a migliorare la propria efficienza energetica o diversificare le proprie fonti di approvvigionamento, con maggiore ricorso a quelle rinnovabili.

¹²⁵ «Comunicazione della Commissione – Modifica del quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina (2022/C 280/01)», in particolare l'inserimento dell'art. 2.5., poi ripreso anche nella «Comunicazione della Commissione del 28 ottobre 2022 – Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina (2022/C 426/01)».

come materia prima o ii) una riduzione sostanziale del consumo energetico associato alle attività e ai processi industriali», sempre a fronte del rispetto di appositi requisiti ¹²⁶.

È quindi evidente come, con la prima previsione, la Commissione “scelga i vincitori”, consentendo un’alterazione delle dinamiche di mercato a favore dei produttori di energie rinnovabili, mentre con la seconda previsione essa introduca uno strumento di *financial relief* per quelle imprese che intendano cogliere l’occasione di adattarsi agli obiettivi di decarbonizzazione. Significativa è anche la base giuridica indicata per affermare la compatibilità degli aiuti: non l’art. 107, par. 3, lett. b), TFUE, tradizionalmente scelto – lo si è visto – come giustificazione degli interventi di “salvataggio industriale” innanzi a una crisi, ma l’art. 107, par. 3, lett. c), a sottolineare l’esigenza di «agevolare lo sviluppo di talune attività» – quelle legate alla transizione verde – di sicuro, impellente e “comune interesse” europeo.

Sempre in quest’ottica, e sempre come risposta alla crisi ucraina, la Commissione ha poi proceduto nel febbraio 2022 all’aggiornamento della Disciplina in materia di aiuti di stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia ¹²⁷, allo stesso tempo andando a soddisfare quanto previsto nello stesso *Green Deal* europeo, che per primo individuava nella revisione della precedente Comunicazione del 2014 ¹²⁸ una tappa essenziale per il processo di transizione verde ¹²⁹. Guardando alle novità introdotte, la Comunicazione del 2022 prima di tutto amplia il ventaglio di azioni che possono (più facilmente) beneficiare del sostegno pubblico e che ora comprendono, *ex pluribus*, la riduzione e l’eliminazione delle emissioni di gas serra, il miglioramento delle prestazioni energetiche e ambientali dell’edilizia, l’acquisto di “veicoli puliti”, la diffusione delle infrastrutture di ricarica per tali veicoli, l’implementazione dell’economia circolare, la tutela della biodiversità, ecc. ¹³⁰. Ancora, vengono incrementati gli

¹²⁶ «Comunicazione della Commissione – Modifica del quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia a seguito dell’aggressione della Russia contro l’Ucraina (2022/C 280/01)», in particolare l’inserimento dell’art. 2.6., poi ripreso anche nella «Comunicazione della Commissione del 28 ottobre 2022 – Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia a seguito dell’aggressione della Russia contro l’Ucraina (2022/C 426/01)».

¹²⁷ «Comunicazione della Commissione – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell’ambiente e dell’energia 2022 (2022/C 80/01)». Per una sua analisi, vedasi N. SPADARO, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in questa *Rivista*, 2021, p. 341 ss.

¹²⁸ «Comunicazione della Commissione del 28 giugno 2014 – Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell’ambiente e dell’energia 2014-2020 (2014/C 200/01)».

¹²⁹ Si veda il punto 2.2.2. del *Green Deal* europeo, ma anche la successiva «Comunicazione della Commissione del 14 gennaio 2020 – Piano di investimenti per un’Europa sostenibile/Piano di investimenti del Green Deal europeo», il cui punto 4.3. si concentra sull’importanza degli aiuti per la realizzazione della trasformazione verde europea.

¹³⁰ Per un elenco completo, vedasi l’art. 2.2. della Comunicazione in analisi. L’ampiezza delle misure contemplate sottolinea, dunque, la natura della Comunicazione quale componente di una politica climatica più ampia della sola politica energetica. Si ricorda, poi, che ulteriori disposizioni “di favore” quanto al ricorso ad aiuti di stato in materia ambientale sono contenute anche nel già menzionato regolamento GBER (regolamento UE n. 651/2014, come modificato con il regolamento UE n. 2021/1237 del 23 luglio 2021), che include alcune ipotesi di «Aiuti per la tutela dell’ambiente» (Sezione 7) tra i casi di esenzione dall’obbligo di notifica preventiva ex art. 108 TFUE. Infine, va menzionato che un ulteriore sistema di incentivazione, questa volta circoscritto alle energie rinnovabili, è contenuto nella direttiva n. 2018/2001/UE dell’11 dicembre 2018; alcune utili riflessioni riguardo a tale regime, seppure svolte nel contesto della precedente disciplina dettata dalla direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009, sono contenute in M. SALERNO-

strumenti a disposizioni degli Stati per concedere gli aiuti, viene aumentato l'ammontare consentito per i singoli interventi, viene semplificata la procedura di autorizzazione per le misure in esame e, più in generale, il perseguimento della neutralità climatica viene ora inserito tra gli elementi su cui basare la valutazione discrezionale della Commissione ai sensi dell'art. 107, par. 3, lett. c) ¹³¹.

Infine, sempre come risposta alla crisi ucraina, la Commissione europea ha presentato il piano *RePowerEU*, per cui la necessità di conquistare l'indipendenza energetica dai combustibili fossili di provenienza russa diventa occasione di transizione verso forme energia pulita ¹³². Si dà così luogo a un intervento di politica energetica nel quale, oltre a indicazioni sul risparmio e sulla diversificazione dell'importazione di energia, il punto centrale riguarda la promozione delle fonti "pulite" (rinnovabili, ma anche idrogeno e bioenergia) per giungere alla sostituzione più rapida possibile dei combustibili fossili. Per quanto tali obiettivi siano fissati e coordinati a livello europeo, è la stessa Commissione ad ammettere che la loro implementazione debba passare principalmente attraverso mirati investimenti nazionali che possono anche tradursi in un sostegno economico alle produzioni utili per la realizzazione del Piano ¹³³. Questa volta, però, più che rimettere il finanziamento di tali interventi alle sole (e diseguali) finanze statali, si consente espressamente il ricorso a risorse europee (225 miliardi di euro) provenienti dal Dispositivo di Ripresa e Resilienza, essendo permessa agli Stati Membri l'aggiunta di un capitolo *REPowerEU* ai loro Piani di ripresa e resilienza ¹³⁴.

Proprio il Dispositivo di Ripresa e Resilienza è l'ultimo tassello della *green industrial policy* europea, a fronte del 37% dei già menzionati 670 miliardi di euro di fondi europei che, messi a disposizione degli Stati, devono essere destinati a obiettivi di transizione ecologica ¹³⁵. Si tratta di un intervento, dunque, con cui l'Unione esprime la propria consapevolezza tanto per l'insufficienza delle risorse dei singoli Paesi nell'affrontare le sfide sorte con le crisi pandemica, energetica e climatica, quanto di come il ricorso ai soli aiuti di stato possa generare le menzionante disuguaglianze interne al sistema europeo, conseguenti al differente potere di spesa nazionale, accrescendo i già esistenti divari tra Paesi europei. Venendo finanziato con l'emissione di debito comune a

F. MACCHI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza europea su meccanismi di supporto della produzione di energia da fonti rinnovabili e disciplina europea degli aiuti di Stato*, in questa *Rivista*, 2018, p. 160 ss.

¹³¹ Così N. SPADARO, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, cit., p. 355 ss. Vedasi anche F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, cit., p. 19.

¹³² Si vedano la «Comunicazione della Commissione dell'8 marzo 2022 – REPowerEU: azione europea comune per un'energia più sicura, più sostenibile e a prezzi più accessibili» e la successiva «Comunicazione della Commissione del 18 maggio 2022 – Piano REPowerEU». Per una prima lettura del piano, E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, cit., p. 3 ss.

¹³³ Si veda il pt. 4.2. della Comunicazione del 18 maggio 2022.

¹³⁴ Così il pt. 4.3. della Comunicazione del 18 maggio 2022.

¹³⁵ Sul Dispositivo di Ripresa e Resilienza vedasi, in questa *Rivista*, B. TONOLETTI, *L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato*, 2022, p. 37 e C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, cit., p. 110 ss., spec. p. 136. Al di fuori della dottrina nazionale, vedasi B. DE WITTE, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in 58 CML Rev. 635 (2021).

tutti gli Stati, per poi essere distribuito asimmetricamente, sulla base delle esigenze delle singole realtà nazionali, il Dispositivo diventa chiara espressione del principio di solidarietà europea¹³⁶, con ogni Stato beneficiario che è chiamato a gestire le somme ricevute in un'ottica di perseguimento dei comuni interessi dell'Unione¹³⁷. Garante di questa unità di indirizzo è la Commissione, che assolve tale ruolo sia con la verifica *ex ante* dei Piani di ripresa e resilienza che gli Stati hanno dovuto formulare per l'accesso alle risorse, sia con i propri strumenti di *soft-law* mediante cui fornire istruzioni di spesa ai Paesi Membri¹³⁸, sia tramite controlli *ex post*, i quali passano anche attraverso i poteri di verifica in materia di aiuti di stato *ex art.* 108 TFUE¹³⁹.

Ciò posto, per capire quanto i fondi del Dispositivo siano strumenti di politica climatica, basta prendere in considerazione i contenuti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dello Stato beneficiario della porzione maggiore di risorse messa disposizione dallo strumento europeo in analisi. Anche solo guardando ai macro-obiettivi della Missione 2 «Rivoluzione verde e transizione ecologica» del Piano italiano, è infatti possibile ritrovarvi tutte quelle materie verso cui tanto la *green industrial policy* europea, quanto quella americana scelgono di dirigere le proprie risorse: l'energia rinnovabile, la mobilità sostenibile, l'efficienza energetica degli edifici, ecc.

Dunque, alla luce del quadro appena tracciato, risulta palese come l'ordinamento dell'Unione presenti una politica climatico-industriale ricca e articolata, al punto da limitare le giustificazioni per lo stupore manifestatosi in Europa a fronte dell'*Inflation Reduction Act*, apparendo più che altro l'iniziativa americana una (tanto attesa, soprattutto per il bene del pianeta) risposta alla proliferazione delle ingerenze pubbliche in economia nel Vecchio Continente. Ancora, guardando agli studi che si sono addentrati in un tentativo di comparazione quantitativa tra le *green industrial policies* nei due sistemi, lo stupore e le preoccupazioni sembrerebbero ancora meno giustificati, a fronte di una riscontrata equivalenza valoriale delle linee di intervento¹⁴⁰.

¹³⁶ In questo senso, oltre agli Autori citati nella nota precedente, vedasi F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *Eurojus.it*, 2021, p. 59 ss.

¹³⁷ Non stupisce, dunque, che il regolamento UE n. 2021/241 si apra individuando come propria base giuridica l'art. 175 TFUE, il quale, rinviando al precedente art. 174, stabilisce che gli Stati Membri devono coordinare le proprie politiche economiche al fine di raggiungere gli obiettivi di coesione economica, sociale e territoriale. Obiettivi di coesione ripresi nell'art. 4 dello stesso regolamento UE n. 2021/241.

¹³⁸ Si vedano, in tal senso, le istruzioni contenute nella Comunicazione della Commissione «*Practical guidance to Member States for a swift treatment of State aid notifications in the framework of the Recovery and Resilience Facility*» o la recente «*Guidance on Recovery and Resilience Plans in the context of REPowerEU*» del 1 febbraio 2023.

¹³⁹ Quando le risorse europee transitano in capo agli Stati Membri, e qualora questi possano disporre con margini di discrezionalità, allora il loro utilizzo a sostegno di operatori economici privati è soggetto alla disciplina *ex artt.* 107 e 108 TFUE; si veda C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, cit., p. 140 ss.

¹⁴⁰ Per un tentativo di comparazione valoriale degli incentivi climatici negli U.S.A. e in Europa, vedasi D. KLEIMANN-N. POITIERS-A. SAPIR-S. TAGLIAPIETRA-N. VÉRON-R. VEUGELERS-J. ZETTELMEYER, *How Europe should answer the US Inflation Reduction Act*, cit., p. 6-7. Per gli Autori, i 7.500\$ di incentivi per l'acquisto di autoveicoli elettrici previsti dall'I.R.A. sono paragonabili alla media di 6.000€ di bonus che gli Stati Membri, in Europa, garantiscono per il medesimo fine. Ancora, le industrie manifatturiere che producono beni rilevanti ai fini della transizione ecologica riceverebbero negli U.S.A. sussidi per un valore di 37 miliardi di dollari, contro i 35 miliardi di euro nel Vecchio Continente. Quanto al sostegno per la produzione di energia rinnovabile, la cifra sarebbe invece nettamente sbilanciata a favore del contesto europeo: 208 miliardi di dollari contro 800 miliardi di euro.

Tuttavia, se si prova a superare l'asetticità dei numeri andando ad attribuire loro un più completo significato, non si può nascondere come le preoccupazioni europee assumano certamente maggiore ragionevolezza. Basta fare il caso, non troppo distante dalla realtà ¹⁴¹, della multinazionale di automobili che scelga di spostare il proprio impianto produttivo negli Stati Uniti: in questa ipotesi, oltre a poter godere di tutti gli incentivi previsti dall'I.R.A., anche quelli dotati dei requisiti di "americanità", potrebbe ancora accedere a forme di sostegno nell'ordinamento europeo, laddove non sono riscontrabili discriminazioni in base alla provenienza del prodotto. In altre parole, potrebbe rendere più appetibili le proprie autovetture sul mercato statunitense, giovandosi del pieno incentivo collegato *Clean Vehicles Tax Credit*, ma riuscendo allo stesso tempo a godere sul suolo europeo di analoghi incentivi, concessi dagli Stati Membri per l'acquisto di autoveicoli elettrici indipendentemente dal loro luogo di produzione.

Ancora, se è vero che il valore complessivo delle politiche climatico-industriali europee e statunitensi può apparire comparabile, la frammentazione delle risorse – anche quelle del Dispositivo di Ripresa e Resilienza – tra i singoli Paesi Membri può ridurre la portata effettiva, in contrasto con la gestione unitaria che caratterizza il sistema americano. In altre parole, il peso di 10 miliardi di dollari di incentivi previsti a favore di una multinazionale delle automobili per la localizzazione nel proprio territorio di un impianto di produzione di batterie – l'esempio è sempre il medesimo – rischia di essere ben diverso se parametrato ai 740 miliardi di dollari dell'I.R.A. o al (37% del) Dispositivo di Ripresa e Resilienza (670 miliardi di euro), nella sua porzione distribuita al singolo Stato, anche se integrata dalle risorse nazionali ¹⁴².

4.1. Le recenti risposte europee all'I.R.A.

L'assetto così descritto merita però un ultimo aggiornamento, alla luce di alcune recenti azioni intraprese dall'Unione europea.

Ci si riferisce alla «Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023 – *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*», dal cui titolo appare palese l'intenzione di andare a tracciare alcune nuove rotte di politica climatico-industriale e dalle cui prime pagine si manifesta immediatamente la volontà di agire in risposta al sistema di incentivi introdotto con l'I.R.A. La Commissione, infatti, dopo aver qualificato come «*encouraging signs*» le iniziative recentemente intraprese dai *partner* per il raggiungimento della neutralità climatica – richiamando proprio l'*Inflation Reduction Act* –, prende subito posizione andando ad affermare che la competizione per la sostenibilità non può che essere «*a fair competition*», laddove invece alcune scelte degli stessi paesi *partner* possono produrre (*undesired*) effetti collaterali. Per quanto l'attenzione venga poi dirottata verso le ingerenze in economia di un *competitor* come la Cina, una non troppo velata critica agli "aiuti di stato" americani è quindi mossa ¹⁴³.

¹⁴¹ Si veda quanto riportato nella precedente nota 12.

¹⁴² D'altronde, la più attenta dottrina ha chiaramente evidenziato come tra le principali sfide della *green industrial policy* europea ci siano proprio quelle di prevedere adeguati strumenti di coordinamento dell'azione degli Stati. In tal senso, E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., p. 427 ss.

¹⁴³ Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 2.

D'altra parte, questa esigenza di risposta alle condotte dei *partners/competitors* internazionali pervade tutte e quattro le linee di azione tracciate dal nuovo Piano per il raggiungimento della neutralità climatica, da conseguirsi tramite: *i)* un contesto normativo prevedibile e semplificato per le imprese *green*; *ii)* un accesso più rapido ai finanziamenti; *iii)* il miglioramento delle competenze dei lavoratori; *iv)* il raggiungimento di un commercio aperto per catene di approvvigionamento resilienti. Anzi, quest'ultimo pilastro è interamente dedicato al recupero del *level playing field* nel contesto internazionale, sia mediante l'apertura di un dialogo con i paesi che si sono dotati delle *green industrial policies* più aggressive – da qui, il lavoro della *EU-US Task Force on the Inflation Reduction Act*¹⁴⁴ –, sia attraverso la creazione di una rete europea di alleanze incentrata attorno ai *Free Trade Agreements* con l'Australia, il Cile e il Messico, ai *Sustainable Investment Facilitation Agreements* con i paesi del continente africano e alla creazione di un *Critical Raw Materials Club*, sia pure con l'introduzione di specifici strumenti a tutela del mercato unico innanzi a ipotesi di concorrenza sleale internazionale¹⁴⁵.

Quanto agli altri pilastri, per l'attuazione del primo si mira all'adozione di due nuovi testi normativi: il *Net-Zero Industry Act* e il *Critical Raw Materials Act*. Si tratta di interventi volti a creare un contesto vantaggioso per la crescita dell'industria verde europea, rispettivamente garantendo una disciplina amministrativa (*in primis* autorizzatoria) più snella e più favorevole per la realizzazione, l'attivazione e lo sviluppo di tali installazioni industriali, e assicurando l'accesso del mercato unico ad adeguate quantità dei materiali indispensabili per la realizzazione delle tecnologie *green*¹⁴⁶. Si prospetta, infine, anche una riforma del mercato dell'energia elettrica, sempre a sostegno della diffusione delle rinnovabili. Diffusione al cui supporto mira anche il terzo pilastro, inteso ad avviare azioni di formazione dei lavoratori europei e di attrazione di manodopera specializzata extra-europea per la costituzione di quella base di competenze e conoscenze indispensabile per garantire l'operatività e la crescita dell'industria sostenibile¹⁴⁷.

Centrale, però, rimane il secondo pilastro, dedicato al finanziamento della nuova *green industrial policy* europea, che va a costituire il cuore dell'intero Piano. Tale centralità, infatti, traspare non solo dal numero di pagine ad esso dedicato, ben maggiore rispetto a ogni altro pilastro¹⁴⁸, ma dall'immediatezza con cui si è proceduto a darvi attuazione, quanto meno nelle sue componenti essenziali. Così, pur sottolineando l'importanza di riuscire ad attrarre investimenti privati e la rilevanza della messa a disposizione di fondi europei, specie quelli conseguenti al piano *REPowerEU*, nonché ai programmi *InvestEU* e *Innovation Fund*¹⁴⁹, gli aiuti di stato vengono ancora una volta alla luce quale motore principale della trasformazione industriale, da perseguire tramite un'ulteriore flessibilizzazione della relativa disciplina.

Sicché, conformemente a quanto richiede il piano, il 9 marzo 2023 è stata

¹⁴⁴ Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 18.

¹⁴⁵ Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 18-19.

¹⁴⁶ Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 3-7.

¹⁴⁷ Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 14-17.

¹⁴⁸ Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 7-14.

¹⁴⁹ Si prospetta anche la creazione di un *European Sovereignty Fund*, che coordini con maggiore armonia gli investimenti nel settore; così la Comunicazione della Commissione del 1 febbraio 2023, p. 13.

adottata dalla Commissione una nuova Comunicazione di aggiornamento del *Temporary framework* introdotto in risposta all'emergenza ucraina, trasformandolo da «Quadro temporaneo di crisi» a «Quadro temporaneo di crisi e transizione»¹⁵⁰. Il cambiamento nel titolo è quindi già significativo della prima e fondamentale trasformazione, con l'elasticizzazione della disciplina degli aiuti di stato che passa dall'essere strumento emergenziale di breve periodo (di immediata risposta a una *crisi*), a strumento ordinario di medio periodo (di guida a una *transizione*): da qui l'estensione della durata della disciplina "temporanea" fino al 31 dicembre 2025.

Quanto alle principali modifiche dei contenuti, pur mantenendo l'impianto originario fornito dalla Comunicazione del 24 marzo 2022, con le prime disposizioni riguardanti gli aiuti "trasversali"¹⁵¹, esse hanno inciso sui già descritti artt. 2.5. e 2.6., in tema di diffusione delle energie rinnovabili e decarbonizzazione dei processi di produzione industriali, oltre a prevedere l'aggiunta di un nuovo art. 2.8. concernente gli «aiuti per accelerare gli investimenti in settori strategici per la transizione verso un'economia a zero emissioni nette». In estrema sintesi, la nuova Comunicazione: ha esteso il regime agevolato a tutte le forme di energie rinnovabili contemplate nella Direttiva n. 2018/2001/UE; ha escluso l'esigenza di procedure pubbliche di selezione per l'accesso alle sovvenzioni riguardanti progetti di limitate dimensioni e tecnologie *green* più innovative; ha esteso il possibile ammontare per gli incentivi di decarbonizzazione¹⁵². Ancora, la Comunicazione ha ridefinito le modalità di determinazione dei sussidi, ancorandoli alla dimensione del beneficiario e alla sua collocazione territoriale, prevedendo incrementi in relazione a determinate aree svantaggiate dello Spazio economico europeo, ma disponendo anche l'introduzione di un meccanismo di verifica da parte degli Stati Membri, volto prevenire il rischio di delocalizzazione produttiva sia all'interno, che all'esterno del Continente dei soggetti beneficiari. Se già da quest'ultimo intervento traspare il tentativo di risposta all'I.R.A. statunitense, esso diviene ancora più palese laddove si consente ai Paesi europei di agire in contrasto a tale delocalizzazione, con la Commissione che si dichiara pronta ad autorizzare aiuti «fino a concorrenza dell'importo della sovvenzione che il beneficiario potrebbe ricevere [...] per un investimento equivalente in un paese terzo al di fuori del SEE»¹⁵³, purché anche in questo caso si rispettino una serie di condizioni ivi specificate.

Da ultimo, si segnala anche la modifica – in fase di perfezionamento – del più volte richiamato regolamento GBER, sostanzialmente per ampliare ulteriormente il numero e il valore delle incentivazioni in materia ambientale che, a differenza di quelle considerate nel Quadro temporaneo di crisi e transizione, risultano sottratte al controllo preventivo della Commissione (venendo sotto-

¹⁵⁰ «Comunicazione della Commissione del 9 marzo 2023 – Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina».

¹⁵¹ Ossia quegli aiuti cui possono accedere tutte le industrie in difficoltà. Per un elenco di queste misure, si veda la precedente nota 57.

¹⁵² Per una sintesi di queste modifiche, European Commission, *State aid: Commission adopts Temporary Crisis and Transition Framework to further support transition towards net-zero economy*, 9 marzo 2023, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1563.

¹⁵³ Così l'art. 2.8., pt. 86.

poste solo a verifiche *ex post*) a fronte di una loro riconosciuta compatibilità *de jure* con l'ordinamento dell'Unione ¹⁵⁴.

5. Conclusioni: deglobalizzazione, mercato e clima

Volendo ora rispondere agli interrogativi posti nelle prime pagine di questa riflessione, può certamente dirsi che le preoccupazioni europee innanzi alle scelte degli Stati Uniti sono in certa misura fondate, considerata la capacità attrattiva del sistema di incentivi americani su imprese e investimenti che, se scegliessero di abbandonare il continente europeo, ne impoverirebbero il tessuto economico e le possibilità di attuare la propria transizione ecologica.

Un po' meno giustifica è, invece, la sorpresa per la condotta degli U.S.A., ampiamente prefigurabile sia a fronte delle evoluzioni della politica globale, sia avuto riguardo di una trasformazione giuridica ed economica che sta per prima attraversando l'Europa.

Infatti, è l'*Inflation Reduction Act* ad apparire come una risposta alle precedenti politiche europee, collocandosi poi in un contesto mondiale di proliferazione di interventi pubblici "protezionistici", volti a fare della trasformazione verde anche un'occasione di rafforzamento della propria produzione nazionale, pure a discapito delle economie degli altri paesi, siano essi *partners* o *competitors* ¹⁵⁵. Che si tratti di "guerra" per garantirsi quantità maggiori di vaccini, di "guerra" per assicurarsi i minerali strategici, di "guerra" dei sussidi climatici oppure, ancora più dolorosamente, di guerra "senza virgolette" (come quella che funesta ad oggi l'Europa), è chiaro come le scelte di *green industrial policy* risentano sicuramente del fenomeno di c.d. "deglobalizzazione" che sta si sta insinuando lungo il Pianeta ¹⁵⁶. A quello che sembra un abbandono del credo nella ricerca della massima efficienza economica tramite catene di approvvigionamento che si diffondono per tutto il globo, così da garantirsi prodotti e manodopera al prezzo più basso, sembra dunque sostituirsi il mantra della sicurezza economica, incentrato sulla capacità delle singole nazioni (o del loro gruppo ristretto di alleati) di disporre autonomamente (e non condividere) di tutte le risorse e le tecnologie necessarie per il proprio sviluppo ¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Si veda European Commission, *State aid: Commission amends General Block Exemption rules to further facilitate and speed up green and digital transition*, 9 marzo 2023, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1523.

¹⁵⁵ Per esempio, è recente la notizia di come anche il Canada abbia agito in risposta agli U.S.A. con un proprio piano di investimenti industriali per la decarbonizzazione; si veda S. SCHERER, *Canada steps up clean tech investments in budget to compete with US*, in *Reuters*, 28 marzo 2023, online: <https://www.reuters.com/world/americas/canada-ramp-up-clean-tech-push-budget-level-playing-field-with-us-2023-03-28/>.

¹⁵⁶ Il termine deglobalizzazione è emerso, sempre con maggiore frequenza, specie a partire dalla crisi finanziaria del 2008; che il tema abbia recentemente attratto l'attenzione delle istituzioni sovranazionali è dimostrato dal Report bibliografico del Parlamento Europeo, *"Deglobalisation"*, 29 novembre 2022, online: www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739219/EPRS_BRIE_TT_739219_Deglobalisation_final.pdf, contenente il rinvio a una pluralità di altrettanto recenti approfondimenti sull'argomento.

¹⁵⁷ Da qui la nascita di concetti come *reshoring*, *nearshoring* e *friendshoring*, con cui si indica questa tendenza a riportare tecnologie, risorse e produzioni sul territorio nazionale o su quello di paesi alleati. Si veda, per esempio, S. KESSLER, *What is friendshoring*, in *The New York*

Anche come conseguenza di tale fenomeno, dunque, si sta assistendo a un cambiamento del ruolo pubblico in economia e, quindi, a un'evoluzione dell'infrastruttura giuridica che regola i rapporti nel mercato e tra il mercato e lo Stato, che affonda però le sue radici nel sempre più consolidato superamento delle rappresentazioni «quasi agiografiche» della concorrenza e della sua assoluta capacità di garantire la migliore allocazione possibile delle risorse¹⁵⁸. I dubbi quanto all'attualità dell'immagine dell'*homo oeconomicus*, come individuo in grado di perseguire i propri interessi in base alla sola razionalità¹⁵⁹, sono ora accompagnati dalla crescente convinzione che la somma delle condotte dei singoli, che operano nel sistema economico in cui sono inseriti, risulta incapace di garantire il benessere collettivo, non essendo essi in grado di cogliere la portata di insieme delle proprie azioni¹⁶⁰. Da qui, dunque, le crescenti disuguaglianze nella distribuzione della ricchezza, a livello nazionale come sul piano internazionale, e da qui l'esigenza di recuperare il ruolo dello Stato quale agente macroeconomico, che guidi il mercato – con mano leggera, dove possibile¹⁶¹ – verso il soddisfacimento degli interessi pubblici¹⁶².

D'altra parte, non ci si può dimenticare come il mercato e la concorrenza perfetta al suo interno non siano una formazione spontanea, ma il prodotto di una disciplina normativa che fissa le regole di base entro cui la dinamica di distribuzione delle risorse può svolgersi¹⁶³. Dunque, se l'intervento pubblico – attraverso le norme e gli istituti che ne sono il prodotto – è sicuramente consentito per salvare il (libero) mercato da se stesso, scongiurando situazioni di

Times, 3 gennaio 2023, online: <https://www.nytimes.com/2022/11/18/business/friendshoring-jargon-business.html>.

¹⁵⁸ Il virgolettato riprende le parole di M. CLARICH, *La "mano visibile" dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in questa *Rivista*, 2015, p. 1 ss., spec. p. 10. Sempre in questa *Rivista*, si veda anche L. TORCHIA, *Politica industriale e regolazione*, 2015, p. 1 ss. Ancora, per una rappresentazione dei paradossi del mercato, M.J. SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Penguin, New York, 2012 (trad. it., *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano, 2013).

¹⁵⁹ Tra le più celebri critiche a questo modello, R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, Penguin, New York, 2008 (trad. it., *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2014).

¹⁶⁰ In questo senso, vedasi l'efficacissima ricostruzione di B. TONOLETTI, *L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato*, cit., p. 43 ss., che riprende il pensiero di P. LEON, *Il capitalismo e lo Stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, Castelvecchi editore, Roma, 2014. Una precisa immagine di questa incoerenza dell'agire umano, sia in chiave micro che macro economica, è poi fornita nell'introduzione di Editorial Comment, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, cit., p. 1321: «Humans are a bundle of contradictions: the same person drives for kilometers in a diesel car in order to take their reusable bag to an out-of-town supermarket to fill it with avocados and grapes grown in faraway places, all this wearing jeans that require some 7600 liters of water to produce, while cheering for Greta Thunberg's climate strikes».

¹⁶¹ Per questa immagine del diritto come mano invisibile/mano leggera sul mercato, vedasi M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza*, cit., p. 292 e gli Autori ivi richiamati.

¹⁶² Tra le più celebri espressioni di questa prospettiva, M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma, 2014.

¹⁶³ Basti riporta le parole di R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 49: «se c'è qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richiede normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti», o il pensiero di F. CAFFÈ, *Lezioni di politica economica*, Bollati Boringhieri editore, Torino, 1981, p. 38: «Poiché il mercato è una creazione umana, l'intervento pubblico ne è una componente necessaria e non un elemento di per sé distorsivo e vessatorio».

monopolio¹⁶⁴, tale ingerenza dovrebbe essere consentita laddove necessaria per prevenire un suo effetto autodistruttivo ancora più ampio quale l'aggravarsi della crisi climatica, capace di mettere a rischio la salute del pianeta su cui il mercato (e tutto il genere umano) si colloca. Sotto questo punto di vista, quindi, la trasformazione degli aiuti di stato europei in strumenti di politica climatico-industriale, e la ripresa dell'azione ambientale pubblica negli U.S.A., caratterizzata dal ricorso ad analoghi meccanismi, paiono scelte da guardare con favore.

Che poi la strada imboccata da entrambi i lati dell'Oceano sia quella giusta per garantire un'efficace lotta al cambiamento climatico è altra questione. Al di là delle teorie che mettono in dubbio la possibilità di uno sviluppo veramente sostenibile¹⁶⁵, quello che appare certo è che gli strumenti di politica climatico-industriale analizzati in queste pagine, per dare dei risultati, devono essere utilizzati coerentemente con loro potenzialità "ecologiche", evitando che si trasformino in occasioni di cattura dello Stato da parte dei centri di interesse economico¹⁶⁶ o di rinascita di un conflitto tra "campioni industriali nazionali" che è stato alla base di guerre passate¹⁶⁷. Dunque, la speranza è che gli Stati tengano ben presenti i propri errori storici¹⁶⁸, disinnescando conflittualità irrazionali ed evitando che l'intervento pubblico in economia sia solo occasione di consolidamento di potere per poche grandi imprese private. D'altra parte, l'urgenza e la gravità della sfida climatica potrebbe fornire l'occasione perché ciò avvenga.

¹⁶⁴ Su questo ruolo pubblico nella preservazione del mercato, su tutti, M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza*, cit., p. 292 ss.

¹⁶⁵ Queste teorie criticano la possibilità di coniugare la tutela dell'ambiente con una crescita economica che, per sua stessa natura, risulta votata al consumo delle risorse ambientali; ex pluribus, S. LATOUCHE, *Breve Trattato sulla decrescita serena*, Bollati Boringhieri editore, Torino, 2011; D. TANURO, *L'impossibile capitalismo verde. Il riscaldamento climatico e le ragioni dell'eco-socialismo*, Edizioni Alegre, Roma, 2011; K. SATO, *Marx in the Anthropocene. Towards the Idea of Degrowth Communism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022. Per una critica a tali visioni, E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, cit., p. 10 ss.

¹⁶⁶ Su questi rischi di una degenerazione dell'intervento pubblico in economia mette in guardia M. RAMAJOLI, voce *Concorrenza*, cit., p. 295. Sul pericolo che gli aiuti di stato possano diventare strumento di ricatto delle multinazionali, capaci di minacciare gli stati di un loro trasferimento all'estero – e quindi di una perdita economica e occupazionale – in mancanza di concessione degli incentivi richiesti, R. FEDERICO, *Aiuti e concorrenza fiscale tra stati: la crisi della sovranità nazionale durante l'emergenza Covid-19*, in *Concorrenza e merc.*, 2020, p. 45 ss. Infine, si veda Editorial Comment, *The European Climate Law: Making the social market economy Fit for 55?*, cit., p. 1335 dove ci si interroga sulla coerenza tra la politica climatica europea e l'autorizzazione, da parte della Commissione, della concessione di decine di miliardi di euro di aiuti di stato in favore delle compagnie aeree, operanti in un settore caratterizzato da una limitatissima sostenibilità ambientale (sull'utopia dei voli verdi, infatti, C. DE BELLAIGUE, *Will flying ever be green?*, in *The Guardian*, 6 aprile 2023, online: <https://www.theguardian.com/world/2023/apr/06/will-flying-ever-be-green-aviation-electric-planes-evtol>).

¹⁶⁷ Si rimanda alla precedente nota 19, per quanto detto in relazione alla nascita della disciplina sugli aiuti di stato agli albori dell'ordinamento europeo.

¹⁶⁸ Sul ritorno dello stato e sull'opportunità che impari dai suoi errori del passato, G. AMATO, *Bentornato stato, ma*, Il Mulino, Bologna, 2022.

Le politiche di decarbonizzazione statunitensi tra il *Green New Deal* e la giurisprudenza della Corte Suprema

Decarbonization strategies in the United States between the Green New Deal and the Supreme Court caselaw

di **Barbara Marchetti***

ABSTRACT

L'articolo ha la finalità di esaminare il Green New Deal statunitense, anche al fine di confrontare le strategie europea e americana per la de-carbonizzazione del sistema economico. Dopo aver illustrato i contenuti del Green deal presentato dai democratici al Congresso e aver dato conto delle difficoltà attuative, lo scritto si sofferma sulle principali misure adottate nell'*Inflation Reduction Act* dell'agosto del 2022 per la transizione ecologica e dà brevemente conto della giurisprudenza della Corte Suprema nel caso *West Virginia v. EPA* che ha fortemente ridimensionato l'azione dell'agenzia per la protezione dell'ambiente di fissazione degli standard ambientali.

The article analyzes the U.S. Green New Deal and compares the de-carbonization strategies employed by both European and American economies. It begins by providing an overview of the key components of the U.S. Green New Deal and discusses the challenges encountered during its implementation. Furthermore, it highlights the significant measures introduced in the 2022 Inflation Reduction Act to facilitate the ecological transition. Additionally, the paper briefly examines the Supreme Court's ruling in West Virginia v. EPA, which had a substantial impact on the Environmental Protection Agency's authority to establish environmental standards.

SOMMARIO: 1. Introduzione: le politiche di decarbonizzazione promosse dal *Green New Deal* americano. – 2. Il Congresso e le politiche di decarbonizzazione. – 3. Segue: l'*inflation Reduction Act*. – 4. L'EPA e la lotta al *climate change*. – 4.1. Segue: l'azione dell'EPA nell'era Obama: la *Clean Power Plan Rule*. – 4.2. La reviviscenza del CCP e la sentenza della Corte Suprema *West Virginia v. EPA*. – 5. Gli effetti della sentenza della Corte sull'*Administrative State*. – 6. Qualche spunto conclusivo.

* Professoressa di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

1. Introduzione: le politiche di decarbonizzazione promosse dal *Green New Deal* americano

La necessità di mitigare il cambiamento climatico è alla base della strategia europea del *Green deal* di riduzione delle emissioni di carbonio: tuttavia, l'Europa da sola non può fare molto se gli altri attori globali non promuovono analoghe iniziative di decarbonizzazione. Gli Stati Uniti rappresentano, insieme a Cina ed India, i principali Paesi responsabili delle emissioni di CO₂: secondo uno studio del 2022¹, l'economia americana è la più inquinante dopo la Cina (che produce più del doppio delle sue emissioni), seguita da Unione europea e India, a breve destinate a scambiarsi di posizione nella scala dei Paesi maggiori produttori di emissioni di carbonio. È dunque particolarmente interessante, mentre osserviamo l'attuazione del *Green Deal* europeo alle prese con la crisi energetica, analizzare la parallela strategia di riduzione delle emissioni di CO₂ promossa nel contesto statunitense.

La risoluzione sul *Green New Deal* (*Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal – GND*) è stata presentata alla Camera dei deputati nel 2019 dalla deputata democratica Alexandria Ocasio-Cortez e dal sen. democratico Markey. Nonostante l'appoggio di numerose associazioni, la risoluzione non ha avuto seguito in Senato. Due anni più tardi, nel 2021, gli stessi parlamentari la hanno ripresentata alla Camera, questa volta con un sostegno ancora più ampio della società civile, che ha espresso il proprio appoggio attraverso 626 organizzazioni, tra le quali il *Sunrise Movement*.

La proposta costituisce un piano non vincolante che aspira ad un vero e proprio cambiamento sistemico volto, da un lato ad affrontare il *climate change* ma dall'altro a diminuire, attraverso la creazione di nuovi posti di lavoro (*high quality Union jobs*) legati alla transizione ecologica, le disuguaglianze sociali, soprattutto nei confronti delle persone di colore, degli indigeni, dei poveri e degli immigrati. Esso ha dunque sia un impatto trasformativo dell'economia statunitense sia una forte aspirazione a promuovere la giustizia sociale².

Il nome del piano può farsi risalire al vincitore del premio Pulitzer Thomas Friedman³ che già nel 2007 aveva proposto la realizzazione di questo programma per il rilancio degli Stati Uniti attraverso tre azioni principali: l'aumento dei prezzi delle energie fossili (l'80% delle fonti energetiche statunitensi sono ricavate dal carbone e dal gas naturale); l'introduzione di standard elevati di controllo delle emissioni prodotte dalle fonti energetiche "sporche"; un progetto

¹ Y. WANG-Y. TIAN-S. PAN-S.W. SNYDER, *Catalytic Process to accelerate Decarbonization in a Net-Zero Carbon World*, in <https://chemistry-europe.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/cssc.202201290>.

² Sul possibile impatto del GND cfr. N.S. BRYNER, *The Green New Deal and Green Transitions*, in *Vermont Law Rev.*, Summer 2020, vol. 44, issue 4, pp. 723-776; S. FERREY, *The "Green New Deal": Constitutional Limitations: Rerouting Green Technologies*, in *Vermont Law Rev.*, Summer 2020, vol. 44, issue 4, 777-848; C.P. CARLARNE, *Remaking Environmental Law*, in *Stanford Env. Law Journal*, May 2021, vol. 41, issue 2, pp. 125-193.

³ T.L. FRIEDMAN, *A Warning from the Garden*, N.Y. Times, (Jan. 19, 2007), <https://www.nytimes.com/2007/01/19/opinion/19friedman.html?module=inline>. Ma di New green deal parlano anche Custers, Asici and Bünüll, Bauhardt (citati da R. Galvin-N. Healy, *The Green New Deal in the United States: what it is and how to pay for it*, Energy Research & Social Science, 2020, 2).

industriale massiccio per promuovere la *green tech* e rendere l'industria statunitense più eco-compatibile.

Il GND trae ispirazione dal *New Deal* di F.D. Roosevelt, che aveva portato all'impiego di ingenti finanziamenti pubblici federali per rispondere alla regressione economica e alle diseguaglianze generate dalla Crisi del '29. Esso, in effetti, ha come presupposto l'adozione del modello economico keynesiano utilizzato da Roosevelt, ovvero un piano di fondi federali per realizzare le nuove politiche ambientali, (salvo recuperare poi gli investimenti sotto forma di tasse, *fees* e *bond*, al fine di contenere l'inflazione) volto a trasformare profondamente il sistema economico, in contrasto con le teorie economiche neo-classiche fino ad ora prevalenti, basate su deregulation, bassa tassazione, privatizzazione, e austerità pubblica.

I dati da cui muove sono quelli sul cambiamento climatico forniti già nel 2018 dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) – *Special Report on Global Warming*: i pericoli e gli effetti del *climate change* (e dell'innalzamento della temperatura), per la popolazione mondiale (disastri climatici, migrazioni inarrestabili, minacce alle infrastrutture del Paese) sono alla base della fissazione dell'obiettivo dell'abbassamento di 1.5 gradi celsius della temperatura, attraverso la riduzione del 50%-60% delle emissioni di CO₂ entro il 2030 e il raggiungimento di 0 emissioni nel 2050. Nella risoluzione vi è anche la convinzione che il *climate change* costituisca un pericolo per la sicurezza nazionale, in ragione delle conseguenze sulla stabilità sociale, ambientale, economica e politica del Paese⁴.

Ci si aspetta che la mobilitazione indotta dal GND – di portata paragonabile a quella legata al GD di Roosevelt – possa generare milioni di nuovi posti di lavoro, livelli inediti di prosperità ed una riduzione/riparazione delle ingiustizie sistemiche.

Gli obiettivi individuati dal programma sono ambiziosi: si tratta dell'azzeramento delle emissioni nel 2050, attraverso una transizione giusta per lavoratori e comunità; della creazione di milioni di posti di lavoro; di investimenti nelle infrastrutture e nell'industria, per promuoverne la sostenibilità ambientale; di garantire alle generazioni future aria e acqua pulite, *climate and community resilience*, accesso alla natura ed un ambiente sostenibile. Esso mira inoltre a promuovere giustizia ed equità impedendo e riparando tutte le oppressioni causate alle popolazioni indigene, alle comunità di colore, agli immigrati, ai poveri, ai *low-income workers*, alle donne, agli anziani, alle persone con disabilità e ai giovani.

Le azioni previste per il raggiungimento di questi traguardi restano invece identificate in termini generali. Si tratta di: a) finanziamento di progetti e strategie definiti per creare resilienza rispetto ai disastri causati dai cambiamenti climatici; b) riparazione e miglioramento delle infrastrutture del Paese, eliminando i fattori inquinanti, garantendo l'accesso universale all'acqua potabile, riducendo i rischi causati dal *Climate Change*; c) trasformazione delle fonti energetiche in vista del raggiungimento del 100 % di energia pulita, attraverso la espansione radicale delle energie rinnovabili, lo sviluppo di nuove capacità energetiche, la costruzione di edifici secondo criteri di efficienza energetica, la promozione di reti efficienti e affidabili per l'energia elettrica, industria e manifattura il più ecosostenibili possibile, anche grazie alla tecnologia; d) collabo-

⁴ In argomento M. NEVITT, *Environmental Law, Climate Change & National Security Law*, in *Harv. Env. Law Review*, 2020, vol. 44, issue 2, pp. 321-366.

razioni con gli agricoltori per la riduzione delle emissioni, promuovendo i piccoli coltivatori e un uso del terreno compatibile con una produzione agricola *healthy*; e) promozione di un sistema di trasporti a bassa emissione di CO₂, tramite infrastrutture per le auto elettriche, l'alta velocità ferroviaria ed un pubblico trasporto accessibile ed eco-compatibile; f) mitigazione degli effetti sulla salute pubblica, con progetti e strategie mirati sulle singole comunità; g) rimozione dell'inquinamento dei siti e ripristino dell'ecosistema naturale; h) protezione degli ecosistemi fragili e in pericolo sulla base di progetti scientifici mirati che migliorino la biodiversità; i) identificazione e rimozione di eventuali altre fonti di inquinamento; l) promozione dello scambio internazionale di soluzioni tecnologiche per la lotta al *climate change*.

Nel documento è sottolineato che queste azioni devono essere decise e attuate in modo trasparente e partecipato con le comunità interessate, siano esse gli Stati, le comunità dei nativi americani o le comunità locali.

Il loro finanziamento deve inoltre essere tale da assicurare un ritorno degli investimenti e appropriate quote proprietarie. Oltre ad un capitale adeguato, deve essere fornita ai soggetti interessati la competenza tecnica necessaria, *policies* di supporto e altre forme di assistenza. È infine necessaria un'azione di *training* e di alta formazione a tutto il popolo degli Stati Uniti, la ricerca e lo sviluppo di nuove tecnologie nel settore energetico e industriale. In particolare la transizione ecologica del settore industriale non deve creare danni sociali nei territori de-industrializzati e deve assicurare processi partecipativi, anche ottenendo il *prior, free and informed consent* delle popolazioni indigene per le decisioni che le riguardano.

Con talune differenze, la risoluzione statunitense si pone in linea con la Comunicazione sul Green deal europeo, di cui condivide sia l'obiettivo della neutralità climatica (anche con riguardo all'orizzonte temporale), sia la gran parte delle azioni e degli obiettivi più specifici⁵.

Vi sono tuttavia due differenze importanti che riguardano il contenuto e il grado di realizzazione: da un lato, nel *Green Deal* statunitense vi è una forte componente di *environmental and social justice* che non è presente nella strategia europea, caratterizzata da misure sociali piuttosto limitate, e che si lega al fatto che i cambiamenti climatici – secondo quanto risulta da numerose ricerche – hanno (e stanno avendo), negli Stati Uniti, conseguenze particolarmente avverse per le persone di colore, i poveri, i nativi americani e le comunità di immigrati⁶.

Dall'altro, mentre la Comunicazione sul *Green deal* europeo ha generato un'azione legislativa che ha già mosso i primi passi e che pare in grado, nonostante la crisi energetica sopravvenuta, di gettare le basi della transizione ecologica e delle politiche di decarbonizzazione⁷, il GND statunitense incontra

⁵ Per un'analisi sulla efficacia delle due strategie v. J.M. PUASCHUNDER, *Monitoring and evaluation (M&E) of the Green New Deal (GND) and European Green Deal*, scaricabile da https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3817224.

⁶ J. LIU-L.P. CLARK-M.J. BECHLE-A. HAJAT-SUN-YOUNG KIM-A.L. ROBINSON-L. SHEPPARD-A.A. SZPIRO-J.D. MARSHALL, *Disparities in Air Pollution Exposure in the United States by Race/Ethnicity and Income, 1990-2010*, in *Env. Health Perspectives*, 2021, vol. 129, 12; T. COLLINS-S. GRINESKI, *Racial/Ethnic Disparities in Short-Term Air Pollution Exposures in the United States*, in *Env. Health Perspectives*, 2022, vol. 130, 8; P. MOHAI-D. PELLOW-J. TIMMONS ROBERTS, *Environmental Justice*, in *Ann. Revue Environ. Resour.*, 2009, 34.405, 30.

⁷ Il Pacchetto contiene proposte volte a modificare o ad introdurre nuove discipline per il clima (tra cui il reg. n. 2021/1119) e la transizione energetica ed ambientale. Esse combinano mi-

molte resistenze in Senato e fatica a concretizzarsi in atti legislativi che ne assicurino l'attuazione.

2. Il Congresso e le politiche di decarbonizzazione

Se si guarda all'attività legislativa del Congresso, ad oggi sono poche le leggi approvate con finalità *green*. Prima dell'agosto del 2022, in cui una legge contenente misure significative di carattere ambientale, denominata *Inflation Reduction Act* è stata approvata dal Congresso⁸, era stato emanato un solo atto di impatto modesto, il *Bipartisan Infrastructure Plan* (2021), incapace di produrre risultati significativi sul piano dell'abbattimento delle emissioni. Molte delle proposte legislative finalizzate a dare attuazione al GND non sembrano, invece, in grado di completare l'iter legislativo. Alla fine del 2022 i disegni di legge direttamente riconducibili al GND sono il *Green New Deal for public school Act* (che prevede stanziamenti per 1.43 trilioni di dollari in 10 anni per ridurre le emissioni delle scuole pubbliche, aumentare le assunzioni, aumentare gli spazi verdi e migliorare l'efficienza energetica degli edifici), depositato nel luglio del 2021; il *Green New Deal for Cities Act*, presentato nell'ottobre del 2021 e volto a migliorare il trasporto pubblico, promuovere energie rinnovabili a livello locale, migliorare l'efficienza energetica degli edifici, potenziare i sistemi sanitari locali (anche per il controllo di acqua e aria), ristabilire gli ecosistemi, e riparare le ingiustizie sociali, attraverso fondi federali allocati direttamente dall'amministrazione federale per progetti e strategie definiti; il *Green New Deal for Public Housing Act* (2021), relativo agli edifici pubblici; il *Civilian Corps for Jobs and Justice Act*, finalizzato a creare 1,5 milioni di po-

sure *command and control*, incentivi alle imprese (e ai consumatori) ed iniziative pubbliche. Una delle misure chiave è l'estensione del sistema di *Emissions trading System* (ETS) a nuovi settori (trasporti terrestri ed edilizia). Lo scambio di quote di emissioni negli ultimi 15 anni si è mostrato strumento valido per ridurre le emissioni. Ma il Pacchetto prevede anche una riduzione delle emissioni del 61% rispetto al 2005 per i settori coperti dal sistema EU ETS, oltre al potenziamento del Fondo per l'Innovazione (per incentivare le imprese all'innovazione tecnologica). In letteratura, cfr. *The European Climate Law: Making the Social Market economy Fit for 55?*, Editorial Comment, in CMLR 2021, 58, 1321. Per una presentazione complessiva delle misure del pacchetto v. G. CAVALIERI-B. CELATI-S. FRANCA-M. GANDIGLIO-A.R. GERMANI-A. GIORGI-G. SCARANO, *Il "Fit for 55" unpacked: un'analisi multidisciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2022, 1, p. 409. In generale, sul Green Deal europeo ed il suo impatto trasformativo cfr. *The European Climate Law: Making the Social market economy Fit for 55?*, editorial comment, CMLR, 2021, 58, 1321; E. CHITI, *Managing The Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a regulatory process*, in CMLR, 2021, 59, 19; D. Bevilacqua, *La normativa europea sul clima e il Green Deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 2022, 2, 297; E. BRUTI LIBERATI, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 2, p. 415; A. SIKORA, *European Green Deal – legal and financial challenges of the climate change*, in *ERA Forum*, 2021, 21, 681; M. Delsignore, *Ambiente*, in *Enc. Dir.*, I Tematici, *Funzioni amministrative* (dir. B.G. MATTARELLA-M. RAMAJOLI), Milano, 2022, spec. 53.

⁸ L'approvazione della legge è stata resa possibile perché il senatore Joe Manchin (West Virginia) e il leader dei democratici al Senato Chuck Schumer (New York) hanno raggiunto un accordo sul Reconciliation Bill (poi ridenominato *Inflation Reduction Act*), che contiene la riforma del *Tax Code*, la lotta al *Climate Change* e il taglio dei costi delle spese mediche. In particolare, è previsto uno stanziamento di 400 milioni di dollari per *energy and climate related programs* da attuare in 10 anni. I costi pubblici sono destinati ad essere recuperati secondo le stime non partisan dei Congressional Tax and Budget Offices.

sti di lavoro per la costruzione di percorsi e sentieri nella natura, la gestione degli incendi e la forestificazione (*Civilian Climate Corps*). E l'*Infrastructure and Investment Jobs Act*, chiamato ad intervenire sulle infrastrutture e sul mercato del lavoro.

Il cammino di queste iniziative è ostacolato da alcuni fattori: la loro stasi si collega non solo alla crisi energetica, all'inflazione e al timore di una recessione economica, ma anche e soprattutto alla forte contrapposizione che, sulle politiche ambientali, caratterizza deputati e senatori dei partiti democratico e repubblicano.

Le possibilità che l'una o l'altra forza politica controlli pienamente il Congresso e dunque le scelte che vi si compiono è estremamente limitata: dal 1979 ad oggi, ci sono stati solo 7 mesi in cui un partito ha potuto governare con una maggioranza adeguata le tre componenti del processo legislativo, ossia la Presidenza e i due rami del Congresso. Ciò fa sì che nessuna legge venga approvata se non ha un appoggio Bipartisan, ciò che rende particolarmente complessa l'approvazione di leggi in materia ambientale. Ad esempio il Waxman-Markey Bill dell'era Obama è stato abbandonato prima di poter essere votato in Senato, dove la divisione tra repubblicani e democratici era ed è tuttora molto forte, soprattutto in ragione dell'impatto che le politiche ambientali hanno sull'economia. Secondo i dati riportati dalla dottrina e volti a dare conto della polarizzazione esistente sui temi ambientali, il 90% dei democratici pensa che il Governo federale faccia troppo poco sul piano delle politiche ambientali (a confronto con il 37 % dei Repubblicani) e il 67% dei democratici ritiene il *climate change* una priorità (a confronto con il 21% dei Repubblicani)⁹.

Il dato suggerisce una riflessione sulle differenze che riguardano i due contesti politico-istituzionali europeo e statunitense ed una serie di interrogativi: il ruolo preponderante riconosciuto alla Commissione nella fase di iniziativa legislativa può considerarsi un fattore di efficacia dell'azione legislativa europea? Quali sono i fattori di rallentamento e inciampo del procedimento legislativo europeo rispetto a quello statunitense? Esiste una analoga polarizzazione politica? Se si esaminano le vicende parlamentari successive alla presentazione delle due strategie sul *Green Deal*, l'Unione europea pare caratterizzata da una maggiore capacità di varare nuove discipline per favorire la transizione ecologica e la decarbonizzazione dei processi economici. Per gli Stati Uniti, l'unica eccezione alla paralisi legislativa è rappresentata, invece, dall'*Inflation Reduction Act* approvato nell'agosto 2022, la cui insperata approvazione costituisce il primo passo del Congresso in direzione della transizione energetica e della decarbonizzazione dell'economia americana¹⁰.

⁹ I dati sono riportati da J.S. MASUR, *Regulatory Oscillation*, cit., 750; v. anche M. NEVITT, *Delegating Climate Authorities*, in *Yale Journal of Regulation*, 2022, vol. 39, issue 2, 101; sulla polarizzazione politica del Congresso americano cfr. S.M. THERIAULT, *Party Polarization in Congress (2012): Vital Statistics on Congress*, Brookings, 2017, pp. 15-28; N. MCCARTY, *Polarization: What Everyone Needs to Know*, Oxford Univ. Press, 2019.

¹⁰ Dal 1999 al 2007 più di 200 disegni di legge sono stati presentati in Congresso per regolare le emissioni di CO₂ ma nessuno ha completato il procedimento legislativo. R. LAZARUS, *Environmental Law without Congress*, in *Land Use & Envtl. L.*, 2014, 30, p. 15.

3. Segue: l'*Inflation Reduction Act*

Nell'agosto 2022 i Democratici sono riusciti a far approvare in Senato il *Climate and Tax Bill* (chiamato anche *Reconciliation Bill*) con il nome di *Inflation Reduction Act* grazie all'accordo insperatamente raggiunto a fine luglio con il senatore Joe Manchin (West Virginia) e il capo gruppo democratico al Senato Chuck Schumer (New York). Si tratta di una vittoria storica per i democratici, trattandosi di una legge che prevede una spesa pubblica e dunque, per questa ragione, di difficile approvazione, tanto più a ridosso delle elezioni di *Midterm*. Tale legislazione, ripresentata da Biden dopo che la precedente proposta *Build Back Better* era naufragata al Senato nel dicembre 2021, contiene al suo interno tre riforme fondamentali: una riforma fiscale che prevede una tassazione minima del 15 % per le *corporations* (*Subtitle A*); una riforma che consente un notevole risparmio delle spese sanitarie attraverso l'attribuzione al Governo di un potere di negoziazione con le imprese farmaceutiche (*Subtitle B and C, Prescription Drug Pricing Reform – E-Price negotiation program to lower prices for certain high-priced single source drugs*); e lo stanziamento di fondi federali per 400 miliardi di dollari (in 10 anni) per promuovere le energie rinnovabili (*energy and climate related programs*) (*Subtitle D*)¹¹.

Più specificamente il *Subtitle D (Energy Security)* contiene le misure che dovrebbero consentire agli Stati Uniti, secondo le previsioni, di abbattere del 40% le emissioni di CO₂ entro il 2030. Prevede uno stanziamento di 369 miliardi di dollari destinati sia alle imprese sia ai cittadini secondo diverse linee di finanziamento che comprendono la concessione di crediti per la creazione di impianti di energia rinnovabile (solare ed eolica) per le comunità con basso reddito ed i privati, ma anche per la predisposizione di sistemi di cattura dell'ossido di carbonio. I finanziamenti e le agevolazioni sono gestiti dal Dipartimento federale dell'Energia. Una seconda linea di azione riguarda i carburanti: è prevista un'estensione degli incentivi per la produzione di carburanti alternativi (biodiesel, diesel rinnovabile) e crediti fiscali per le compagnie aeree che usano carburante sostenibile. Sono inoltre stabiliti crediti fiscali per la produzione di idrogeno pulito. Una terza linea di finanziamento riguarda gli incentivi economici per i privati (per stimolare l'efficientamento energetico degli edifici esistenti, la produzione non business di energia e la costruzione di nuove case efficienti dal punto di vista energetico). Una quarta linea di azione riguarda invece i veicoli puliti (con finanziamenti alle case produttrici per nuove tecnologie e sostegno al consumatore con incentivi fino a 7000 dollari per l'acquisto). Al contempo sono previsti investimenti nella manifattura e nei trasporti che impiegano energia pulita.

In generale l'*Inflation Reduction Act* è ritenuta una legislazione con impatto trasformativo del sistema energetico e produttivo americano: rispetto agli obiettivi presenti nel GND manca però – o comunque è molto ridotta – la componente di riequilibrio delle ingiustizie sociali. Essa, inoltre, benché muova un passo deciso verso la transizione ecologica ed energetica, non si accompagna alla fissazione di limiti di emissioni rigidi di CO₂, senza i quali l'obiettivo di abbattimento delle emissioni inquinanti rischia di non essere raggiunto, soprat-

¹¹ M. DENG-M. LEIPPOLD-A.F. WAGNER-Q. WANG, *The Net-Zero Transition and Firm Value: Insights from the Russia-Ukraine War, REPower EU, and US Inflation Reduction Act*, Research Paper Series 22-29, Swiss Finance Institute, scaricabile da <https://cepr.org/publications/dp/17207>.

tutto in ragione di politiche ambientali statali restie ad adottare misure significative di contrasto al cambiamento climatico¹².

4. L'EPA e la lotta al *climate change*

Anche in considerazione delle difficoltà che le leggi ambientali federali incontrano nel processo parlamentare, uno strumento fondamentale per la politica ambientale del Governo è tradizionalmente rappresentato dall'azione regolatoria dell'agenzia federale per la protezione ambientale (*Environmental Protection Agency* – EPA), che ha un ruolo fondamentale nella fissazione degli standard in materia. In questi termini, si può dire, anzi, che il Presidente degli Stati Uniti si serve dell'agenzia per attuare le proprie politiche ambientali secondo quella che è stata definita la *Presidential Administration*¹³.

L'EPA costituisce una *independent executive agency*: essa, a differenza delle autorità amministrative indipendenti (*Independent regulatory commissions*) è slegata da uno specifico Dipartimento di Stato, ma è parte dell'*executive branch* (e dunque in questi termini *executive*) e quindi posta sotto l'influenza diretta della Presidenza degli Stati Uniti, che ne nomina e revoca i vertici *at will*¹⁴. A differenza dei Dipartimenti di Stato, che hanno principalmente compiti esecutivi e di *adjudication*, l'agenzia per la protezione dell'ambiente ha significativi poteri di regolazione: si tratta dunque di un pezzo di esecutivo con i poteri propri delle autorità indipendenti di regolazione.

Nell'individuazione dei limiti alla sua azione regolatoria (e di fissazione degli standard ambientali) rilevano due fondamentali dottrine: la *nondelegation doctrine* e la *Chevron doctrine*. Per effetto della prima, le principali scelte politico-economiche del Paese devono essere compiute dal Congresso, secondo quanto prevede il par. 1 della Costituzione: l'amministrazione è chiamata ad operare, dunque, in base ad una legge del Congresso che la autorizza. Da ciò discende che l'adozione da parte dell'amministrazione di atti aventi un impatto economico o politico generale richiede una delega espressa da parte del legi-

¹² <https://climate-xchange.org/network/map/>. La mappa mostra efficacemente le diverse politiche statali in materia ambientale secondo gradazioni di colore che rappresentano il grado maggiore o minore di sensibilità ambientale e di lotta al cambiamento climatico.

¹³ E. KAGAN, *Presidential Administration*, in *Harv. Law Review*, 2001, 111, 2245-2329; J.S. Masur, *Regulatory Oscillation*, in *Yale Journal of Regulation*, 2022, vol. 39, issue 2, p. 748: "Since at least Clinton Administration, and probably long before that, scholars have understood that legislative gridlock in Congress has forced much of the important activity of Government into the executive branch" (...). In this era of Presidential Administration (...) Presidents have been forced to use the administrative state to achieve policy goals that could not be passed by a divided Congress". Lo stesso Obama, al di fuori dell'*Affordable Care Act*, ha potuto realizzare le proprie politiche ambientali e in materia di salute pubblica principalmente attraverso l'azione regolatoria dell'EPA, ciò che ha prodotto una significativa pressione sulla sua amministrazione.

¹⁴ La scelta degli amministratori dell'EPA avviene – come per i ministri – "to serve at the President's pleasure". Si tratta dunque di un'amministrazione collegata direttamente alla Casa Bianca, che non solo ne nomina i vertici, ma ne controlla il Budget. In generale, sull'amministrazione federale statunitense cfr. A.M. MORENO, *Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process*, *Adm. L.J. Am. U.*, 1994, 8, 468; G.P. MILLER, *Independent Agencies*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1986, 41, 282; A.B. Morrison, *How independent are Independent Regulatory Commissions?*, in *Duke L.J.*, 1988, 252; per un inquadramento generale, sia consentito rinviare a B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, Cedam, 2005, 32.

slatore (*major question doctrine*)¹⁵. Per effetto della seconda, quando il Congresso delega (anche implicitamente) all'amministrazione il potere di fare delle scelte, il sindacato operato dalle Corti su di esse deve essere di tipo deferente, nel senso che il giudice dovrà limitarsi a verificare che sussista una delega a favore dell'amministrazione e che le valutazioni operate da quest'ultima siano *permissible* alla luce della legge, secondo quanto ha stabilito la Corte Suprema nel noto caso *Chevron* del 1984¹⁶.

Da un lato, vi è uno spazio di amministrazione protetto rispetto alle interferenze del giudice; dall'altro, tale spazio è ritagliato dal legislatore, cui spettano le scelte politiche ed economiche fondamentali del Paese¹⁷.

4.1. Segue: l'azione dell'EPA nell'era Obama: la *Clean Power Plan Rule*

Ben prima della risoluzione democratica del 2019, le indicazioni di Friedman avevano ispirato il *Clean Power Plan* (CPP), una regolamentazione adottata dall'EPA nel 2015 su impulso del Presidente Obama: tale atto era stato emanato in base alla sez. III (d) del *Clean Air Act* del 1970, ossia di una delle due leggi fondamentali emanate dal Congresso in materia di protezione ambientale, emendata in seguito solo nel 1977 e nel 1990¹⁸.

Il CPP, in particolare, conteneva linee guida vincolanti per gli Stati, finalizzate a realizzare una rapida (seppur parziale) decarbonizzazione dell'economia americana e del settore energetico attraverso l'imposizione agli Stati di limiti massimi di emissioni di CO₂: il piano cercava di contemperare l'esigenza di ridurre l'inquinamento con la necessità di tenere conto del fabbisogno ener-

¹⁵ In questo senso, i poteri dell'agenzia per la protezione ambientale trovano il proprio fondamento nelle due principali leggi emanate dal Congresso per la tutela dell'ambiente, ossia il *Clean Air Act* del 1970 e l'*Energy Policy and Conservation Act* (EPCA) del 1975, M. NEVITT, *Delegating Climate Authorities*, cit., p. 101; J.B. RUHL-J. SALZMAN, *What Happens when the Green New Deal Meets the Old Green Laws*, in *Vermont Law Review*, 2020, 44, p. 693.

¹⁶ *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). La dottrina sul caso *Chevron* è sconfinata: tra i molti cfr. T.W. MERRILL-K.E. HICKMAN, *Chevron Doctrine*, 89 Geo. L.J. 2001, 833; C.R. SUSTEIN, *Law and Administration after Chevron*, in *Colum. L. Rev.*, 1990, 90, 2071; A. SCALIA, *Judicial Deference to Administrative Interpretation of Law*, in *Duke L.J.*, 1989, 3, p. 511; sul punto sia consentito rinviare anche a B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, cit., 211. Da ultimo sulla dottrina *Chevron v. T.W. MERRILL, The Chevron Doctrine. Its Rise and Fall and the Future of the Administrative State*, Harvard University Press, 2022; J.S. MASUR-E.A. POSNER, *Chevronizing Around Cost-Benefits Analysis*, in *Duke L. J.*, 2021, 70, 1109.

¹⁷ In generale, sull'amministrazione neutrale statunitense nel quadro costituzionale v. P. Verkuil, *The purposes and limits of Independent Agencies*, in *Duke Law J.*, 1988, 259; P. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Colum. L. Rev.*, 1984, 578; v. anche L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Quaderni del Consiglio di Stato, Torino, 1997. Per una riflessione a tutto tondo su autorità di regolazione e politica cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, spec. 11 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁸ M. NEVITT, *Delegating Climate Authorities*, in *Yale Journal of Regulation*, 2022, vol. 39, issue 2, p. 777. Sullo spazio lasciato all'EPA dalla legge del Congresso cfr. Cass R. Sunstein, *Is the Clean Air Act Unconstitutional?*, in *Michigan Law Review*, 1999, vol. 98, issue 2, pp. 303-394: "Here EPA is asked to set standards 'the attainment and maintenance of which in the judgment of the Administrator,' based on air quality criteria documents 'and allowing an adequate margin of safety, are requisite to protect the public health'. The second of these provisions involves national secondary ambient air quality standards, which EPA must set at levels requisite to protect the public welfare from any known or anticipated adverse effects associated with the presence of such air pollutant in the ambient air".

getico e della varietà di fonti energetiche presenti nei diversi Stati. La regolamentazione finale emanata dall'EPA (*Clean Power Plan Rule*) veniva adottata alla luce dei 4,3 milioni di commenti presentati da Stati, Territori, comunità indigene, stakeholder e società civile e muoveva dai seguenti dati: l'82 % delle emissioni inquinanti americane sono legate all'energia fossile e gli Stati Uniti sono responsabili con le loro emissioni del 20% dell'inquinamento globale. L'attuazione del piano avrebbe dovuto portare, nel 2030, a ridurre del 32% le emissioni di CO₂ rispetto ai livelli del 2005. Quelle di anidride solforosa sarebbero dovute scendere del 90%, mentre gli ossidi di nitrogeno del 72%. Il medesimo piano calcolava i benefici economici del raggiungimento di questi obiettivi in 20 milioni di dollari per i *climate benefits*, tra i 14 e i 34 milioni di dollari per la salute pubblica e tra 26 e 45 milioni di *net benefits*.

In essa venivano fissati gli standard nazionali di qualità dell'aria (*National ambient air quality standards* – NAAQS), primari e secondari, con finalità di protezione della salute pubblica e del welfare pubblico¹⁹. Nel caso specifico, l'Agenzia lasciava agli Stati una certa flessibilità nella individuazione delle misure per il raggiungimento degli obiettivi, compreso il sistema di *emissions trading*²⁰, ma a fianco di misure di efficientamento energetico prevedeva il c.d. *generation shifting*, ossia la transizione da fonti maggiormente inquinanti a fonti pulite²¹.

I tempi previsti per l'adeguamento degli Stati venivano fissati in 15 anni, posto che la presentazione dei Piani statali era fissata per il 2016 e gli obiettivi dovevano essere raggiunti nel 2030. L'attuazione del piano doveva essere graduale e monitorata.

L'azione dell'EPA promossa con il CPP si è, tuttavia, presto interrotta a causa dell'intervento delle Corti che, a seguito del ricorso di alcuni Stati repubblicani, ne hanno decretato la paralisi nel 2016: inoltre, con la successione di Trump alla Presidenza degli Stati Uniti nell'autunno del 2016, l'Agenzia, a guida del Repubblicano Andrew Wheeler, sostituiva il piano di Obama con l'*Affordable Clean Energy Rule* (ACE), una disciplina che, seppur finalizzata a ridurre le emissioni di CO₂, evitava di fissare soglie vincolanti ed affidava alla sola promozione dell'efficienza energetica degli impianti la riduzione delle emissioni inquinanti. La misurazione dell'impatto della nuova disciplina sui problemi ambientali esprimeva bene il diverso approccio: l'obiettivo che prometteva di realizzare l'ACE era una riduzione di 10 milioni di tonnellate di emissioni, mentre il CPP prevedeva, come traguardo finale, una riduzione di 870 milioni di tonnellate²².

L'azione di *deregulation* dell'EPA a guida repubblicana non ha riguardato

¹⁹ In generale, gli standard approvati dall'EPA devono essere scientificamente fondati e costantemente aggiornati, ed eventualmente modificati, ogni cinque anni, con la collaborazione del Comitato scientifico indipendente che affianca l'agenzia in questo compito, il *Clean Air Scientific Advisory Committee* (CASAC).

²⁰ Secondo l'Agenzia, il sistema di *emissions trading* costituiva uno strumento ben sperimentato ed efficace, capace di raggiungere una riduzione delle emissioni anche maggiore di quella richiesta grazie ai vantaggi assicurati dagli incentivi finanziari e dall'assenza di costi di *compliance*.

²¹ V. L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in DPCE online, Settembre 2022, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1660>.

²² C. KOLSTAD-D. SIVAS-M. WARA, *Goodbye, Clean Power Plan*, reperibile al sito <https://woods.stanford.edu/news/goodbye-clean-power-plan>.

solo la sostituzione del CCP, ma anche altre regolamentazioni introdotte dai democratici in materia, ad esempio, di contenimento dell'inquinamento da mercurio e in materia di illuminazione a basso consumo (*light bulb efficiency*). Terminata la Presidenza Trump ed iniziata l'amministrazione Biden, molte delle scelte regolatorie fatte dai democratici sono state nuovamente proposte, pur con le modifiche e gli aggiornamenti necessari ad assicurare la coerenza delle nuove misure con gli sviluppi nel frattempo intervenuti²³. Con il proprio *Executive Order on Climate Change "Takling the Climate Crisis at home and abroad"* Biden ha inoltre nominato Gina McCarthy al vertice dell'EPA, riconoscendole il medesimo ruolo ricoperto durante l'amministrazione Obama.

4.2. La reviviscenza del CCP e la sentenza della Corte Suprema *West Virginia v. EPA*

Le vicende giudiziarie che hanno riguardato i due piani adottati dall'EPA (CPP ed ACE) hanno condizionato fortemente l'efficacia dell'azione amministrativa di contrasto al *climate change* e determinato un'oscillazione regolatoria i cui effetti pregiudizievoli, per le imprese e per la salute dei cittadini, sono stati ben evidenziati dalla dottrina²⁴. A seguito dell'emanazione della *Affordable Clean Energy Rule* alcuni ricorrenti, tra cui Stati e produttori di energia che si erano allineati a quanto stabilito dal CPP, avevano impugnato dinanzi alla *Court of Appeal* del D.C. Circuit la nuova regolamentazione ACE e la revoca della *Rule* del 2015. In esito a tale azione, nel gennaio 2021 la Corte aveva disposto l'annullamento del piano di Trump e la reviviscenza del *Clean Power Plan*, sul presupposto che, nell'adottare tali atti, l'Agenzia avesse interpretato in termini eccessivamente restrittivi i poteri che il *Clean Air Act* le attribuiva per tutelare la salute pubblica dai danni prodotti dall'inquinamento atmosferico²⁵.

Benché l'agenzia avesse pubblicamente dichiarato di non voler dare attuazione al piano, per l'intenzione di adottarne uno nuovo, avverso la sentenza veniva proposta una *petition for certiorari* dinanzi alla Corte Suprema, la quale, con la pronuncia *West Virginia v. EPA*, giungeva ad annullare il CPP, con la maggioranza di 6 a 3²⁶. In particolare, secondo la Corte, la misura di *gene-*

²³ J.S. MASUR, *Regulatory Oscillation*, cit., 753, il quale osserva che "This type of long-term regulatory uncertainty is essentially always harmful, irrespective of the policy in question". Secondo l'A. "Businesses that face an uncertain regulatory environment will be reluctant to make long-term investments that depend upon the regulatory rules in place", ma soprattutto "regulatory oscillation is especially damaging when the policy at issue is one that is so clearly beneficial to the world". Sul rapporto tra azione regolatoria e legislazione ambientale v. J.B. RUHF-J. SALTMAN, *What Happens when the Green New Deal meets the Old Green Laws*, in *Vermont Law Review*, 2020, vol. 44, issue 4, 693-721.

²⁴ J.S. Masur, *Regulatory Oscillation*, cit., 753.

²⁵ La sentenza è stata pubblicata il 19 gennaio 2021, cioè il giorno precedente alla cessione del mandato di Trump (*American Lung Ass'n v. Environmental Protection Agency*). Cfr. M.B. GERRARD-J. SPALDING-J. TAUBER-K. MATTHEWS, *West Virginia v. Environmental Protection Agency. The Agency's Climate Authority*, in *ENV. L. REP.*, June 2022, 52, 10429.

²⁶ La decisione della Corte di esaminare il ricorso nonostante la dichiarazione dell'EPA di non voler dare attuazione al CPP è stata definita sorprendente da J.H. ADLER, *West Virginia v. EPA: Some Answers about Major Questions*, Case Research paper Series in Legal Studies, Agosto 2022, https://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/2152/: "The Supreme Court's decision to grant certiorari in *West Virginia v. Environmental protection Agency* (WV v. EPA) was a surprise. The Court rarely grants cases involving challenges to regulations the executive branch no longer wishes to enforce". L'art. III della Costituzione prevede infatti che le Corti abbiano giurisdizione in presenza di "case or controversy". Inoltre, difetterebbe lo *standing*

ration shifting prevista nel piano per sostituire alle fonti tradizionali quelle rinnovabili non sarebbe rientrata nel mandato conferito all'EPA dalla sez. 111 lett. d) del *Clean Air Act*, ma avrebbe costituito una scelta di *policy* destinata ad avere una portata dirompente e trasformativa sull'intero sistema economico americano, la quale sarebbe in principio riservata al Congresso. Su tale presupposto, la Corte ha dunque verificato se sussistesse o meno una delega sufficientemente esplicita del legislatore atta a giustificare tali misure straordinarie, concludendo, in applicazione della *major question doctrine*, che il riferimento contenuto nella legge ai "*best systems of emissions reduction*" non potesse costituire una *clear congressional authorization* sufficiente a giustificare l'adozione da parte dell'agenzia di misure di "*generation shifting*"²⁷.

Al di là degli effetti specifici sul CPP, che comunque non avrebbe trovato applicazione e sarebbe dovuto essere sostituito da un diverso piano, le conseguenze della pronuncia investono in generale l'ampiezza e la portata dell'azione regolatoria dell'EPA, ed in termini più generali dell'*Administrative State* e del suo spazio di manovra rispetto al potere legislativo.

5. Gli effetti della sentenza della Corte sull'*Administrative State*

Le diverse sezioni del *Clean Air Act* hanno consentito, nel corso di oltre cinquanta anni, di adottare scelte di regolazione ambientale connotate da una notevole discrezionalità: tale delega ampia di poteri all'amministrazione è sempre stata ritenuta necessaria per conciliare una protezione adeguata della salute pubblica con gli sviluppi economici e tecnologici in ambito ambientale, rispetto ai quali una disciplina risalente rischiava di essere obsoleta o insufficiente²⁸.

Così, ad eccezione del caso *Schechter Poultry* del 1935, in cui la Corte Suprema aveva ritenuto che l'azione di una *agency* avesse violato il principio della *nondelegation* per la mancanza di un *intelligible principle* del Congresso sufficiente a guidarla (e dunque a legittimarla), la Corte Suprema non ha mai annullato le misure di un'agenzia federale per violazione della *nondelegation*

delle parti, dato che il CPP, non venendo applicato, non avrebbe potuto arrecare alcun pregiudizio.

²⁷ Tra i primi commenti alla sentenza, cfr. L. PARONA, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, cit., 5; M. RAMAJOLI, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in Riv. Reg. Mercati, 2022, 1, p. 25, la quale esamina la sentenza alla luce della questione del rispetto del principio di legalità sostanziale; A.M. SABINO, *West Virginia v. EPA: Behind the Supreme Court's Principled Decision*, in *Climate and Energy*, 2022, October, 1; J.H. ADLER, *A "Step Zero" for delegations. The Administrative State before the Supreme Court*, American Enterprise Institute, 2022, 161.

²⁸ Bibliografia sulla *nondelegation doctrine*. J.S. Masur, *Regulatory Oscillation*, cit., 743; C. DE SAILLAN, *United States Supreme Court rules EPA must take action on Greenhouse Gas Emissions: Massachusetts v. EPA*, in *Natural Resources Journal*, Fall 2007, vol. 47, n. 4, 793; K.E. HICKMAN, *Nondelegation as Constitutional Symbolism*, in *The George Wash. L.R.*, 2021, 89, 1079; T.W. MERRILL, *Rethinking Article I, section I: From Nondelegation to Exclusive Delegation*, in *Colum. L.Rev.*, 2004, 104, 2097; da ultimo su *nondelegation* e *West Virginia v. EPA* cfr. R.J. PIERCE Jr., *The Remedies for Constitutional Flaws have Major Flaws*, in *George Wash. Law Faculty Publications*, 2022, reperibile al sito https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2869&context=faculty_publications.

doctrine sul presupposto che “*broad delegation is necessary to meet the challenges of an increasingly complex and technical modern world*”²⁹.

Solo in due casi la costituzionalità di ampie deleghe normative (proprio nel contesto del *Clean Air Act*) era stata posta in dubbio, benché non in termini decisivi per l'accoglimento del ricorso: nel caso *Mistretta v. United States* (1989³⁰) e nel caso *Whitman v. American Trucking Association, Inc.* (2001)³¹. Nel primo caso, il giudice Scalia scrisse una *dissenting opinion* rispetto alla majority opinion di Justice Blackmun, in cui rilevava la mancanza di un principio intellegibile a sostegno della delega di poteri che aveva portato alla adozione delle linee guida da parte della agency.

Nel secondo caso, però, sempre Scalia ritenne fondata e legittima la regolamentazione fissata dall'EPA, alla luce dell'*intelligible principle test*, giustificando la fissazione di standard ambientali comuni su tutto il territorio nazionale sulla base della generale esigenza di tutelare la salute del popolo americano, assegnata alla cura dell'agenzia dal *Clean Air Act*.

Rispetto ad un orientamento tendenzialmente generoso nel riconoscere ampie deleghe normative, un forte segnale di cambiamento è rinvenibile in occasione del caso *Gundy v. United States*³² del 2019³³: l'opinione dissenziente del giudice Gorsuch (cui hanno aderito i giudici Thomas e Roberts) sembra preparare il ripensamento dei rapporti tra legislazione e poteri amministrativi di regolazione e soprattutto la rilevanza del *principle intelligible test*, che fino ad ora era stato usato (dallo stesso giudice Scalia) per salvare la costituzionalità di leggi come il *Clean Air Act*.

In *Gundy* veniva contestata, in particolare, la costituzionalità della delega di potere normativo operata dal *Sex Offender Registration and Notification Act* (SORNA) all'Attorney general. La Corte rigettava il ricorso, ritenendo la delega conforme all'art. I della Costituzione, ma la maggioranza di 5 a 3³⁴ con cui la decisione veniva presa lasciava intravedere che l'interpretazione della *nondelegation doctrine* era in procinto di essere rivista. Il giudice Alito, in particolare, pur sostenendo la decisione di costituzionalità, dichiarava di non condividere appieno la ricostruzione normativa operata dalla maggioranza, auspicandone un ripensamento in occasione di prossime decisioni della Corte³⁵.

²⁹ Sulle ampie deleghe di potere regolatorio consentite dal *Clean Air Act* e sulla loro costituzionalità cfr. Cass. R. Sunstein, *Is the Clean Air Act Constitutional?*, in *Michigan Law Rev.*, 1999, pp. 303, 359.

³⁰ 488 U.S. 361 (1989). Secondo l'opinione di maggioranza scritta dal giudice Blackmun, mano a mano che la complessità della società aumenta, il Congresso è tenuto a delegare poteri all'amministrazione “*under broad general directives*”. Nel caso di specie, la delega ampia di poteri all'agenzia era indubbiamente “*sufficiently specific and detailed to meet constitutional requirements*”. Secondo la Corte, il Congresso ha identificato specifici obiettivi e indicato specifici strumenti per il loro raggiungimento: ciò e le altre direttive contenute nella legge hanno assicurato che l'agenzia fosse guidata da “*more than merely an 'intelligible principle' or minimal standards*”.

³¹ *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457 (2001).

³² *Gundy v. United States*, 139 S. Ct. 2116 (2019).

³³ Un'altra decisione in cui il giudice Roberts ha ridotto il potere normativo dell'agenzia è stata *King v. Burwell*, del 2015. Qui non è stato messo in dubbio il principio dell'IP test, ma è stato riconosciuto che il potere delle agenzie di interpretare una norma, in tali circostanze, non poteva rientrare nell'ambito di applicazione della *Chevron Doctrine*. Su tale caso K.E. HICKMAN, *Non-delegation as Constitutional Symbolism*, cit., 1123.

³⁴ Il giudice Kavanaugh non ha preso parte alla decisione.

³⁵ “Justice Alito provided the critical fifth majority vote but did not join either the plurality's

Secondo il giudice Gorsuch, in particolare, il test dell'IP non avrebbe alcun fondamento costituzionale e rischierebbe di consegnare all'amministrazione "*unbounded policy choices*" suscettibili di restringere le libertà dei cittadini. Esso, dunque, andrebbe sostituito da un "*three parts guiding principle*", il quale sarebbe ricavabile dalla Costituzione e potrebbe utilmente aiutare a distinguere tra deleghe costituzionali e incostituzionali di potere normativo. Secondo tale test la delega sarebbe possibile solo: a) quando il Congresso formula standards "*sufficiently definite and precise*" da consentire al Congresso, Corti e pubblico di "*ascertain whether Congress's guidance has been followed*"; b) quando il Congresso emana norme che governano la vita privata ma condizionano la loro implementazione ad un *executive fact-finding*³⁶; o c) nel caso in cui il Congresso abbia delegato alle Corti o all'Amministrazione responsabilità non legislative, per le quali la delega può essere *full*³⁷.

Ad oggi, il percorso di revisione della *nondelegation doctrine* si è compiuto con la decisione *West Virginia v. EPA* (2022), dalla quale l'amministrazione Biden esce con margini di manovra davvero esigui. In essa, infatti, si afferma il principio per cui il Congresso deve "*expressly and specifically decide the major policy question itself and delegate to the agency the authority to regulate and enforce*". La sentenza non ha il solo effetto di rendere una specifica regolamentazione (il CPP) invalida e dunque inapplicabile, ma rischia di rendere assai difficile, da ora in avanti, un'azione regolatoria efficace di contrasto al *climate change* da parte dell'Agenzia, la quale poggia i propri poteri su una disciplina legislativa risalente (il *Clean Air Act* del 1970) e non può contare, per le ragioni viste in precedenza, su adeguate leggi del Congresso per la decarbonizzazione ed il contrasto al cambiamento climatico. Al di là delle critiche rivolte alla Corte Suprema da parte della dottrina, degli scienziati e della stessa società civile, il rischio, come è stato rilevato da Pierce, è che a fronte di *major problems* né il Congresso né l'amministrazione si trovino nella condizione di intervenire³⁸. In questi termini, "*the major question doctrine can produce a great deal of harm when it is applied in that context. When it is coupled with the legislative impotence that the Court implicitly recognized with its choice of remedies in Arthrex, it can leave the nation powerless to address an unprecedented major new problem*"³⁹.

constitutional or statutory analysis, stating he would join the minority in an appropriate case": così M.P. NEVITT, *The Remaking of the Supreme Court: Implications for Climate Change Litigation and Regulation*, in *Cardozo L. Rev.*, 2021, 2911.

³⁶ Da rilevare che questa seconda fattispecie è stata ricavata dal giudice Gorsuch da un caso di commercio internazionale risalente all'epoca Napoleonica.

³⁷ Il giudice Kavanaugh, nel caso *Paul v. United States* (140 S.Ct. 342 (2019) in un altro ricorso per violazione della *nondelegation doctrine* ha accompagnato il rigetto del ricorso con una dichiarazione in cui afferma che "*Justice Gorsuch's scholarly analysis of the Constitution's nondelegation doctrine in his Gundy dissent may warrant further consideration in future cases*". In argomento cfr. K.E. Hickman, *Nondelegation as Constitutional Symbolism*, cit., p. 1121.

³⁸ In termini molto critici nei confronti della Corte Suprema cfr. R.J. PIERCE JR., *The Remedies for Constitutional Flaws have Major Flaws*, cit., secondo cui "The contexts in which the Court applied the doctrine (*nondelegation*) in its 2021-22 Term differed significantly from the context of the case that gave rise to the doctrine. The Court applied the doctrine to unprecedented major actions that agencies took to address unprecedented major new problems – the Covid pandemic and climate change. (...) The Court can avoid that problem by restoring the major question doctrine to its original context and holding that an agency can take a major unprecedented action under an old broadly worded statute if it confronts an unprecedented major new problem".

³⁹ R.J. PIERCE JR., *The Remedies for Constitutional Flaws have Major Flaws*, cit.

Non solo: l'*Administrative State* corre il pericolo di essere limitato anche da una revisione della dottrina della *deference* elaborata nel caso *Chevron*⁴⁰. Essa era nata per favorire un'azione regolatoria (ambientale) dell'EPA ed era stata salutata con entusiasmo dagli ambientalisti per lo spazio di manovra che concedeva all'amministrazione sotto l'ombrello della legge⁴¹, ma in un caso del 2020 il giudice Thomas l'ha ritenuta *unconstitutional* nella misura in cui "*likely conflicts with the Vesting Clauses of the Constitution*"⁴². Occorrerà dunque ora capire se la Corte Suprema, nella sua attuale composizione a maggioranza repubblicana, abbia in serbo di rivedere anche il rapporto tra poteri (di interpretazione) dell'amministrazione e successivo sindacato delle Corti.

È interessante in ogni caso riflettere sul rapporto tra la decisione della Corte nel caso *West Virginia v. EPA* e l'approvazione da parte del Congresso dell'*Inflation Reduction Act*.

In passato è stato non infrequente che a fronte di una sentenza della Corte Suprema che riteneva l'azione amministrativa invalida per mancanza di una delega del Congresso ci sia stata una conseguente reazione del Congresso, che adottando nuove leggi ha provveduto a delegare nuovi poteri normativi alle agenzie. Così è stato per il caso *MCI v. AT&T*⁴³, in ordine ai poteri regolatori della *Federal Communication Commission* (FCC), e così pure è stato per la decisione della Corte *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp*⁴⁴, che ha portato all'approvazione della legge che ha affidato alla *Federal Trade Commission* il potere di regolare l'industria del tabacco.

Nel caso *West Virginia*, la Corte Suprema ha negato che possano spettare all'EPA decisioni in materia di *generation shifting*. La decisione è stata emanata nel giugno del 2022 ed il Congresso è riuscito, due mesi più tardi, ad approvare una legge che prevede finanziamenti per circa 400 miliardi di dollari per spingere la transizione energetica, pur senza prevedere un'azione legislativa di limitazione delle emissioni di CO₂: potrebbe essere un timido segnale della capacità del Congresso di affrontare il cambiamento climatico ed inaugurare una stagione legislativa – anche in considerazione dell'esito delle elezioni di *midterm*⁴⁵ – in grado di assicurare all'EPA i necessari poteri regolatori per il controllo e la riduzione delle emissioni di carbonio, superando così il veto della Corte Suprema⁴⁶.

⁴⁰ M.P. NEVITT, *The Remaking of the Supreme Court: Implication for Climate Change Litigation and Regulation*, cit., p. 2924.

⁴¹ Peraltro, la discrezionalità che essa offre all'amministrazione rispetto al possibile sindacato giurisdizionale non è unidirezionale: qualora l'amministrazione (come l'EPA è stata nella Presidenza Trump) sia particolarmente riluttante ad emanare una regolazione ambientale rigorosa, questa stessa deferenza può avere l'effetto di consentire una *de-regulation*. Per tale ragione l'*Affordable Clean Energy Rule*, come visto in precedenza, era stato oggetto di impugnazione dinanzi alle Corti e annullato in ragione del modo eccessivamente restrittivo con cui la Agency aveva interpretato i propri poteri per la tutela ambientale.

⁴² *City of Maui v. Hawaii Wildlife Fund*, 140 S. Ct. 1462 (2020).

⁴³ 512 U.S. 218 (1994).

⁴⁴ 529 U.S. 120 (2000).

⁴⁵ Come è noto, queste hanno confermato la maggioranza repubblicana alla Camera ma garantito la maggioranza democratica in Senato.

⁴⁶ In questi termini, J.H. ADLER, *West Virginia v. EPA: Some Answers About Major Questions*, cit., 38, secondo cui "*The Supreme Court's decision in WV v. EPA need not to be the last word on Whether generation shifting should play a role in mitigating the Threat of climate change. There is broad consensus that more flexible, out-come based strategies are most cost effective and efficient than facility-by-facility permitting*". Secondo l'A., "*what Congress cannot do is*

6. Qualche spunto conclusivo

C'è il cammino dell'Unione europea e c'è il cammino degli Stati Uniti. Per quanto si tratti di percorsi difficili, il *Green Deal* europeo e i timidi segnali provenienti dal Congresso americano e dalle politiche di Biden consentono di non cedere al pessimismo radicale sul futuro orizzonte della lotta al *climate change*. Al di fuori degli sforzi protesi da questi due attori globali, tuttavia, non vi sono molti elementi di conforto⁴⁷.

Gli esiti della COP27, cioè della Conferenza delle Parti per l'attuazione dell'accordo di Parigi sul cambiamento climatico, sono stati deludenti. Sul fronte del contenimento delle emissioni, la dichiarazione "*Accelerating to Zero*" riguardante le emissioni prodotte dai veicoli su strada ha segnato pochi progressi rispetto alla dichiarazione firmata a Glasgow in occasione della COP26. Benché vi abbiano aderito due importanti Stati europei, Francia e Spagna, continuano a mancare all'appello Cina, Stati Uniti, Giappone, India e Germania, ossia i grandi produttori mondiali di automobili.

Allo stesso modo, l'alleanza per ridurre le emissioni di metano del 30% entro il 2030 rispetto ai livelli del 2020 costituisce una strategia importante, ma non include, ancora una volta, Cina, India e Russia, i tre grandi assenti dalla Conferenza di Sharm el-Sheikh.

Come ha osservato il Segretario generale delle Nazioni Unite António Guterres, "we need to drastically reduce emissions now – and this is an issue this COP did not address. A fund for loss and damage is essential – but it's not an answer if the climate crisis washes a small island state off the map – or turns an entire African country to desert. The world still needs a giant leap on climate ambition"⁴⁸.

Anche sul fronte interno l'azione della Cina sembra caratterizzata da una palese contraddizione: da un lato la *Guiding Opinion of the State Council on accelerating the Establishment and Improvement of a Green Low-Carbon and Recycling Economic System* del febbraio 2022 promette una transizione energetica dell'economia cinese basata sullo sviluppo di energie rinnovabili e sulla trasformazione green dei fattori produttivi, indicando una serie di obiettivi e target di ampio respiro, ma dall'altro, i dati sulle emissioni di CO₂, considerati gli aumenti di produzione e consumo che si sono avuti nel 2021 e le previsioni di ulteriore aumento per il 2022, rendono del tutto irrealistico il raggiungimento di obiettivi concreti di decarbonizzazione⁴⁹.

sit back and hope that agencies discover how to unearth broad regulatory powers in the deepest regions of statutes it passed decades ago". V. anche J.B. RUHL-J. SALZMAN, *What Happens When the Green New Deal Meets the Old Green Laws?*, cit., 720.

⁴⁷ Tra i fattori positivi si può ricordare l'iniziativa green dell'Arabia Saudita, che ha lanciato un programma ambizioso per la riduzione delle emissioni e la transizione energetica (con la previsione di un aumento di energia da fonti rinnovabili del 50% nel 2030). Il piano prevede investimenti per 700 miliardi di riyal sauditi (pari circa a 180 miliardi di euro) per raggiungere il target di *zero emissions* nel 2060. V. <https://www.vision2030.gov.sa/v2030/v2030-projects/saudi-green-initiative/>.

⁴⁸ <https://unfccc.int/cop27>.

⁴⁹ Sebbene nell'Energy Work Plan del 2022, adottato dalla NEA (*National Energy Administration*) si annunci una diminuzione graduale dell'impiego delle energie fossili, il Presidente Xi Jinping nel corso delle Two Sessions (cioè dell'incontro annuale del National People's Congress (NPC) e della Chinese People's Political Consultative Conference (CPPCC)), ha precisato che "*Green transformation is a process, and not something that can be accomplished overnight*", così che il processo di decarbonizzazione dovrebbe essere "*not too fast, not too slow, steady*".

La lentezza e le difficoltà con cui si muovono i grandi *player* dell'inquinamento globale sono doppiamente difficili da accettare: sono incomprensibili in sé, alla luce dei pesanti effetti che si producono sulle stesse economie inquinanti, in termini di danni alla salute e di danni all'ambiente (con le conseguenze più gravi per le fasce di popolazione più fragili), ma diventano ancora più insopportabili in considerazione del fatto che conseguenze ancora più gravi ricadono sui Paesi a basso reddito che non hanno responsabilità in termini di riscaldamento globale. Come hanno dimostrato i climatologi Christopher W. Callahan e Justin S. Mankin⁵⁰ attraverso un modello matematico che analizza responsabilità ed effetti del riscaldamento globale con riguardo ai Paesi ad alto e basso reddito, i cambiamenti climatici aggravano in modo inaccettabile le disuguaglianze economiche anche in termini planetari poiché i Paesi meno inquinanti risentono in modo sproporzionato dei danni dovuti al *climate change* senza ricavarne (o averne ricavato), in termini economici, alcun vantaggio in termini di crescita economica.

Richiamando qui le parole dei due autori dello studio *"the culpability for warming rests primarily with a handful of major emitters, and that this warming has resulted in the emitters' enrichment at the expense of the poorest people in the world: we quantify those costs to individual countries and who precisely is responsible for them. Our work shows that anthropogenic warming constitutes a substantial international wealth transfer from the poor to the wealthy"*.

and sure". In questa logica, l'attuale aumento di produzione e consumo di energia fossile è *"a response to short-term issues of energy supply, and as other energy sources catch up, China's coal consumption will reduce"*. V. <https://www.china-briefing.com/news/what-is-chinas-green-and-low-carbon-plan-and-why-is-it-relevant-to-foreign-investors/>.

⁵⁰ C.W. CALLAHAN-J.S. MANKIN, *National Attribution of Historical Climate Change*, in *Climate Change*, 2022, vol. 172, 12 luglio 2022. Negli stessi termini, v. M. NADDAF, *Climate Change is costing trillions – and low-income countries are paying the price*, in *NATURE*, 2022, Nov. 7 2022; Sui costi intergenerazionali cfr. W. THIERY-S. LANGE et al., *Intergenerational inequities in exposure to climate extremes*, in *Science*, 2021, 374, 6564, <https://www.science.org/doi/full/10.1126/science.abi7339>.



COMMENTI

Le subconcessioni “oil” e “non oil”: natura giuridica e aspetti sostanziali

“Oil” and “not oil” sub-concessions: legal nature and substantive aspects

di **Marcello Clarich***

ABSTRACT

Il saggio analizza la disciplina delle sub-concessioni “oil” e “non oil”. Tali servizi costituiscono una parte essenziale del servizio pubblico autostradale e seguono dunque i principi del servizio pubblico. In particolare, il saggio esamina le diverse fasi della pianificazione, della regolazione e della gestione di tali servizi e si sofferma sulle finalità, gli strumenti e i contenuti della regolazione, nonché sulla questione relativa alla giurisdizione.

The essay analyzes the discipline of “oil” and “not oil” sub-concessions. These services represent an essential part of the public motorway service and therefore they follow the principles of public service. In particular, the essay examines the different stages of the planning, regulation and management of these services and focuses on the purposes, instruments and contents of the regulation, as well as on the question of jurisdiction.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La pianificazione. – 3. Finalità, strumenti e contenuti della regolazione. – 4. La giurisdizione sulle procedure di affidamento delle subconcessioni.

1. Premessa

Conviene premettere qualche dato quantitativo per dar conto della rilevanza anche economica del tema trattato. La rete autostradale italiana si estende per circa 7.400 km e consta di circa 476 aree di servizio, con una distanza media tra punti vendita immediatamente successivi di circa 29,2 km.

I servizi erogati sulla rete autostradale in concessione includono sia i servizi di rifornimento di carbolubrificanti, sia i servizi di ristorazione forniti nelle aree di servizio autostradali (c.d. servizi “oil” e “non oil”). Nel 2019 il totale dell'erogato dichiarato dai concessionari autostradali per le attività oil ammontava a circa 1,5 miliardi di litri, mentre per le attività non oil è stato registrato un fatturato pari a circa 997,75 milioni di euro.

Dal 2006 per l'affidamento di tali servizi i concessionari autostradali sono tenuti a ricorrere a procedure a evidenza pubblica¹.

* Professore Ordinario di Diritto amministrativo Sapienza Università di Roma.

I servizi oil e non oil, previsti normativamente come obbligatori, costituiscono parte essenziale del servizio pubblico autostradale.

Pertanto, nel sistema prevale anche per essi la logica del servizio pubblico². Infatti, la disciplina specifica, come si vedrà, distingue le fasi di pianificazione, regolazione e gestione, tipiche della disciplina dei servizi pubblici. Una questione molto discussa poi è quella relativa alla giurisdizione.

2. La pianificazione

L'atto di pianificazione fondamentale è il decreto interministeriale del 7 agosto 2015, Piano di ristrutturazione della rete delle aree di servizio autostradale, che si applica all'intera rete autostradale.

Alla base vi è l'esigenza, tipica della logica del pubblico, che la distribuzione delle aree di servizio lungo le migliaia di chilometri della rete autostradale risponda a caratteristiche di distribuzione equilibrata, sufficientemente capillare, nell'interesse dell'utenza. Il Piano ha infatti previsto misure di razionalizzazione della rete autostradale e di rivisitazione delle modalità dei servizi all'utenza, anche al fine di «riportare condizioni di economicità ed efficienza nei servizi autostradali».

Da un lato, è stata disposta la chiusura delle aree nelle quali il volume di traffico non era tale da giustificare un'attività di tipo economico, nel rispetto della distanza minima tra impianti.

Dall'altro, sono state introdotte aree a "gestione unitaria", risolvendo così il problema della gestione dei servizi oil e non oil nelle aree più piccole, nelle quali è risultato più conveniente affidare a un unico gestore sia l'attività di rifornimento di carburante, sia quella di gestione dei servizi di bar e ristorazione.

Pertanto, la razionalizzazione del sistema è avvenuta attraverso accorpamenti, ampliamenti, ma anche in alcuni casi creazione di nuove aree.

Si tratta in definitiva di un forte atto di indirizzo, coerente con la logica del servizio pubblico che deve essere garantito con termini omogenei, equi e non discriminatori all'interno dell'intera rete autostradale. Ciò dimostra la rilevanza del concetto di pianificazione anche per il particolare ambito relativo al servizio autostradale.

¹ Sulla disciplina delle concessioni autostradali cfr. L. SALTARI-A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in *Il regime giuridico delle autostrade in Italia in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 50 ss.; L. SALTARI-A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, in R. DE NICTOLIS-M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici: concessioni di lavori e servizi partenariati precontenzioso e contenzioso*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 163 ss.; L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2020, p. 1127; Società Italiana di Politica dei Trasporti (SIPO-TRA), Rapporto 2019, *Le concessioni di infrastrutture nel settore del trasporto. Fra fallimento dello Stato e fallimento del mercato: problematiche comuni*, p. 235.

² La letteratura sul tema è molto ampia: cfr. per tutti G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna, 2005; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, 2001; M. MIDIRI-S. ANTONIAZZI, *Servizi pubblici locali e regolazione*, Editoriale scientifica, 2015.

3. Finalità, strumenti e contenuti della regolazione

3.1. Si pone in secondo luogo il problema della regolazione dei servizi, funzionale al raggiungimento di finalità di interesse pubblico.

Una prima finalità, in accordo con la logica del servizio pubblico, è la tutela dell'utente. Il problema che si pone nel caso dei servizi oil e non oil è quello dello squilibrio contrattuale tra il gestore e l'utente. Infatti, l'area di servizio costituisce una sorta di piccolo monopolio, in quanto l'utente che percorre il tratto di autostrade in cui è ubicata non dispone di altre alternative realistiche per usufruire dei servizi forniti dall'area.

Pertanto, dato lo squilibrio contrattuale evidente, occorre che vi sia una regolazione pubblica a tutela dell'utente che quantomeno indichi alcuni criteri da seguire, sia quantitativi sia qualitativi, ma anche di prezzo massimo, almeno con riguardo alla fornitura di alcuni generi di primissima necessità.

Un'ulteriore finalità della regolazione, come si vedrà, è la tutela della concorrenza, emersa da numerosi provvedimenti adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, successivamente, anche dalla normativa in materia.

Quanto agli strumenti della regolazione, anzitutto la materia è stata regolata da atti di pianificazione e atti di indirizzo, tra i quali il sopra citato Piano di ristrutturazione del 2015 e gli Atti di indirizzo del 2013 e del 2015, emanati dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e dal Ministero dello Sviluppo Economico.

Una funzione fondamentale è affidata all'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), che per legge ha la possibilità e i poteri di individuare schemi di bando per l'affidamento dei servizi oil e non oil³. Tra questi, è stata da ultimo adottata la delibera del 16 dicembre 2021, n. 17, sottoposta a consultazione pubblica, sulla quale è intervenuta l'AGCM con il parere del 17 marzo 2022, n. AS1821.

Costituiscono dunque strumenti di regolazione anche gli schemi di bando, i bandi stessi e le convenzioni collegate alle concessioni, strumenti classici della regolazione dei servizi pubblici⁴.

3.2. In questo particolare ambito, negli ultimi venti anni, la regolazione è stata improntata anche a una finalità pro-concorrenziale. Tale fine è previsto anche dal diritto europeo, che nel TFUE sottopone i servizi di interesse generale alle regole della concorrenza con deroghe limitate secondo il criterio di stretta proporzionalità (art. 106, comma 2, TFUE).

Pertanto, salvo limitate deroghe e aiuti mirati alla salvaguardia dell'universalità del servizio, in linea di principio l'attività è connotata da un profilo di economicità e di profittabilità per i gestori. Peraltro si tratta di un ambito in cui devono essere rispettate, come si dirà, le regole della concorrenza "per il mercato" atte a garantire la pubblicità, la trasparenza e la *par condicio*.

³ Cfr. L. SALTARI, *Trasporto pubblico*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, 2022, III, p. 1182; C. SCARPA, *Si chiude il cerchio su Autostrade: dallo Stato al mercato – ritorno*, in *Mercato concorrenza regole*, 2021, 3, p. 541; A. TONETTI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, 6, p. 589; AA.VV., *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, L. TORCHIA (a cura di), Astrid, 2013.

⁴ Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981.

Tuttavia la componente pro-concorrenziale della disciplina, almeno per quanto riguarda il principale operatore autostradale, Autostrade per l'Italia, non è nata su base legislativa. Infatti, tale finalità è emersa inizialmente dai provvedimenti dell'AGCM, che hanno messo in luce i potenziali effetti lesivi della concorrenza di alcune operazioni in materia.

In particolare, in occasione di un accorpamento tra Autostrade per l'Italia e Edizione Holding, proprietaria del gruppo Autogrill, con il provvedimento n. 13716 del 10 novembre 2004, l'Autorità ha richiesto come condizione per autorizzare l'operazione di concentrazione la messa a gara, con determinati criteri, dei servizi non oil.

Alcune regole a tutela della concorrenza sono poi state incluse anche nella normativa nazionale, come nel caso del principio di dare prevalenza agli aspetti qualitativi dei servizi rispetto al prezzo, contenuto nell'art. 11, comma 5 *ter*, legge n. 498/1992⁵.

La regolazione pro-concorrenziale segue due modelli. Il primo è la concorrenza "nel mercato" e riguarda i servizi pubblici per i quali le caratteristiche dell'attività consentono che la fornitura del servizio sia svolta da una pluralità di operatori in concorrenza fra loro.

Il secondo modello è quello della concorrenza "per il mercato" e si riferisce ai casi in cui per ragioni tecniche o economiche il servizio non può essere svolto in modo efficiente da una molteplicità di operatori in concorrenza. In questi casi la concorrenza si realizza attraverso il sistema della messa a gara del servizio o del sottoservizio e la procedura competitiva di affidamento costituisce quindi una sorta di situazione di secondo livello, in cui per garantire la concorrenza si deve ricorrere a un "mercato artificiale", limitato alla fase di scelta del gestore⁶.

Pertanto se, come sopra detto, ogni area è un mercato a sé, nell'ambito delle subconcessioni autostradali vi sarà certamente la concorrenza "per il mercato", realizzata attraverso l'affidamento delle subconcessioni tramite procedure ad evidenza pubblica.

Tuttavia, gli schemi di bando e i principi posti dall'ART hanno introdotto anche alcune regole di concorrenza "nel mercato", applicandole al piccolo mercato rappresentato dall'area di servizio. Per esempio, la delibera dell'ART del 2021 prevede (nella misura 3) che le aree di servizio siano classificate in tre classi secondo i volumi, l'importanza e quindi anche l'appetibilità sul piano economico e, quanto alle aree di servizio di classe 1, stabilisce (nella misura

⁵ Art. 11, comma 5 *ter*, legge n. 498/1992: «L'affidamento dei servizi di distribuzione carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio delle reti autostradali, in deroga rispetto a quanto previsto nelle lettere c) ed f) del comma 5, avviene secondo i seguenti principi: a) verifica preventiva della sussistenza delle capacità tecnico-organizzative ed economiche dei concorrenti allo scopo di garantire un adeguato livello e la regolarità del servizio, secondo quanto disciplinato dalla normativa di settore; b) valutazione delle offerte dei concorrenti che valorizzino l'efficienza, la qualità e la varietà dei servizi, gli investimenti in coerenza con la durata degli affidamenti e la pluralità dei marchi. I processi di selezione devono assicurare una prevalente importanza al progetto tecnico-commerciale rispetto alle condizioni economiche proposte) modelli contrattuali idonei ad assicurare la competitività dell'offerta in termini di qualità e disponibilità dei servizi nonché dei prezzi dei prodotti oil e non oil». Sul punto cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶ Sulle due accezioni della concorrenza cfr. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, *Studi di diritto delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 273; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 1-2, p. 71; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 191.

5) che si debbano fare più affidamenti dei servizi non oil, in modo da creare all'interno dell'area una concorrenza tra più operatori.

L'AGCM, nel parere del 17 marzo 2022, ha accolto con favore la previsione, ma ha rilevato anche alcuni problemi di sostenibilità economica. L'Autorità ha suggerito infatti di inserire regole al fine di ripartire gli obblighi di servizio pubblico tra i vari affidatari del servizio di ristoro, in modo da realizzare, per esempio, un'alternanza nell'offerta del servizio nelle ore meno profittevoli, al fine di ridurre i costi dell'attività.

Tra le misure pro-concorrenziali si colloca anche la possibilità per i gestori degli impianti di distribuzione dei carburanti di dotarsi del c.d. "sottopensilina", in modo da offrire alcuni servizi minimi "non oil", come la somministrazione di alimenti e bevande e la vendita di quotidiani e periodici in concorrenza, come previsto già dall'art. 17, comma 4, d.l. n. 1/2012⁷.

Inoltre, il fine di incrementare la concorrenza è realizzato anche attraverso la riduzione al minimo della durata delle subconcessioni, prevista dalla misura 7 della delibera dell'ART, accolta dall'AGCM. A tal riguardo, la misura fissa di norma la durata delle subconcessioni a cinque anni, estensibili soltanto in base a eventuali programmi di investimento. Tale durata, come rilevato dall'AGCM, risulta molto minore rispetto alla durata media statistica delle subconcessioni in essere, «tanto che la durata media di una subconcessione oil è stata di 12/13 anni, mentre quella di una non oil di 14,6 anni e quella di tipo unitario di ben 16,3 anni»⁸.

La messa a gara con periodicità più ravvicinata rende più effettivo il meccanismo della concorrenza per il mercato, in quanto in tal modo al rinnovo della subconcessione si apre una nuova gara, nella quale non ci dovrebbe essere un vantaggio competitivo per il gestore uscente.

Si tratta di un principio riconosciuto anche dal diritto europeo. Infatti, la direttiva (CE) n. 2006/123, c.d. "direttiva Bolkestein"⁹, relativa ai servizi nel mercato interno, detta il principio secondo il quale i regimi concessori devono avere una durata proporzionata e non eccessiva, in modo da non alterare il meccanismo concorrenziale¹⁰.

⁷ Art. 17, comma 4, d.l. n. 1/2012: «Al fine di incrementare la concorrenzialità, l'efficienza del mercato e la qualità dei servizi nel settore degli impianti di distribuzione dei carburanti, è sempre consentito in tali impianti: a) l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande di cui all'articolo 5, comma 1, lettera b), della legge 25 agosto 1991, n. 287, fermo restando il rispetto delle prescrizioni di cui all'articolo 64, commi 5 e 6, e il possesso dei requisiti di onorabilità e professionali di cui all'articolo 71 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59; b) l'esercizio dell'attività di un punto di vendita non esclusivo di quotidiani e periodici senza limiti di ampiezza della superficie dell'impianto e l'esercizio della rivendita di tabacchi, nel rispetto delle norme e delle prescrizioni tecniche che disciplinano lo svolgimento delle attività di cui alla presente lettera, presso gli impianti di distribuzione carburanti con una superficie minima di 500 mq; c) la vendita di ogni bene e servizio, nel rispetto della vigente normativa relativa al bene e al servizio posto in vendita a condizione che l'ente proprietario o gestore della strada verifichi il rispetto delle condizioni di sicurezza stradale».

⁸ Cfr. AGCM, parere n. AS1821, 17 marzo 2022, p. 3.

⁹ In generale sulla direttiva (CE) n. 2006/123 cfr. C. BARNARD, *Unravelling the services directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, n. 45; G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO-L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; E. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, n. 12/2010; S. D'ACUNTO, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Milano, 2016; G. FONDERICO, *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, 8, p. 921.

¹⁰ Considerando n. 62 direttiva (CE) n. 2006/123 «Tale procedura dovrebbe offrire garanzie

La misura 17 della delibera dell'ART vieta, infatti, anche i rinnovi automatici e le proroghe. In particolare, la misura dispone che la documentazione di gara non può contenere clausole che prevedano rinnovi automatici e proroghe dei contratti in essere, in quanto le stesse potrebbero costituire una potenziale barriera all'ingresso di nuovi operatori economici, in contrasto con i principi europei di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi.

3.3. Un aspetto importante è costituito poi dalla regolazione dei rapporti tra il subconcessionario uscente e il subconcessionario entrante.

A questo proposito, un tema rilevante, su cui si è soffermata anche l'AGCM, è quello dei beni indispensabili, disciplinato dalla misura 6 della delibera dell'ART.

Nell'area di servizio vi sono infatti strutture che devono necessariamente passare di mano da un gestore all'altro e, dunque, si ritiene che qualora il gestore attuale avesse effettuato investimenti non ancora ammortizzati il gestore entrante, aggiudicatario della gara, dovrebbe tenere indenne da tali costi il gestore uscente.

Pertanto, si pone il problema di come definire i beni indispensabili, che, da un lato, il concessionario autostradale deve mettere a disposizione di tutti, ma che, dall'altro, devono passare da un gestore all'altro nel caso di subentro. In particolare, la Relazione Illustrativa al documento di consultazione li individua, in modo esemplificativo, in opere di piazzale, impianti afferenti all'erogazione del servizio, fabbricati e attrezzature e arredi dei fabbricati.

L'AGCM non condivide in particolare la tesi che "attrezzature e arredi dei fabbricati" siano inclusi tra i beni indispensabili, considerando che in tal modo la concessione potrebbe risultare troppo onerosa per il gestore che preferisse, per ottenere un'altra configurazione dei locali, rinnovare gli arredi e fosse costretto a farsene carico.

L'Autorità ritiene infatti che si tratterebbe di «beni che in realtà potrebbero essere "sostituibili" a fine affidamento e pertanto, al più, solo oggetto di un atto negoziale a latere tra SC uscente e SC entrante, laddove quest'ultimo sia interessato nell'acquisto, specialmente quando si tratta di attrezzature caratterizzanti l'attività del SC uscente e non riutilizzabili dal SC entrante»¹¹.

Quanto invece ai prezzi al pubblico, la disciplina, contenuta nella misura 14, riguarda sia il prezzo del carburante sia il prezzo dei beni essenziali. Per il carburante il prezzo deve essere determinato a partire dal prezzo medio alla pompa mensile per la modalità "servito" erogato nella regione, incrementato di una quota di maggiorazione.

Il criterio è criticato dall'AGCM, in quanto in tal modo il prezzo non dipenderebbe dal gestore attuale, ma si tratterebbe di «un parametro del tutto al di fuori del controllo del sub-concessionario»¹². L'Autorità ha proposto quindi altri criteri ancorati per esempio ai prezzi del petrolio sui mercati mondiali con delle maggiorazioni.

di trasparenza e di imparzialità e l'autorizzazione così rilasciata non dovrebbe avere una durata eccessiva, non dovrebbe poter essere rinnovata automaticamente o conferire vantaggi al prestatore uscente. In particolare, la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti».

¹¹ Cfr. AGCM, parere n. AS1821, 17 marzo 2022, p. 3.

¹² Cfr. *op. ult. cit.*, p. 4.

La regolazione prevede poi un regime di vigilanza, supportato da un sistema sanzionatorio, individuato dalla misura 16.

La regolazione risulta dunque molto dettagliata. Ciò risponde peraltro all'esigenza di definire la materia in tempi brevi. Infatti un numero molto alto di subconcessioni giungeranno a scadenza nel 2024, anche alla luce della proroga disposta dal d.l. n. 121/2021, convertito dalla legge n. 156/2021¹³. Pertanto, non solo le regole dovranno essere predisposte per tempo, ma anche i bandi di gara dovranno uscire con anticipo, in modo da evitare il ricorso a proroghe tecniche, necessitate qualora la gara non si sia conclusa per tempo o siano stati proposti ricorsi dinanzi al giudice amministrativo. Spetterà pertanto alle amministrazioni appaltanti muoversi con congruo anticipo.

4. La giurisdizione sulle procedure di affidamento delle subconcessioni

Infine una questione molto discussa, come anticipato, è stata quella della giurisdizione sulle procedure di affidamento delle subconcessioni.

Si è a lungo distinto tra affidamenti oil e non oil, attribuendo i primi alla giurisdizione del giudice amministrativo in quanto servizio pubblico e i secondi a quella del giudice ordinario sul presupposto che i servizi di ristoro non mutuassero la medesima natura pubblicistica del servizio autostradale e dunque avrebbero escluso la giurisdizione amministrativa. La Corte di Cassazione ha infatti affermato che «i servizi di natura commerciale svolti in area demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile» (Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2017, n. 4884)¹⁴.

Secondo un altro orientamento, per attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo occorrerebbe soltanto verificare se i contratti affidati siano “*relativi*” alla concessione, in accordo con la previsione di cui all'art. 177, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)¹⁵. In tal caso, infatti, gli stessi sarebbero sottoposti all'evidenza pubblica¹⁶.

¹³ Art. 2, comma 2, d.l. n. 121/2021: «In considerazione del calo di traffico registrato sulle autostrade italiane derivante dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 e dalle relative misure di limitazione del contagio adottate dallo Stato e dalle regioni, al fine di contenere i conseguenti effetti economici e di salvaguardare i livelli occupazionali, è prorogata di due anni la durata delle concessioni in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto, relative ai servizi di distribuzione di carburanti e ai servizi di ristoro sulla rete autostradale. La proroga non si applica in presenza di procedure di evidenza pubblica finalizzate al nuovo affidamento delle concessioni di cui al primo periodo e già definite con l'aggiudicazione alla data di entrata in vigore del presente decreto».

¹⁴ In questo senso cfr. anche Cass., Sez. Un., 30 aprile 2019, n. 11508; Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2017, n. 3446.

¹⁵ Art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016: «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e for-

Da ultimo, il Consiglio di Stato ha affermato invece che il predetto art. 177 si applicherebbe solo agli appalti, mentre le subconcessioni non oil mutuirebbero la natura di pubblico servizio (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402). Tuttavia, si potrebbe obiettare che l'art. 177 non fa riferimento agli appalti, bensì ai "contratti" e dunque anche alle concessioni.

In ogni caso, se si ammette, come si è visto, che i servizi oil e non oil costituiscono parti irrinunciabili del servizio pubblico autostradale, si deve seguire la logica del servizio pubblico anche per risolvere la questione del giudice dotato di giurisdizione.

Pertanto, non può ritenersi condivisibile la tesi che la giurisdizione spetti al giudice ordinario sulla base dell'argomento che sia in questione un rapporto privatistico, quale quello tra il subconcessionario e un terzo, come se si trattasse di un'attività di mercato.

niture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento».

¹⁶ In questo senso cfr. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2019, n. 18674.



COMMENTI

La Corte costituzionale tra *Lexitor* e un legislatore frettoloso: deferenza o dialogo?

The Constitutional court between Lexitor and an overhasty legislator: deference or dialogue?

di **Francesco Munari***

ABSTRACT

Il presente lavoro esamina la sentenza della Corte costituzionale che ha sancito il diritto del consumatore ad avere «sempre» diritto alla riduzione del costo totale del credito se restituisce in anticipo il finanziamento. L'articolo si sofferma sui passaggi della sentenza in cui la Corte costituzionale fa propria un'interpretazione molto rigorosa dei principi espressi dai Giudici di Lussemburgo nella celebre sentenza *Lexitor* del 2019, nonostante l'esistenza di potenziali letture alternative della fattispecie prospettate nel caso *UniCredit Austria*. Pur rilevando come, a fronte di un dato normativo nazionale obiettivamente criticabile, la Corte aveva poche alternative a disposizione, si solleva il dubbio se una possibile interlocuzione ulteriore tra Corti supreme avrebbe potuto anche aiutare la Corte di Giustizia a precisare meglio i contorni della propria giurisprudenza.

This paper assesses the Italian Constitutional Court's ruling no.263/2022, according to which the consumer is "always" entitled to a reduction of the total cost of credit if he repays the loan early. The article focuses on the paragraphs in which the Court endorses a very strict interpretation of the principles set out by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the well-known Lexitor ruling of 2019 (C-383/18), despite some alternative readings were available in light of the recent UniCredit Austria judgement (C-555/21). Even if the Constitutional Court had few interpretative options, due to a questionably drafted piece of national legislation, it is worth reasoning whether a further dialogue between Supreme Courts could have helped the CJEU to better clarify its current case-law.

CORTE COST., 22 DICEMBRE 2022, N. 263

Massime

(1) Nel riformulare l'art. 125-sexies t.u.b., il legislatore del 2021 ha accolto quanto disposto dalla sentenza *Lexitor* della Corte di Giustizia (C-383/18), riconoscendo il rimborso proporzionale in caso di restituzione anticipata del finanziamento sia per costi c.d. recurring che per quelli c.d. upfront. Tuttavia, la novella dell'art. 125-sexies t.u.b., è costituzionalmente illegittima nella parte in cui prevede che i contratti sottoscritti in data anteriore conversione del d.l. n. 73/2021 restino assoggettati alla disciplina previgente, che riconosceva il rimborso dei soli costi c.d. recurring. Tale disposizione, infatti, impedisce il rimborso in conformità alla sentenza *Lexitor* e, al contem-

* Ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università di Genova. Partner *Deloitte Legal*. L'autore ringrazia l'avv. Mario Barbano, dottorando di ricerca presso l'Università di Genova per l'ausilio nella ricerca bibliografica.

po, preclude l'interpretazione del previgente art. 125-sexies t.u.b. in senso conforme all'indicazione della Corte di Giustizia.

(2) La limitazione temporale degli effetti della sentenza *Lexitor* non è conforme al diritto UE, tenuto conto i) della natura dichiarativa delle sentenze pregiudiziali, e conseguente suscettibilità di applicazione anche retroattiva, decorrente dalla data di applicazione della norma UE interpretata; ii) dell'esclusiva competenza della Corte di Giustizia a limitare gli effetti del tempo delle proprie sentenze, che in *Lexitor* non è stata esercitata.

(3) La tutela dell'affidamento degli intermediari e delle banche è recessiva rispetto alla protezione del consumatore, in quanto i primi risultano già tutelati dall'art. 16, par. 2 direttiva 2008/48/CE che consente loro di ricevere un indennizzo nel caso di estinzione anticipata del finanziamento (in senso conforme: Corte di giustizia, C-383/18, *Lexitor*).

(4) Il rimedio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE pare non adeguato alla fattispecie in esame, concernente l'applicazione orizzontale della direttiva nei rapporti tra finanziatore e consumatore.

Estratto

(omissis)

CONSIDERATO IN DIRITTO

(omissis)

8. Nel merito, le questioni sono fondate nei termini di seguito precisati.

9. Preliminarmente, occorre ricostruire il quadro normativo e giurisprudenziale, che ha condotto all'adozione della disposizione censurata, ossia dell'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, introdotto in sede di conversione nella legge n. 106 del 2021.

9.1. Il 23 aprile 2008 è stata approvata la direttiva 2008/48/CE, che disciplina i contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

La nuova normativa, diversamente dalla precedente, adotta una tecnica di armonizzazione piena, finalizzata a garantire «a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente dei loro interessi e che crei un vero mercato interno» (considerando n. 9). A tal fine, l'art. 22, paragrafo 1, dispone che «[n]ella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quelle in essa stabilite».

Fra le disposizioni armonizzate si rinviene l'art. 16, paragrafo 1, secondo cui: «[i]l consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto».

Il diritto alla riduzione viene, dunque, rapportato al paradigma del «costo totale del credito». Questo è definito all'art. 3, paragrafo 1, lettera g), con riguardo a «tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte».

A fronte di tale disciplina, posta a tutela del consumatore, i successivi paragrafi dell'art. 16 prevedono, a favore di chi ha concesso il credito, il «diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, sempre che il rimborso anticipato abbia luogo in un periodo per il quale il tasso debitore è fisso». Quanto ai limiti – stabiliti sempre dal paragrafo 2 – per tale indennizzo, il paragrafo 4, lettera b), consente agli Stati membri di derogare alla disciplina uniforme, disponendo che il creditore possa «eccezionalmente pretendere un indennizzo maggiore se è in grado di dimostrare che la perdita subita a causa del rimborso anticipato supera l'importo determinato ai sensi del paragrafo 2».

9.2. Nell'ordinamento italiano, la direttiva 2008/48/CE è stata attuata con il d.lgs. n. 141 del 2010, il cui art. 1 ha interamente sostituito il Capo II del Titolo VI del t.u. bancario.

In particolare, la disciplina del rimborso anticipato è stata recepita nell'art. 125-sexies t.u. bancario, il cui comma 1, prima delle recenti modifiche, recitava: «[i]l consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto».

Quanto alla nozione di costo totale del credito, essa è stata riprodotta nell'art. 121, comma 1, lettera e), t.u. bancario, secondo cui il «costo totale del credito» indica gli interessi e tutti gli altri costi, incluse le commissioni, le imposte e le altre spese, a eccezione di quelle notarili, che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza». Il comma 2 sempre dell'art. 121 precisa, inoltre, che «[n]el costo totale del credito sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, compresi i premi assicurativi, se la conclusione di un contratto avente ad oggetto tali servizi è un requisito per ottenere il credito, o per ottenerlo alle condizioni offerte».

9.3. Nei primi anni di applicazione dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, l'interpretazione della disposizione, accolta dalla giurisprudenza di merito e dall'ABF, ha visto riferire il diritto alla riduzione dei costi, conseguente al rimborso anticipato, alle sole voci soggette a maturazione nel tempo (costi cosiddetti *recurring*), con esclusione di quelle relative alle attività finalizzate alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata (costi cosiddetti *up-front*). Sullo sfondo di tale prassi applicativa si rinviene anche l'argomentazione che collega il dato testuale della disposizione alla teoria della giustificazione causale delle attribuzioni, sicché si ritengono recuperabili i costi riferiti a prestazioni che conferiscono utilità collegate con la durata del contratto e, per converso, irripetibili costi relativi a prestazioni, la cui giustificazione causale abbia già trovato compimento.

A fronte della distinzione fra costi *up-front*, non ripetibili, e costi *recurring*, suscettibili di riduzione, nella realtà sono emerse condotte abusive nella qualificazione e nella imputazione dei costi; a esse l'ABF ha reagito – nelle sue decisioni – prevedendo che, a fronte di condotte poco trasparenti, in sede di predisposizione delle condizioni contrattuali, si sarebbero dovuti ritenere rimborsabili tutti i costi le cui ragioni fossero state opacamente manifestate.

La Banca d'Italia, a sua volta, è intervenuta con il provvedimento del 9 febbraio 2011, recante «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori» (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 febbraio 2011, serie generale, n. 38 – supplemento ordinario n. 40), che ha emendato il precedente provvedimento del 29 luglio 2009.

Nella Sezione VII di tali disposizioni (Credito ai consumatori, paragrafo 5.2.1, lettera q, nota 3) si legge che «[n]ei contratti di credito con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e nelle fattispecie assimilate, le modalità di calcolo della riduzione del costo totale del credito a cui il consumatore ha diritto in caso di estinzione anticipata includono l'indicazione degli oneri che maturano nel corso del rapporto e che devono quindi essere restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore». In successive Sezioni si precisa poi che le procedure interne dell'intermediario devono quantificare «in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto e che, in caso di estinzione anticipata, sono restituiti per la parte non maturata, dal finanziatore o da terzi, al consumatore, se questi li ha corrisposti anticipatamente al finanziatore» (Sezione VII-bis, «Cessione di quote dello stipendio, del salario o della pensione», e Sezione XI, «Requisiti organizzativi», paragrafo 2, comma 1, terzo alinea, nota 1).

In definitiva, le norme secondarie avallano l'interpretazione in base alla quale i costi soggetti a riduzione sarebbero i costi *recurring* e valorizzano, correlativamente, i doveri di trasparenza.

9.4. Mentre il contesto nazionale si assestava nei termini sopra delineati, è intervenuta, su sollecitazione di un tribunale polacco, la già citata sentenza Lexitor della Corte di giustizia, 11 settembre 2019, in causa C-383/18, che ha interpretato l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE, nel senso «che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore» (punto 36).

La Corte di giustizia ha preso atto che il riferimento alla riduzione dei costi nella citata disposizione si prestava – nelle varie versioni linguistiche – a essere riferito tanto ai soli costi «che dipendono oggettivamente dalla durata del contratto», quanto al metodo di calcolo della riduzione del costo totale del credito, che deve operare «in proporzione alla durata residua del contratto» (sentenza Lexitor, punto 24).

A fronte di tale incertezza ermeneutica, la Corte di giustizia ha ritenuto di valorizzare, sempre nel testo della disposizione, l'espressione «riduzione del costo totale del credito», che ha sostituito il precedente richiamo alla «nozione generica di "equa riduzione"» presente nell'art. 8 della direttiva 87/102/CEE (sentenza Lexitor, punto 28). Tale dato testuale, che rimanda in via sistematica all'art. 3, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 2008/48/CE, ove si definisce il costo totale del credito, ha attratto – nella ricostruzione della Corte – il canone dell'interpretazione teleologica ispirato all'esigenza di garantire «un'elevata protezione del consumatore» (sentenza Lexitor, punto 29).

In particolare, la Corte di giustizia ha rilevato che «limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto» (sentenza Lexitor, punto 32).

Al contempo, la Corte ha precisato che l'interpretazione offerta non va a penalizzare in maniera sproporzionata i concedenti il credito, ai quali la direttiva ha riconosciuto «il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito», lasciando oltretutto liberi, in questo caso, gli Stati membri «di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante» (sentenza Lexitor, punto 34).

Infine, un ulteriore vantaggio per il creditore, segnalato dalla Corte di giustizia, consiste proprio nell'acquisizione anticipata della somma prestata, ciò che gli consentirebbe di concludere un nuovo contratto di credito con ulteriori guadagni e benefici per il mercato (sentenza Lexitor, punto 35).

In definitiva, la Corte di giustizia ha interpretato l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE, partendo da un dato sicuramente testuale, ossia il riferimento alla riduzione del costo totale del credito, per addivenire a un'interpretazione orientata a una elevata tutela del consumatore – che previene il rischio di abusi, a beneficio anche della concorrenza –, in presenza di contrappesi ritenuti adeguati a favore dei creditori.

9.5. La citata sentenza Lexitor ha ispirato, in Italia, un numero cospicuo di pronunce dell'ABF e della giurisprudenza di merito, le quali hanno applicato l'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, in senso conforme alla sentenza della Corte di giustizia.

In particolare, si è ritenuto che, pur sussistendo una differenza lessicale fra la versione italiana dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva e l'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, a tale differenza non potesse «ragionevolmente attribuirsi alcun significativo rilievo» (ABF, collegio di coordinamento, decisione n. 26525 del 2019).

Si è, dunque, escluso che l'interpretazione in senso conforme alla sentenza Lexitor dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario potesse tradursi in una interpretazione contra legem, non ravvisandosi una violazione del dato testuale.

La conclusione è stata, pertanto, nel senso di una interpretazione conforme alla ricostruzione offerta dalla Corte di giustizia dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, senza che a ciò potesse ostare neppure l'esigenza di adattare il criterio di calcolo della riduzione alla peculiarità dei costi up-front, avendo la direttiva armonizzato solo il metodo della riduzione, ma non anche il profilo sopra richiamato.

10. All'esito di tale complessa vicenda, il legislatore, in sede di conversione del d.l. n. 73 del 2021 nella legge n. 106 del 2021, ha introdotto l'art. 11-octies, il cui comma 2 è censurato nel presente giudizio.

In particolare, il comma 1, lettera c), del citato articolo ha sostituito l'art. 125-sexies t.u. bancario, introducendo le seguenti modifiche.

È stata riformulata la seconda parte del comma 1 con la previsione che il consumatore, in caso di rimborso anticipato, «ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte».

Sono stati poi aggiunti un nuovo comma 2, che regola i criteri di riduzione degli interessi e dei costi, e un nuovo comma 3, che disciplina il diritto di regresso, derogabile in via convenzionale, del finanziatore nei confronti dell'intermediario del credito.

È rimasta, invece, immutata la disciplina relativa al diritto all'equo indennizzo a favore del finanziatore, in caso di rimborso anticipato del credito, che è stata semplicemente traslata nei nuovi commi 4 e 5 dell'art. 125-sexies t.u. bancario.

Inoltre, con il comma 2 dell'art. 11-octies, è stata introdotta la disciplina censurata nel presente giudizio, secondo la quale «[l']articolo 125-sexies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

11. Per poter, a questo punto, valutare se il censurato art. 11-octies, comma 2, appena richia-

mato, violi gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., occorre soffermarsi sul significato che riveste il rispetto dell'interpretazione fornita dalla sentenza della Corte di giustizia Lexitor, nel quadro dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

11.1. Il dovere di attenersi a tali vincoli ricomprende – secondo la giurisprudenza costante di questa Corte – le sentenze rese dalla Corte di giustizia in sede interpretativa, in conformità al ruolo che l'art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea assegna alla Corte di giustizia dell'Unione europea (di recente, sentenze n. 67 e n. 54 del 2022; ex multis sentenze n. 227 del 2010, n. 285 del 1993, n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985, nonché ordinanze n. 255 del 1999 e n. 132 del 1990; e ciò vale anche per le sentenze della Corte di giustizia che dichiarano l'invalidità di un atto dell'Unione: sul punto la sentenza n. 232 del 1989).

Se, dunque, le sentenze adottate in via pregiudiziale compongono il quadro dei parametri sovranazionali che, attraverso il filtro degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., consentono a questa Corte di esercitare il vaglio di costituzionalità, è la stessa Corte di giustizia, nel suo ruolo di interprete qualificato del diritto dell'Unione europea, a chiarire che la «sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono, in linea di principio, alla data di entrata in vigore della norma interpretata» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 16 gennaio 2014, in causa C-429/12, Pohl, punto 30 e le sentenze ivi citate, nonché, di seguito, ex multis, 10 marzo 2022, in causa C-177/20, Grossmann, punto 41; 20 dicembre 2017, in causa C-516/16, Erzeugerorganisation Tiefkuhlgemüse eGen (da ora: ETG), punto 88; 28 gennaio 2015, in causa C-417/13, Starjakob, punto 63).

Ne deriva che «[s]olo in via del tutto eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenze 20 dicembre 2017, in causa C-516/16, ETG, punto 89, 27 febbraio 2014, in causa C-82/12, Transportes Jordi Besora SL, punto 41; 12 ottobre 2000, in causa C-372/98, The Queen, punto 42; nello stesso senso sentenze 17 dicembre 2015, in causa C-25/14, Union des syndicats de l'immobilier (UNIS), punto 50; 8 aprile 1976, in causa 43/75, Defrenne, punti 71-75).

In ogni caso, «spetta solo alla Corte, alla luce dell'esigenza fondamentale dell'applicazione uniforme e generale del diritto dell'Unione, decidere sulle limitazioni nel tempo da apportare all'interpretazione che essa fornisce» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo e altri, punto 70; nello stesso senso, sentenze 6 marzo 2007, in causa C-292/04, Meilicke e altri, punto 37; 28 settembre 1994, in causa C-57/93, Vroege, punto 31; 2 febbraio 1988, in causa 309/85, Barra e altri, punto 13; 27 marzo 1980, in causa 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato, punto 18). E la Corte di giustizia può farlo esclusivamente «nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta», a garanzia della «parità di trattamento degli Stati membri e degli altri soggetti dell'ordinamento nei confronti di tale diritto», nonché nel rispetto degli «obblighi derivanti dal principio della certezza del diritto» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 6 marzo 2007, in causa C-292/04, Meilicke e altri, punto 37).

In definitiva, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la modulazione degli effetti temporali di una sentenza che decide su un rinvio pregiudiziale può essere disposta esclusivamente dalla medesima Corte e solo nell'ambito della stessa pronuncia.

11.2. Poiché, dunque, la Corte di giustizia ritiene di non poter limitare a posteriori l'efficacia temporale di una propria pregressa interpretazione, a fortiori, sempre secondo la citata Corte, non è consentita una modulazione temporale dei suoi effetti da parte dei singoli Stati membri, tanto più in presenza di una direttiva che dà luogo, salvo espresse deroghe, a una armonizzazione piena.

Gli Stati membri, dunque, da un lato, possono, nel dare attuazione a una direttiva, stabilire termini di prescrizione o di decadenza per l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'Unione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenze 12 dicembre 2013, in causa C-362/12, Test Claimants, punti 30-33 e 44-45; 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, punto 41; 11 luglio 2002, in causa C-62/00, Marks & Spencer, punti 35 e 36; 17 aprile 1998, in causa C-228/96, Aprile, punti 19 e 20).

Da un altro lato, in presenza di un rinvio pregiudiziale che sollecita la Corte di giustizia a fornire un chiarimento interpretativo, gli Stati membri possono far valere le ragioni a sostegno di una modulazione temporale degli effetti della pronuncia – ossia «la buona fede degli ambienti interessati» e il «rischio di gravi ripercussioni economiche» (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 20 dicembre 2017, in causa C-516/16, ETG, punti 89 e 91) – con lo stesso rinvio pregiudiziale o producendo osservazioni nel corso del relativo giudizio.

12. Chiarita la portata dei vincoli derivanti dalla sentenza Lexitor, che è stata pronunciata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, senza che fosse disposta alcuna modulazione temporale dei suoi effetti, si può ora procedere all'esame della norma censurata.

Il legislatore – come anticipato – ha sostituito, con l'art. 11-octies, comma 1, lettera c), del d.l. n. 73 del 2021, come convertito nella legge n. 106 del 2021, il precedente art. 125-sexies t.u., bancario, riformulando il comma 1 in termini strettamente fedeli alla sentenza Lexitor. Di seguito, con il comma 2, ha limitato l'applicazione della nuova disposizione ai contratti conclusi dopo l'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, mentre per quelli conclusi precedentemente ha stabilito che «continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

12.1. Fra gli indici ermeneutici che evidenziano l'intento del legislatore e il senso della disposizione censurata, quello maggiormente rivelatore è costituito dalla scelta di associare, alla disciplina antecedente sui rimborsi anticipati, che continua a operare per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova legge, il richiamo alle norme secondarie vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti, richiamo che non è, invece, previsto in relazione alla nuova formulazione della disposizione, la quale ha inteso rendere esplicita la conformità alla sentenza Lexitor.

Ebbene, il contesto oggettivo del rimando alle norme secondarie, che opera solo in rapporto al precedente art. 125-sexies t.u. bancario, e la sua delimitazione temporale, circoscritta alle norme secondarie vigenti al momento della conclusione dei contratti – quelli per i quali resta in vigore la formulazione antecedente dell'art. 125-sexies – guidano con precisione verso le norme secondarie che il legislatore del 2021 ha inteso richiamare.

Il riferimento è alle norme regolamentari di trasparenza e di vigilanza operanti fra l'entrata in vigore del d.lgs. n. 141 del 2010, che ha introdotto il pregresso art. 125-sexies t.u. bancario, e l'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, vale a dire le disposizioni che il 9 febbraio 2011 hanno emendato quelle approvate il 29 luglio 2009 (punto 9.3.).

All'interno di esse, si rinvencono, quali norme pertinenti rispetto all'art. 125-sexies, tali cioè da giustificare un loro richiamo nello specifico contesto, quelle che si occupano del profilo della riduzione del costo totale del credito in conseguenza del rimborso anticipato. Si tratta, dunque, da un lato, delle norme che esplicitano che il diritto alla riduzione si riferisce ai costi ricorrenti (Sezione VII) e, da un altro lato, delle norme che si soffermano sull'esigenza che siano quantificati «in maniera chiara, dettagliata e inequivoca gli oneri che maturano nel corso del rapporto», precisandosi che debbano essere restituiti al consumatore, in caso di estinzione anticipata, solo quelli non maturati, il che costringe a fare riferimento alla mera ipotesi in cui il consumatore abbia corrisposto anticipatamente costi non maturati (Sezioni VII-bis e XI).

Né vale rilevare – come sostiene l'Avvocatura dello Stato – che la stessa Banca d'Italia, dopo la sentenza Lexitor, si sarebbe conformata alle indicazioni della Corte di giustizia con le «linee orientative» del 4 dicembre 2019.

In primo luogo, si tratta di un atto della Banca d'Italia che non contiene disposizioni precettive in materia di trasparenza e di vigilanza, suscettibili di essere evocate dall'art. 11-octies, comma 2, in quanto le sue previsioni non hanno integrato o emendato i precedenti provvedimenti pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Lo ha chiarito, del resto, la stessa Banca d'Italia con la successiva comunicazione del 1° dicembre 2021, dove precisa «che le proprie “linee orientative” del 4 dicembre 2019 siano da considerare superate dal disposto della nuova previsione di legge (che non richiama, in alcun modo, le menzionate “linee orientative”)».

In secondo luogo, anche supponendo che tali linee guida siano implicitamente richiamate, questo non salverebbe la correttezza del rinvio, in quanto quelle stesse linee guida fanno riferimento solo «ai nuovi contratti di credito ai consumatori», mentre la sentenza Lexitor impone un adeguamento interpretativo anche per i contratti conclusi prima del 2019.

In sostanza, le norme secondarie della Banca d'Italia richiamate dall'art. 11-octies, comma 2, avallano l'interpretazione del precedente art. 125-sexies, comma 1, riferito unicamente ai costi ricorrenti, e valorizzano la funzione dei doveri di trasparenza, volti a segnalare i soli costi rimborsabili. E questo, a dispetto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, che non ha voluto lasciare alla mera trasparenza la tutela dei consumatori, ritenendo il rischio di abusi nei loro confronti tale da richiedere una protezione sostanziale ed effettiva, attraverso la riduzione proporzionale di tutti i costi del credito, strumento che opera a prescindere dal rispetto dei citati doveri.

In definitiva, attraverso il rinvio a precise norme regolamentari contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia, rinvio che si specifica in relazione a un duplice parametro, temporale e oggettivo, risulta univoco l'intento del legislatore di fissare per il passato un contenuto della norma circoscritto alla interpretazione antecedente alla sentenza Lexitor e che si discosta dai contenuti della citata pronuncia.

Tale risultato è conseguito con una tecnica che questa Corte – sia pure al diverso fine di ammettere la sindacabilità delle norme subprimarie – ha qualificato in termini di completamento prescrittivo della norma primaria (sentenze n. 3 del 2019, n. 200 del 2018, n. 178 del 2015 e n. 1104 del 1988).

Già in passato questa Corte ha, infatti, esaminato norme costituite dal combinato disposto della norma primaria e di quella subprimaria, nei casi in cui la prima risultasse «in concreto applicabile attraverso le specificazioni formulate nella fonte secondaria» (sentenza n. 1104 del 1988; nello stesso senso sentenze n. 200 del 2018 e n. 178 del 2015).

La norma oggetto dell'odierna censura si colloca, dunque, dentro questa cornice, con la particolarità che, nel caso in esame, è una disposizione primaria successiva a integrare il contenuto normativo di una disposizione primaria precedente mediante il rinvio a norme di rango secondario. Posto, infatti, che queste ultime – in ragione della loro delimitazione temporale e oggettiva – cristallizzano una determinata interpretazione del precedente art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, il dovere di applicare, al contempo, il citato articolo e tali norme secondarie equivale ad attribuire per legge alla precedente formulazione dell'art. 125-sexies, rimasta in vigore in virtù dell'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito, il solo significato compatibile con il rispetto delle norme secondarie. Così facendo, la previsione censurata impone per legge un contenuto normativo riferibile alla disposizione di cui al pregresso art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, difforme da quanto statuito nella sentenza Lexitor.

12.2. La conclusione, cui si è ora pervenuti, conferma la correttezza di quanto assunto dal rimettente, vale a dire l'impossibilità – dopo l'intervento legislativo del 2021 – di accedere a una interpretazione conforme al diritto dell'Unione, come interpretato nella sentenza Lexitor, del precedente art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, che resta in vigore per i contratti conclusi prima del 25 luglio 2021, in ragione dell'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito.

Parimenti deve condividersi la tesi del rimettente, secondo cui sarebbe impossibile interpretare l'intero art. 11-octies, comma 2, in senso conforme alla pronuncia della Corte di giustizia, – come invece hanno tentato di fare pochi tribunali di merito – riferendo la irretroattività prevista dalla disposizione censurata ai soli nuovi commi 2 e 3 del riformato art. 125-sexies t.u. bancario. Se, infatti, può sostenersi – come si dirà (punti 12.3.3. e 14.2.) – la divergenza formale ma non sostanziale fra il vecchio e il nuovo art. 125-sexies, comma 1, non si può ignorare che il comma 2 dell'art. 11-octies, con il suo peculiare riferimento alle norme secondarie, circoscrive il contenuto del precedente art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario a un significato incompatibile con la sentenza Lexitor (punto 12.1.).

12.3. Si delinea, a questo punto, il senso dell'intervento operato dal legislatore in sede di conversione del d.l. n. 73 del 2021.

12.3.1. Il legislatore ha voluto proteggere l'affidamento che ha ritenuto ingenerato, nei finanziatori e negli intermediari, dall'interpretazione, che era stata data prima della sentenza Lexitor alla precedente formulazione dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario e che era stata avallata dalle norme secondarie adottate dalla Banca d'Italia. Peraltro, ha inteso tutelare finanche chi avesse concluso il contratto dopo la pubblicazione della sentenza Lexitor.

Non sembra, viceversa, che il legislatore abbia ritenuto che un affidamento fosse stato ingenerato solo dal dato testuale della precedente formulazione dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario.

Se così fosse stato, se cioè tale disposizione avesse avuto un contenuto univoco, nel senso della possibile riduzione dei soli costi recurring, il legislatore non avrebbe dovuto precisare che per il passato continuava a operare la disposizione antecedente la novella, unitamente al contestuale doveroso rispetto delle norme secondarie, che cristallizzavano il riferimento alla riduzione dei soli costi recurring.

12.3.2. In ogni caso, si deve confutare la tesi che vorrebbe affermare la netta divergenza del dato testuale del vecchio art. 125-sexies da quello dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE, deducendone l'impossibilità di recepire il contenuto prospettato dalla sentenza Lexitor.

Innanzitutto, la distinzione fra il testo dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva e quello del precedente art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, pur essendo non del tutto marginale, non era (e non è) tale da far escludere una loro sostanziale corrispondenza.

Se è vero, infatti, che l'espressione riduzione «che comprende gli interessi e i costi» è più lata rispetto alla formula che parla di una riduzione «pari agli interessi e ai costi», tuttavia, il perno dell'interpretazione della disposizione risiede, a ben vedere, in altri indici testuali.

Sono, a tal riguardo, decisivi, da un lato, il paradigma cui è riferita la riduzione, vale a dire «il costo totale del credito», e, da un altro lato, la nozione di «costi dovuti per la durata residua del contratto».

In particolare, la preposizione «per» può riferirsi tanto ai costi dovuti «lungo» la durata del contratto, i soli costi cosiddetti *recurring*, quanto ai costi dovuti «in funzione della» durata del contratto, il che evoca la misura della riduzione. Questo secondo, possibile significato della preposizione collima, del resto, con il paradigma cui si riferisce la riduzione, che è dato dal costo totale del credito, poiché in tanto si giustifica tale richiamo, in quanto tutti i costi siano riducibili e lo siano, dunque, in funzione della durata residua del contratto, che diviene la misura della riduzione proporzionale. Del resto, proprio il riferimento al costo totale del credito ha rivestito un ruolo decisivo nell'interpretazione fornita dalla sentenza *Lexitor*.

12.4. Si deve allora concludere che, prima dell'intervento legislativo del 2021, l'interpretazione conforme alla sentenza *Lexitor*, sostenuta dall'ABF e dalla giurisprudenza di merito, non fosse *contra legem* e fosse, oltre che possibile, doverosa rispetto a quanto deciso dalla Corte di giustizia.

Quest'ultima, se riconosce quali limiti all'adeguamento in via ermeneutica al diritto dell'Unione europea, oltre all'interpretazione *contra legem*, il rispetto dei principi generali del diritto (di recente, sentenze 18 gennaio 2022, in causa C-261/20, *Thelen*, punto 28, e 7 agosto 2018, in causa C-122/17, *David Smith*, punto 40, e sentenze ivi richiamate), in pari tempo, chiarisce che il giudice nazionale non può sottrarsi al citato obbligo di interpretazione conforme «per il solo fatto di aver costantemente interpretato [una] disposizione in un senso che è incompatibile» con il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia» (sentenza 19 aprile 2016, in causa C-441/14, *Dansk Industri*, punto 34). Di conseguenza, non possono «i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento [...] rimettere in discussione tale obbligo» (sentenza 19 aprile 2016, in causa C-441/14, *Dansk Industri*, punto 43), né può il giudice operare una limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia interpretativa (come precisa la sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo* e altri, punto 70, che ivi cita sentenza 2 febbraio 1988, in causa 309/85, *Barra* e altri, punto 13).

Ne discende che il legislatore del 2021, prevedendo una disposizione (l'art. 11-octies, comma 2) che cristallizza il contenuto normativo dell'originaria formulazione dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, in senso difforme rispetto al contenuto della sentenza *Lexitor*, così inibendo l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, ha integrato un inadempimento agli obblighi «derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, primo comma, Cost.).

13. Acclarato il parziale inadempimento sopravvenuto in cui è incorso il legislatore statale, non vale obiettare – come si legge nelle difese di V. spa – che il solo rimedio per tale inadempimento sia costituito dalla responsabilità civile dello Stato (secondo l'insegnamento della Corte di giustizia a partire dalla sentenza 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, punti 46 e 47; ribadito poi da numerose sentenze, da ultimo, 25 gennaio 2022, in causa C-181/20, *Vysočina Wind a.s.*, punto 69; 8 luglio 2021, in causa C-120/20, *Koleje Mazowieckie – KM sp. z o.o.*, punto 61; 19 dicembre 2019, in causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV*, punto 54).

Vero è che, rispetto alla disposizione censurata, introdotta nel 2021, va escluso il ricorso, oltre che all'interpretazione conforme, anche al rimedio della non applicazione, in quanto l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE non ha effetto diretto in controversie orizzontali, il che impedisce al giudice di non applicare la disposizione di diritto interno da esso divergente. E non può negarsi che, se l'antinomia fra ordinamento nazionale e direttiva non può essere ricomposta mediante il ricorso all'interpretazione conforme, né ricorrendo alla non applicazione della norma nazionale – trattandosi di una controversia orizzontale –, i soggetti privati lesi non potranno che avvalersi della responsabilità civile dello Stato per inadempimento commissivo, ossia per inesatta attuazione della direttiva.

Nondimeno, si colloca su tutt'altro piano l'iniziativa del giudice che sollevi dinanzi a questa Corte questioni di legittimità costituzionale, lamentando, proprio in presenza di norme prive di efficacia diretta e stante l'impossibilità di procedere all'interpretazione conforme, la violazione dell'obbligo del legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

In virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., questa Corte è, infatti, garante del rispetto di tali vincoli e, pertanto, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che contrasta con il contenuto di una direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, con una sentenza dotata di efficacia retroattiva. «[I]n caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta [...] e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa» – si legge in una fra le tante analoghe pronunce di questa Corte – «il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28

e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)» (ordinanza n. 207 del 2013; negli stessi termini sentenza n. 269 del 2017).

Questa Corte deve, dunque, assicurare il rispetto degli impegni assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea e deve, di conseguenza, tutelare gli interessi che la disciplina europea ha inteso proteggere: in questo caso, gli interessi del consumatore.

Né la pretesa tutela dell'affidamento dei finanziatori e degli intermediari nella versione italiana della direttiva può giustificare la violazione degli obblighi assunti dallo Stato nei riguardi dell'Unione.

Si è già sopra chiarito (punto 11.2.) che gli effetti temporali di una sentenza della Corte di giustizia possono essere modulati solo dalla stessa Corte, nella sentenza che si pronuncia sul rinvio pregiudiziale, eventualmente su sollecitazione del giudice che solleva il rinvio o degli Stati membri che ritengono di intervenire nel procedimento presentando osservazioni. E – come si è già anticipato – la Corte di giustizia non ha disposto una modulazione temporale e ha svolto una interpretazione che ha preso le mosse da un dato testuale contenuto in tutte le traduzioni del paragrafo 1 dell'art. 16, vale a dire il riferimento alla riduzione del costo totale del credito.

Se, invece, – come si è sopra ritenuto (punto 12.3.1.) – l'affidamento che il legislatore ha inteso proteggere è stato quello ingenerato dalla formulazione della norma di attuazione e, in specie, dalla sua interpretazione a livello nazionale, questo certamente non giustifica la violazione degli obblighi che lo Stato ha assunto verso l'Unione europea. Un intervento del legislatore a tutela dei titolari di tale affidamento non poteva (e non potrebbe) incidere sugli impegni assunti con l'Unione europea, né, di riflesso, pregiudicare gli interessi dei consumatori. In ogni caso, vanno anche rammentati i rilievi della Corte di giustizia, secondo la quale i concedenti il credito, da un lato, trovano una tutela nel diritto all'equo indennizzo per l'estinzione anticipata del credito, in base ai successivi paragrafi dell'art. 16 della direttiva (recepiti dal t.u. bancario all'art. 125-sexies commi 2 e 3, poi divenuti 4 e 5) e, da un altro lato, con l'incasso anticipato della somma erogata possono concludere un nuovo contratto di finanziamento.

14. Vanno a questo punto precisati gli esatti termini dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate sull'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito, in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

14.1. Il rimettente – come anticipato – prospetta in generale l'illegittimità costituzionale della citata disposizione, «nelle parti in cui: – prevede che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuino ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti; [e] – limita ai contratti sottoscritti successivamente all'entrata in vigore della legge il principio, espresso nell'art. 16 par. 1 della direttiva 2008/48/Ce, come interpretata dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in data 11 settembre 2019 C-383/18 e recepito nel novellato art. 125-sexies comma 1 TUB che “il consumatore che rimborsa anticipatamente, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte”».

L'ampia prospettazione delle questioni sollevate rispetto alla disposizione censurata deve essere, a questo punto, letta alla luce delle motivazioni esposte nell'ordinanza che, a ben vedere, incentra le censure su un preciso «elemento testuale», presente nel «secondo periodo del comma 2 dell'art. 11-octies, dove è previsto che alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima del 25 luglio 2021 “continuano ad applicarsi” non soltanto la disposizione previgente, ma anche “le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti”». Secondo l'ordinanza, sarebbe proprio il collegamento creato fra l'art. 125-sexies t.u. bancario e le norme secondarie individuate dalla disposizione censurata a segnare «una forte discontinuità tra passato e presente», impedendo di interpretare il precedente art. 125-sexies, comma 1, in conformità con la sentenza Lexitor e in continuità con la giurisprudenza che, dopo la pubblicazione della pronuncia della Corte di giustizia, si era adeguata all'interpretazione da questa prospettata.

Non a caso, il giudice a quo ritiene che «con l'art. 11-octies co. 2, lo Stato italiano [si sia] reso post factum deliberatamente inadempiente alla Direttiva, creando un caso-limite, nel quale l'autorità giudiziaria, usando gli strumenti ordinari di interpretazione, riconosciuti dall'ordinamento, non è più ragionevolmente in grado di interpretare l'art. 125-sexies TUB (ex d.lgs. 141/2010), come integrato dall'art. 11-octies co. 2 del dl 73/2021, in conformità alla corrispondente previsione della Direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia».

Ma allora, posto che la precedente formulazione dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, tuttora vigente, in virtù dell'art. 11-sexies, comma 2, per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, è – secondo questa Corte (punto 12.3.3.) – compatibile sul piano letterale con una interpretazione conforme alla sentenza *Lexitor*, tant'è che era stata già oggetto di tale adeguamento interpretativo, e posto che, sempre secondo questa Corte (punto 12.1.), il vulnus ai principi costituzionali censurati risiede proprio nel raccordo con le specifiche norme secondarie evocate dall'art. 11-octies, comma 2, le questioni di legittimità costituzionale possono essere accolte in linea con la prospettazione del giudice rimettente.

14.2. La disposizione censurata deve, dunque, ritenersi costituzionalmente illegittima limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia», sicché l'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, che resta vigente per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021, in virtù dell'art. 11-sexies, comma 2, può nuovamente accogliere il solo contenuto normativo conforme alla sentenza *Lexitor*.

L'eliminazione della citata parte di disposizione rimuove, pertanto, l'attrito con i vincoli imposti dall'adesione dell'Italia all'Unione europea.

Al contempo, il nuovo testo dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, introdotto con l'art. 11-octies, comma 1, lettera c), oltre a valere per il futuro, contribuisce a consolidare il contenuto normativo della precedente formulazione dell'art. 125-sexies, comma 1, t.u. bancario, in senso conforme alla sentenza *Lexitor*.

Benché, dunque, le due disposizioni non si sovrappongano sul piano testuale, le due norme corrispondono sul piano sostanziale.

Come i commi 4 e 5 del nuovo art. 125-sexies t.u. bancario presentano una diversa collocazione, ma coincidono nei contenuti con i vecchi commi 2 e 3 del medesimo articolo (mantenuto in vigore per i contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova legge dall'art. 11-octies, comma 2), parimenti il comma 1 del nuovo art. 125-sexies t.u. bancario presenta una diversa formulazione testuale, ma un contenuto normativo corrispondente al comma 1 del precedente art. 125-sexies, anch'esso rimasto in vigore per il passato.

Quanto alle disposizioni introdotte con i commi 2 e 3 dell'art. 125-sexies riformulato nel 2021, esse non trovano riscontro nel precedente testo e, dunque, risultano vigenti per il futuro, spettando, di conseguenza, agli interpreti il compito di risolvere, per il passato, i profili di disciplina in esse regolati.

Infine, resteranno chiaramente applicabili tutte le norme secondarie richiamate dai numerosi rinvii operati dal testo unico bancario, con esclusione di quelle riferite alla vecchia interpretazione del precedente art. 125-sexies, comma 1.

15. In conclusione, l'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito, è costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia».

PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 11-octies, comma 2, del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73 (Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali), convertito, con modificazioni, nella legge 23 luglio 2021, n. 106, limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia»;

2) dichiara inammissibile l'intervento spiegato da B. B. spa;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11-octies, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come convertito, sollevata, in riferimento all'art. 3, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Torino, sezione prima civile, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

SOMMARIO: 1. Introduzione, – 2. Il ragionamento della Corte costituzionale in sintesi. – 3. La prospettiva "privatistica" della sentenza *Lexitor*. – 4. Il "secondo tempo" della riduzione e restituzione dei costi dei finanziamenti in caso di rimborsi anticipati: il caso *UniCredit Austria*. – 5. «*Lexitor* o non *Lexitor*». Il dilemma della Corte di Giustizia è in realtà un problema di trasparenza dei costi? – 6. Tutela del consumatore v. indennizzo del creditore. – 7. Limitazione temporale degli effetti di *Lexitor*, legittimo affidamento e certezza del diritto. – 8. Considerazioni conclusive: peccato, forse, non aver giocato un "terzo tempo".

1. Introduzione

«*Quer pasticciaccio brutto*» ... L'incipit del celebre romanzo di Carlo Emilio Gadda, parrebbe ben sintetizzare – come vedremo – la situazione che si è chiusa con la sentenza del 22 dicembre 2022, n. 263¹, nella quale la Corte costituzionale ha messo un punto molto chiaro sulla delicata questione interpretativa riguardante il rimborso della quota parte dei costi pagati dal consumatore, funzionali alla stipula di un contratto di credito in caso di rimborso anticipato di quest'ultimo.

La sentenza (relatrice Navarretta) è costruita sostanzialmente tutta sul caso *Lexitor* deciso nel 2019 dalla Corte di Giustizia², e sulla tesi secondo cui le misure adottate dal nostro legislatore successivamente a tale pronuncia³ non lasciavano spazio a interpretazioni diverse rispetto a quella dell'incostituzionalità del “doppio regime giuridico”⁴ introdotto da tale disposizione. Segnatamente, quest'ultima distingue tra i contratti sottoscritti in data successiva al 24 luglio del 2021 (data di entrata in vigore del novellato art. 125-sexies t.u.b.), cui i principi *Lexitor* si sarebbero applicati, e quelli invece antecedenti, rispetto ai quali alle estinzioni anticipate relative ad essi avrebbe continuato ad applicarsi, in sostanza, il regime di non rimborsabilità dei cd. costi *upfront*.

Nella prospettazione della Corte costituzionale, la deferenza alle statuizioni di *Lexitor* appare inevitabile: così, il *discrimen* temporale che il nostro legislatore aveva ipotizzato per applicare i principi sanciti da *Lexitor*, in (mal) tentato ossequio al legittimo affidamento degli enti creditizi o degli intermediari, non può superare il sindacato di costituzionalità.

Detto questo, appare comunque opportuno comprendere se effettivamente gli spazi a disposizione dei Giudici della Consulta fossero stati solo quelli risultanti dalla sentenza qui in commento, o se si sarebbero potuti ipotizzare altri

¹ Corte Cost., 22 dicembre 2022, n. 263, pubblicata sopra, in estratto.

² Corte Giust., 11 settembre 2019, causa C-383/18, *Lexitor*. I commenti alla sentenza *Lexitor* sono davvero numerosi. Per limitarci alla dottrina italiana, cfr. G. ALPA, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2021, p. 220 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, p. 280 ss.; F. GIGLIOTTI, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni ermeneutiche sull'art. 125-sexies t.u.b. (tra sentenza “Lexitor” e decreto sostegni bis)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, p. 198 ss.; F. MARAZITI, *Rimborso anticipato del credito al consumo: diritto alla riduzione di tutti i costi posti a carico del consumatore*, in *GiustiziaCivile.com*, 20 ottobre 2020; R. MARCELLI, A. GIULIO PASTORE, *Rimborso anticipato del credito ai consumatori: le indicazioni della Banca d'Italia del 4/12/19 e il disposto della Corte di Giustizia Europea dell'11/9/19, ne IlCaso.it*, 14 dicembre 2019; A. RICCIARDI, *Il principio sancito dalla Corte di Giustizia nell'ambito del caso Lexitor e decreto sostegni bis: problematiche applicative passate, presenti e future*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, p. 289 ss.; A. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up front)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 18 ss.; A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-sexies, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 2019 Lexitor*, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, p. 155 ss.; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca Borsa, tit. cred.*, 2020, p. 1 ss.

³ Si tratta della modifica dell'art. 125-sexies del t.u.b. ad opera dell'art. 11-octies, comma 1°, lett. c) della legge di conversione n. 106/2021 del c.d. “decreto sostegni bis” (d.l. n. 73/2021).

⁴ Così E. NATALE, *Lexitor ed il nuovo art. 125 sexies TUB, tra le canzoni melodiche e le antiche divinità*, in *IusLetter.com*, 19 luglio 2021.

percorsi per definire la questione. In questa prospettiva, si terrà conto della diversa soluzione offerta dalla Corte di giustizia nel più recente caso *UniCredit Austria*⁵ rispetto a una fattispecie molto simile al caso *Lexitor*, per la quale, peraltro, le conclusioni dell'Avvocato Generale, poi seguite sostanzialmente dalla Corte, erano state rese prima della pronuncia della Corte Costituzionale⁶.

2. Il ragionamento della Corte costituzionale in sintesi

Condividendo il ragionamento che aveva portato il Tribunale di Torino a sollevare la questione incidentale di costituzionalità, la Corte costituzionale risolve i dubbi che, a livello dottrinale e giurisprudenziale (incluso l'ABF) nel nostro ordinamento si erano sollevati in argomento a valle della sentenza *Lexitor*⁷; segnatamente, la Corte sancisce che il diritto al rimborso dei costi del finanziamento va applicato in modo proporzionale su *tutti* gli oneri sostenuti dai consumatori, «anche qualora abbiano concluso i loro contratti prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021»⁸.

Per raggiungere tale obiettivo, la Corte sviluppa un ragionamento articolato, che ai nostri fini proviamo a sintetizzare secondo questa sequenza: innanzitutto, si dà atto della circostanza secondo cui, in origine, le disposizioni adottate dalla Banca d'Italia in attuazione alle norme del t.u.b., che a loro volta avevano recepito la direttiva 2008/48⁹, limitavano ai soli costi *recurring* il rimborso proporzionale in caso di restituzione anticipata del finanziamento¹⁰. In *Lexitor*, viceversa, la Corte di Giustizia ha stabilito espressamente che «il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore»¹¹. Tale indicazione è stata recepita dal legislatore del 2021, che ha appunto riformulato la disposizione del TUB (art. 125-*sexies*) in senso coerente.

Sennonché, nell'introdurre tale modifica, il legislatore avrebbe anche precisato che essa si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di conversione del decreto sostegni-*bis*, mentre per quelli precedenti continue-

⁵ Corte di Giustizia, 9 febbraio 2023, causa C-555/2021, *UniCredit Bank Austria*.

⁶ Conclusioni dell'AG M. Campos Sánchez-Bordona del 29 settembre 2022, causa C-555/21.

⁷ Com'è noto, dopo la sentenza del 2019 si aprì un intenso dibattito (v. gli autori citati in nota 2) sulla portata della sentenza, con particolare riferimento ai suoi effetti nel tempo, se cioè fossero limitati ai contratti di finanziamento stipulati dopo *Lexitor*, ovvero anche prima (nei limiti della prescrizione dei diritti). Invero, pareva più accreditata (ed era comunque prevalente) la posizione di coloro che ipotizzavano di poter scindere nel tempo gli effetti di *Lexitor*, soprattutto alla luce delle indicazioni fornite dalla Banca d'Italia con delibera n. 145/2018, e cioè precedentemente alla sentenza della Corte di Giustizia (rimborso della quota parte dei soli costi cd. *recurring*), e del legittimo affidamento che esse avrebbero ingenerato negli istituti di credito.

⁸ Così, *verbatim*, il comunicato stampa del 22 dicembre 2022 relativo alla sentenza in commento.

⁹ GUUE n. L 133 del 22 maggio 2008, p. 66 ss. Il testo consolidato della direttiva è reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02008L0048-20190726>.

¹⁰ V. in particolare il § 9.3 della sentenza n. 263/2022. Per un completo excursus dell'evoluzione normativa in Italia cfr. F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, p. 65 ss., spec. p. 78.

¹¹ Punto 36 della sentenza *Lexitor*, esplicitamente sottolineato anche nella motivazione della sentenza n. 263/2022, cit.

rebbe ad applicarsi la disciplina previgente dell'art. 125-sexies «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti»¹².

Secondo la Corte, il rinvio agli orientamenti della Banca d'Italia vigenti *ratione temporis* sostanzialmente impedisce, nonostante *Lexitor*, il rimborso della quota parte di “tutti i costi” fino alla novella del 2021, rendendo nel contempo anche impossibile un'interpretazione della previgente disposizione dell'art. 125-sexies del TUB in senso conforme all'indicazione della Corte di Giustizia, e cioè quella di attribuire al consumatore il diritto a vedersi proporzionalmente rimborsati “tutti i costi” prima appunto della data di entrata in vigore del decreto sostegni-bis¹³.

Da qui la Corte muove per comprendere se una tale limitazione temporale di *Lexitor* sia o meno conforme al diritto UE, ed esclude senza esitazioni tale conformità, dando tra l'altro espressamente atto di alcune circostanze. *In primo luogo*, la natura dichiarativa delle sentenze pregiudiziali, e conseguente suscettibilità di applicazione anche retroattiva, decorrente dalla data di applicazione della norma unionale interpretata. *In secondo luogo*, l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia a limitare gli effetti del tempo delle proprie sentenze, che in *Lexitor* non sarebbe stata esercitata, con ciò confermando che la tutela dell'affidamento degli intermediari e delle banche è recessiva rispetto alla protezione del consumatore. Quanto sopra anche alla luce della circostanza, già segnalata in *Lexitor*, secondo cui i primi sarebbero già tutelati dalla direttiva nella misura in cui è consentito loro di ricevere un indennizzo nel caso di estinzione anticipata del finanziamento.

In questa prospettiva, appaiono di contorno, e verosimilmente motivati anche dalle argomentazioni sollevate dalle parti in giudizio, i passaggi contenuti nella sentenza in ordine a una non sufficienza, *in thesi*, del rimedio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, trattandosi di applicazione orizzontale della direttiva nelle questioni tra finanziatore e consumatore. La Corte, quindi, potendo aprire a quest'ultimo la strada a una pretesa diretta contro la propria controparte contrattuale, esclude così di dover gravare il consumatore di un eventuale rimedio risarcitorio contro lo Stato per non aver correttamente tradotto nell'ordinamento interno le statuizioni di *Lexitor*.

3. La prospettiva “privatistica” della sentenza *Lexitor*

Dovendo ragionare *post factum*, il compito dell'interprete finisce per essere più semplice, non essendo più di alcuna utilità andare a cercare nella... cassetta degli attrezzi per scovare suggerimenti *de jure condendo* al legislatore, né suggestioni (per quanto sommessamente presentate) da fornire al Giudice delle leggi¹⁴.

¹² Art. 11-octies, comma 2, del decreto sostegni-bis.

¹³ La Corte dà atto che invece una tale interpretazione conforme era possibile fino alla novella del 2021, ciò essendo dimostrato appunto dalla giurisprudenza dell'ABF e di quei giudici di merito che avevano riconosciuto in casi singoli ai consumatori il rimborso proporzionale di tutti i costi.

¹⁴ Viceversa, i primi commenti usciti su questa sentenza appaiono variamente critici. Cfr. R. CAFARI PANICO, *Unicredit v. Lexitor, La saga senza fine della restituzione dei costi in caso di rimborso anticipato di un finanziamento*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2023, p. 14, il quale ritiene in

Tanto meno quando si tratta di commentare, come nel caso di specie, una sentenza che è stata resa su una precedente sentenza, anch'essa pronunciata da un giudice le cui determinazioni sull'interpretazione di norme di diritto dell'Unione europea – salvi statisticamente infrequentissimi *overruling* – sono finali e vincolanti per gli Stati membri e tutte le loro articolazioni.

Possiamo certamente dire che la Corte costituzionale ha dato una lettura assai rigorosa della fattispecie, e soprattutto molto adesiva a un'interpretazione della sentenza *Lexitor* orientata pro-consumatore. Tale sentenza, per vero, a sua volta era stata piuttosto lapidaria nell'escludere che si potessero distinguere i costi *recurring* da quelli *upfront* ai fini dell'interpretazione dell'art. 16 della direttiva 2008/48¹⁵.

Detto questo, è altrettanto vero che, in *Lexitor*, il tema del legittimo affidamento e della portata nel tempo della sentenza della Corte di Giustizia non era stato minimamente considerato, né dalla Corte, ma neppure nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Hogan¹⁶.

Lexitor si limita infatti a rispondere, in modo "asettico" e molto concentrato sulla fattispecie dedotta dal giudice *a quo* polacco, a una questione ermeneutica concernente la citata disposizione contenuta nell'art. 16 della direttiva, alla quale la Corte fornisce la sua interpretazione; la risposta al quesito viene data a valle di una approfondita esegesi delle norme di cui trattasi, utilizzando diversi canoni di interpretazione: letterale, teleologico, sistematico, cui si aggiunge, quale ulteriore contributo di impegno della Corte, un'analisi molto ricca (e non frequente) delle versioni linguistiche della disciplina rilevante.

Per contro, la sentenza pare meno attenta agli effetti "di sistema" della propria pronuncia, o se vogliamo, quelli che maggiormente attengono al diritto dell'economia.

In altri termini, in *Lexitor* la Corte si interessa molto del rapporto privatistico in essere tra le parti del giudizio *a quo*, ma non vengono rappresentate né trattate le implicazioni più estese della propria pronuncia pregiudiziale. Si badi: la circostanza in sé non deve sorprendere, poiché nel meccanismo del rinvio pregiudiziale la Corte rimane in definitiva ancorata alle prospettazioni delle parti (e degli intervenienti), e non si avventura, se non richiesta, in considerazioni sistematiche di più ampio respiro. Men che meno nelle cause rese delle singole sezioni, nelle quali, cioè, anche a norma del regolamento di procedura, non si ravvisano questioni difficili, importanti, o per cui sussistano circostanze particolare idonee a giustificare un collegio più ampio¹⁷.

sostanza che il diritto italiano avesse già interiorizzato *Lexitor*, e che non sarebbe stata necessaria la pronuncia della Corte, non condivisibile, con conseguente necessità di un nuovo rinvio pregiudiziale. L. NENCINI, *Da Lexitor a UniCredit passando per la sent. n. 263/2022: un corto circuito giurisprudenziale?*, in *BlogDUE*, 19 aprile 2023, aisdue.ue, p. 5, assume una posizione più sfumata, sia pur ammettendo una certa contrapposizione tra la sentenza della Corte Costituzionale e quella della Corte di giustizia in *Unicredit*. Non critico sulla sentenza appare invece il giudizio di S. PAGLIANTINI, *Il canone delle cruces iurisconsultorum in salsa post moderna: Unicredit Bank Austria AG c. Lexitor*, in *Foro It.*, 2023, p. 131; nonché di C. CELLERINO, *Lexitor e Corte costituzionale: quale certezza del (e nel) diritto UE?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, n. 3, 2023, in corso di pubblicazione.

¹⁵ Cfr. i punti 31 ss. della sentenza *Lexitor*.

¹⁶ Conclusioni dell'AG G.Hogan del 23 maggio 2019, causa C-383/18.

¹⁷ *Lexitor* fu decisa dalla prima sezione della Corte, composta da cinque giudici; quindi un collegio giudicante per cause di normale complessità. A mente dell'art. 60 del regolamento di procedura (consultabile all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_it.pdf), la causa avrebbe potuto essere portata alla Grande Sezione se ne avessero fatto domanda da uno Stato membro (intervenero in causa Polonia e Spagna) o dalla Com-

Quanto precede lascia ovviamente impregiudicati gli effetti di tutte le sentenze pregiudiziali, che com'è noto vanno ben oltre il caso deciso¹⁸. Tanto è vero che, nell'immediato *aftermath* della sentenza *Lexitor*, gran parte dei commenti¹⁹, più che discettare sul contenuto in sé della disposizione di cui all'art. 16 citato e sull'interpretazione che ne ha fornito la Corte, soffermano la propria attenzione sulla portata della decisione per il sistema delle banche e degli intermediari finanziari, e quindi dell'impatto sui conti di questi ultimi di una possibile sopravvenienza passiva non prevista, né verosimilmente prevedibile²⁰. Anche perché, com'è noto, e limitando la nostra analisi all'Italia, proprio sulla scorta di tale sentenza, un gran numero di questioni si erano poste – ed erano state decise – dall'ABF e dai giudici di merito²¹.

Su questo aspetto più ampio rispetto alla disamina dei rapporti privatistici possiamo dunque cercare di innestare qualche ulteriore considerazione.

4. Il “secondo tempo” della riduzione e restituzione dei costi dei finanziamenti in caso di rimborsi anticipati: il caso *UniCredit Austria*

La portata di una pronuncia come *Lexitor*, che investe innumerevoli rapporti in corso, e ha potenziali effetti di grande momento su tutto il mondo dei finan-

missione. Evidentemente ciò non successe, né il Collegio giudicante, come scritto, ritenne di trovarsi di fronte a questione di particolare difficoltà, o importanza, ovvero che vi fossero le «particolari circostanze» ai sensi dell'art. 60 citato. Per inciso, e visto che ne parleremo, la causa *UniCredit Austria* è stata decisa dalla terza sezione, sempre a cinque giudici.

¹⁸ Si ricorda che il principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio interpretativo vincola non solo il giudice *a quo*, bensì ogni altro organo giudiziario o amministrativo. Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, l'interpretazione di una norma UE fornita dalla Corte di Giustizia precisa il significato da attribuire alla suddetta norma sin dalla sua entrata in vigore: sentenza 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Denkavit italiana*, nonché, più recentemente, 9 giugno 2016, causa C-586/14, *Budişan*. Tale principio è accolto da tempo dalla giurisprudenza italiana (cfr. Corte Cost., 19 aprile 1985, n. 113; Cass. Civ., 28 marzo 1997, n. 2787, in *DeJure*). Per approfondimenti, si rinvia a: L. DANIELE, *Art. 267 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2103 ss., spec. 2120-2121.

¹⁹ Cfr., ad esempio, G. ALPA, *Il caso Lexitor*, cit., p. 236 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito*, cit., p. 286-287; F. GIGLIOTTI, *Rimborso anticipato del finanziamento*, cit., p. 240 ss.; R. MARCELLI, A. GIULIO PASTORE, *Rimborso anticipato*, p. 3-4; A. RICCIARDI, *Il principio sancito dalla Corte di Giustizia*, cit., p. 314 ss.; A. TINA, *Il diritto del consumatore*, cit., p. 180 ss.; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor*, cit., p. 15 ss.

²⁰ Non, almeno, in Italia, vista la nettissima posizione al riguardo presa dalla Banca d'Italia provvedimento del 9 febbraio 2011, recante «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori*» (in GURI del 16 febbraio 2011, serie gen., n. 38 – suppl. ord. n. 40), di cui si dà ampio conto nella sentenza n. 263/2022.

²¹ Cfr. la presa di posizione del Collegio di coordinamento dell'ABF n. 21676/2021 in <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2021/10/Dec-20211015-21676.PDF>, nonché, tutte in senso favorevole al consumatore sulla scorta di argomenti diversi ma prevalentemente l'obbligo di interpretazione conforme, le sentenze Trib. Genova, 14 ottobre 2021; Trib. Ivrea, 7 dicembre 2021; Trib. Napoli 22 ottobre 2021; Trib. Napoli Nord, 23 settembre 2021; 7 ottobre 2021; 13 ottobre 2021; Trib. Savona, 15 settembre 2021; Trib. Vicenza, 13 novembre 2020. Isolata (quanto ormai definitivamente sconfessata) appare invece la decisione del giudice di pace di Piombino del 16 agosto 2021, in senso contrario rispetto all'accoglimento dei principi *Lexitor*. Le sentenze qui citate sono tutte reperibili *online*, e comunque consultabili ove mai presso l'Autore.

ziamenti ai consumatori, non poteva tuttavia non riemergere poco dopo dinanzi alla Corte di Giustizia; e così, in effetti, è stato.

Come probabilmente è noto, la questione si è posta riguardo a una fattispecie sostanzialmente uguale a quella *Lexitor*, ma inserita in una disciplina diversa di diritto derivato. Si tratta dei contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali, e cioè i mutui per l'acquisto di immobili privati, disciplinati dalla direttiva 2014/17/UE²², il cui art. 25 reca una disciplina che, almeno apparentemente, sembra del tutto sovrapponibile all'art. 16 della direttiva 2008/48. In particolare, il § 1 della disposizione, rubricato «estinzione anticipata», stabilisce che «[g]li Stati membri assicurano che il consumatore abbia il diritto di adempiere in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano da un contratto di credito prima della scadenza di tale contratto. In tal caso, il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito al consumatore, che riguarda gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto».

Quindi, anche in questa direttiva si parla di “costo *totale* del credito”, e identicamente la “riduzione” prevista dalla disposizione di cui trattasi riguarda “interessi e costi *dovuti*”.

A sua volta, la disciplina dei finanziamenti immobiliari è stata recepita a livello nazionale in norme diverse da quelle che hanno trasposto la direttiva 2008/48: e per quanto riguarda la disciplina nazionale da cui origina la sentenza *UniCredit Austria*, la normativa austriaca sui mutui immobiliari è chiarissima nell'escludere, per tali rapporti contrattuali, il rimborso dei costi *upfront* in caso di estinzione anticipata. Per l'effetto, la *UniCredit Austria* aveva recepito tale disposizione nazionale nelle proprie condizioni generali di contratto. Dunque, a fronte di un'identica questione insorta tra un'associazione di consumatori e la banca, che resisteva alla richiesta della prima di modificare le proprie condizioni generali in attuazione di *Lexitor*, la questione è tornata dinanzi alla Corte di Giustizia con un rinvio pregiudiziale azionato dalla Corte suprema austriaca ai sensi dell'art. 267, terzo comma, TFUE²³.

L'esito della vicenda è probabilmente noto, ed è soprattutto diverso da quanto forse i più si sarebbero attesi. La Corte, infatti, ha stabilito che – per i mutui immobiliari – la disposizione di cui all'art. 25 della direttiva 2004/17/UE citata non osta «a una normativa nazionale che prevede che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito, in caso di rimborso anticipato del medesimo, includa soltanto gli interessi e i costi dipendenti dalla durata del credito»²⁴.

Ora, la Corte motiva questo apparente *revirement* sulla base della differenza dei mutui immobiliari dalle altre forme di credito al consumo, e dei diversi costi che i creditori normalmente sostengono per l'istruttoria relativa ai primi.

²² In GUUE n. L 60 del 28 febbraio 2014 p. 34 ss. Il testo consolidato della direttiva è reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0017-20180101>.

²³ Al riguardo, tra l'altro, questa vicenda valorizza il ruolo dei giudici di ultima istanza quali interlocutori privilegiati della Corte di Giustizia, proprio per il loro “obbligo” di rinviare alla Corte ai sensi della disposizione del trattato citata nel testo. Obbligo cui evidentemente non si è sottratto l'*Oberster Gerichtshof*. In argomento, si vedano: P. DE PASQUALE, *Inespugnabile la roccaforte dei criteri CILFIT (causa C– 561/19)*, in *BlogDUE*, 18 ottobre 2021; F. SPITALERI, *Le finalità dell'obbligo di rinvio pregiudiziale: brevi riflessioni a margine della sentenza Consorzio Italian Management*, in *BlogDUE*, 25 gennaio 2022, nonché sia consentito il rinvio a F. MUNARI, *Il «dubbio ragionevole» nel rinvio pregiudiziale*, in *Federalismi.it*, 13 luglio 2022.

²⁴ V. la sentenza citata alla precedente nt. 6.

Detto questo, la Corte ammette tuttavia che le disposizioni in questione sono «formulate in termini quasi identici», e pertanto che la soluzione del quesito comporta un'interpretazione della disposizione non solo letterale, ma anche «del contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa»²⁵.

Non solo. Anche nel caso dei mutui immobiliari, così come in *Lexitor*, si dà espressamente atto della sussistenza del rischio che le banche siano poco trasparenti nella corretta allocazione dei costi *upfront*. Qui, peraltro, la Corte invita il giudice nazionale a vigilare per evitare abusi, fornendo cioè una soluzione diversa rispetto a *Lexitor*, in cui essa aveva espressamente chiarito che «il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto»²⁶.

5. «*Lexitor* o non *Lexitor*»²⁷. Il dilemma della Corte di Giustizia è in realtà un problema di trasparenza dei costi?

Ora, pur abituati, come giuristi, a esercitarci in complicati *distinguo*, l'idea che il regime dei rimborsi al consumatore dei costi sostenuti dal creditore in caso di anticipata estinzione del mutuo debba essere “così” diverso per i mutui immobiliari rispetto agli altri forse non parrebbe così sicura.

In effetti, dalla lettura delle conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona nella causa *UniCredit Austria* si evidenzia la preoccupazione di quest'ultimo per un *restatement* della sentenza *Lexitor*, i cui esiti, evidentemente, non gli paiono del tutto soddisfacenti²⁸. Vero che l'Avvocato generale si diffonde a lungo per sottolineare come, a suo avviso, ai mutui immobiliari non si debba applicare *Lexitor*, concernente le altre fattispecie di credito al consumo; ed è anche vero che l'Avvocato generale motiva questa sua posizione assumendo che nella direttiva 2004/17, a differenza della 2008/48, mancherebbero quei «fattori di equilibrio» tra consumatore e banca nelle ipotesi di rimborso anticipato, su cui torneremo, che invece hanno «indotto la Corte a pronunciarsi co-

²⁵ Corte di giustizia, *UniCredit Austria*, cit. punto 27.

²⁶ Id., *Lexitor*, cit., punto 32.

²⁷ La citazione è tratta da B. NASCIMBENE, *La causa UniCredit Austria. Le conclusioni dell'avvocato generale: Lexitor o non Lexitor?*, in *dirittobancario.it*, 25 novembre 2022, ed è troppo efficace per non meritare *un bis*.

²⁸ Emblematici appaiono al riguardo i seguenti passaggi delle conclusioni (punti 68 ss.): «La direttiva 2014/17 non esprime la ragion d'essere della riduzione da essa prevista all'articolo 25, paragrafo 1, come corollario del diritto al rimborso anticipato. Questo elemento [...] autorizza ad affermare che tale adeguamento è percepito come una conseguenza naturale dell'anticipazione del rimborso, che comporta il venir meno o la diminuzione (in caso di anticipo parziale) per la controparte del rischio di mancato pagamento. [...] Ritengo, invece, che la riduzione di cui all'articolo 25 [...] non sia volta a porre il consumatore nella medesima situazione in cui si troverebbe qualora il credito fosse stato inizialmente concesso per un periodo più breve o per un importo inferiore. Il diritto al rimborso anticipato non trasforma il contratto di credito iniziale in un altro che avrebbe potuto essere, bensì consente di adattarlo a circostanze sopravvenute [...] Non dubito che una diversa interpretazione sarebbe più favorevole al consumatore. Tuttavia, così come quest'ultimo non deve essere penalizzato per avere saldato il suo debito anzitempo, ritengo che, per tutelarlo nel modo richiesto dalla direttiva 2014/17, non si debba neppure portare il diritto alla riduzione fino al punto di premiarlo per un cambiamento che egli impone alla controparte».

me ha fatto» in *Lexitor*²⁹. Non sapremo mai se questa impostazione sia da ascrivere a una posizione di “lealtà istituzionale” alla Corte, o sia invece stata una scelta tattica, volta a evitare il rischio che una critica frontale a *Lexitor* avrebbe indotto la Corte a non seguire il suo avvocato generale.

Nondimeno, la sensazione forte, e non solo di chi scrive, è in definitiva quella di una critica ai criteri interpretativi usati dalla Corte in tale sentenza³⁰; anzi, secondo alcuni, la posizione dell’avvocato generale, cui la Corte ha poi aderito, configurerebbe una sorta di primo “temperamento” del principio di tutela globale ed effettiva del consumatore sancito a livello unionale³¹.

Detto questo, quale che sia l’opinione del giurista sulle reali differenze esistenti tra le due fattispecie, parrebbe potersi individuare un angolo visuale comune alle due fattispecie.

In particolare, alla base di entrambe le vicende vi è il classico “elefante nella stanza”, consistente nell’analisi della trasparenza dei costi del finanziamento che le banche o gli intermediari finanziari applicano ai consumatori: in *Lexitor* la Corte è chiara nel sottolineare la correttezza della posizione del giudice nazionale, il quale paventa abusi in danno del consumatore determinati da una «unilaterale» individuazione, da parte del soggetto concedente il credito, dei costi *upfront* rispetto a quelli *recurring*, ovvero anche dalla difficoltà di determinare ad opera del giudice, «dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto»³². Viceversa, in *UniCredit Austria*, dato atto dell’esistenza di obblighi di trasparenza in capo agli enti creditizi quanto alla ripartizione delle spese che il consumatore deve pagare in funzione del loro carattere ricorrente o meno, la Corte “salva” la disciplina austriaca sui mutui immobiliari poiché «il rischio di comportamento abusivo del creditore, ... non può giustificare l’inclusione dei costi indipendenti dalla durata del contratto nel diritto alla riduzione del costo totale del credito»³³. Si tratta, in altri termini, proprio di quel «fattore di equilibrio» che l’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona aveva presentato alla Corte come il fulcro del proprio ragionamento per invitare la Corte a non seguire *Lexitor*.

Se tale è tuttavia la *ratio decidendi* comune ad ambedue i casi, e non parrebbe un’ipotesi peregrina, allora possono svolgersi minime ulteriori riflessioni.

6. Tutela del consumatore v. indennizzo del creditore

Segnatamente, l’angolo visuale dal quale forse potrebbe convenire esaminare l’intera vicenda è quello del bilanciamento delle diverse posizioni nei singoli rapporti di finanziamento, all’interno di una prospettiva più ampia, quella cioè non limitata all’ottica privatistica, bensì relativa al settore del credito al consumo in generale.

In altri termini, parrebbe potersi concludere che l’esame congiunto delle due sentenze *Lexitor* e *UniCredit Austria* renda meno plausibile che il nucleo

²⁹ Conclusioni dell’AG G.Hogan in *Lexitor*, cit., punto 83.

³⁰ Sul punto è netta anche la posizione di B. NASCIMBENE, *op.cit.*

³¹ V. G. STOMPANATO, *Credito al consumo immobiliare: osservazioni alle conclusioni dell’Avvocato generale*, in *Rivista di Diritto del Risparmio*, 2023, p. 2 ss.

³² Corte di giustizia, *Lexitor*, cit. punti 31-33.

³³ Id., *UniCredit Austria*, cit., punto 36.

della questione sia se il diritto UE – e nella specie, la direttiva 2008/48 – imponga o meno il rimborso totale dei costi; piuttosto, la complessiva lettura delle sentenze e relative conclusioni degli Avvocati generali sembrano far propendere nel senso che il baricentro del ragionamento sia un altro: più precisamente, quanto davvero sembrerebbe rilevare è la necessità di una verifica se, in concreto, rispetto all'ipotesi di rimborso anticipato di un finanziamento, vi sia adeguata trasparenza dei costi che la banca o l'intermediario hanno sostenuto al momento della stipula del contratto, in una situazione in cui, come scrive l'AG Campos Sánchez-Bordona, «così come quest'ultimo non deve essere penalizzato per avere saldato il suo debito anzitempo, ritengo che, per tutelarlo nel modo richiesto dalla direttiva 2014/17, non si debba neppure portare il diritto alla riduzione fino al punto di premiarlo per un cambiamento che egli impone alla controparte»³⁴.

A mio avviso, una tale prospettiva appare più equilibrata, sia nel rapporto “privatistico” intercorrente tra le parti contraenti, sia considerando appunto l'ottica più ampia del settore del credito al consumo.

Sotto questo profilo, e del resto lo si era resto quasi unanimemente segnalato, la non rimborsabilità dei costi *upfront* era largamente praticata (e pensiamo lo sia tuttora in molti Stati membri), sulla scorta peraltro di precise indicazioni delle autorità di vigilanza³⁵. Inoltre, non pare di per sé iniqua o contraria ai principi della protezione del consumatore una disciplina (legale, di secondo livello, o contrattuale poco importa), la quale non preveda la restituzione di quei costi indipendenti dalla durata del finanziamento che siano stati eventualmente sostenuti dal creditore. Quanto sopra anche in disparte da ipotesi di allocazione “abusiva” dei costi sostenuti dall'ente creditore per l'accensione del finanziamento: tali ipotesi, quand'anche vere, non dovrebbero comunque essere risolte con una soluzione così drastica come quella di escludere in ogni caso che, pur in presenza di clausole trasparenti, il rimedio debba sempre essere la riduzione proporzionale di *tutti* i costi. Questa conclusione – sebbene apparentemente sposata in *Lexitor*, che individua nelle penali contrattuali per l'estinzione anticipata dei mutui la *consideration* rispetto al rimborso proporzionale di tutti i costi³⁶ – appare infatti frontalmente in contrasto con *UniCredit Austria*, nella quale il sindacato sull'abusività è lasciato al giudice nazionale, senza... buttare il bambino con l'acqua sporca³⁷.

È vero che l'Avvocato generale prova a spiegare che, nella direttiva

³⁴ V. sopra, nt. 27.

³⁵ Per quanto riguarda il nostro Paese, v. quanto indicato in nt. 19.

³⁶ «[I] fatto di includere nella riduzione del costo totale del credito i costi che non dipendono dalla durata del contratto non è idoneo a penalizzare in maniera sproporzionata il soggetto concedente il credito. Infatti, occorre ricordare che gli interessi di quest'ultimo vengono presi in considerazione, da un lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 2, della direttiva 2008/48, il quale prevede, a beneficio del mutuante, il diritto ad un indennizzo per gli eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito, e, dall'altro lato, tramite l'articolo 16, paragrafo 4, della medesima direttiva, che offre agli Stati membri una possibilità supplementare di provvedere affinché l'indennizzo sia adeguato alle condizioni del credito e del mercato al fine di tutelare gli interessi del mutuante» (punto 34).

³⁷ In tal senso di era espressa peraltro anche Assofin nell'opinione depositata quale *amicus curiae* dinanzi alla Corte costituzionale nel giudizio che ha poi portato alla sentenza n. 263/2022 citata (v. E. BRUTI LIBERATI, *Opinione scritta nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale dell'art. 11-octies del decreto legge 25 maggio 2021, n. 73*, Assofin, 8 marzo 2022). *Contra*, invece, G. MUCCIARONE, *Estinzione anticipata del credito al consumo e riduzione del costo del credito*, in *DB – Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2021, pp. 1-11.

2014/17, l'indennizzo per il creditore derivante dal rimborso anticipato non sussisterebbe, e in ciò consisterebbe la «differenza sostanziale» tra le due questioni³⁸. Ma in realtà, da un lato, l'indennizzo è previsto anche da tale ultima direttiva, all'art. 25.3, sia pur come ipotesi opzionale³⁹. Dall'altro lato, la Corte non riprende questo spunto, risolvendo la questione in modo conforme alla proposta di Campos Sánchez-Bordona senza minimamente far menzione alla «apparente» diversità della disciplina dell'indennizzo. Anzi, in *UniCredit Austria* la Corte di Giustizia insiste proprio sulla necessità che il giudice nazionale – a prescindere da indennizzi o penali a favore dei creditori – vigili sui possibili abusi di questi ultimi nell'allocazione poco trasparente dei costi del finanziamento⁴⁰.

Del resto, se si volesse portare agli estremi questo ragionamento, allora la più logica conclusione dovrebbe essere stata quella secondo cui, nei mutui immobiliari, se la disciplina nazionale ha previsto l'indennizzo a favore del creditore, allora vale *Lexitor*; se, invece, così non è, allora possono essere scorporati i costi *upfront* dai *recurring*, e rimborsati solo proporzionalmente i secondi.

7. Limitazione temporale degli effetti di *Lexitor*, legittimo affidamento e certezza del diritto

Posto quel che precede, dobbiamo però tornare adesso alla lettura *ex post* della fattispecie decisa dalla Corte costituzionale, alla quale non è stato chiesto di reinterpretare il diritto dell'Unione. Piuttosto, la Corte doveva rispondere sulla costituzionalità – rispetto al parametro di necessaria conformità delle nostre leggi con le norme unionali – di una disposizione contenuta nel decreto sostegni-*bis*, la quale, in modo netto, distingueva il regime del rimborso dei costi a seconda che i contratti fossero stati stipulati prima o dopo l'entrata in vigore di tale disposizione.

In questi termini, la questione era quindi se la Corte costituzionale potesse legittimare la limitazione nel tempo degli effetti di *Lexitor* stabilita dal legislatore. Come si scriveva in precedenza, la Corte non ha esitazioni nell'escludere una tale ipotesi.

Si tratta però di comprendere se la Corte potesse percorrere altre strade a fronte del tenore della norma sottoposta al vaglio di costituzionalità.

A mio avviso, la risposta è probabilmente negativa. Non può infatti dubitarsi che, negli stretti confini della questione di legittimità costituzionale sottoposta, la Corte non avrebbe mai potuto legittimare una norma nazionale il cui effetto è quello di limitare nel tempo gli effetti di una pronuncia interpretativa resa in sede pregiudiziale dalla Corte di Giustizia.

Tanto più che, in modo più saggio rispetto al legislatore nazionale, nell'immediatezza di *Lexitor* la Banca d'Italia era intervenuta distinguendo chiaramente il regime del rimborso dei costi in caso di estinzione anticipata dei con-

³⁸ V. i punti 80 ss. delle conclusioni.

³⁹ Art. 25.3, direttiva 2014/17: «Gli Stati membri possono prevedere che il creditore abbia diritto, laddove giustificato, ad un indennizzo equo e obiettivo per gli eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato».

⁴⁰ V. sopra, il § 4, in fondo.

tratti stipulati dopo la sentenza citata, per i quali dovevano applicarsi le statuizioni della Corte di Giustizia, e di quelli ad essa antecedenti, rispetto ai quali si indicava come criterio principale quello del «prudente apprezzamento» dei creditori⁴¹.

Sotto questo profilo, non si può non criticare l'intervento del legislatore di cui al decreto sostegni-*bis*. E il fatto che questa norma sia stata inserita – temiamo all'ultimo momento – in sede di conversione del d.l. n. 76/2021, conferma ancora una volta tutte le critiche (ahimè, più che giuste) della tecnica legislativa purtroppo *mainstream* che caratterizza *in parte qua* il funzionamento delle nostre istituzioni.

In questa prospettiva, mi parrebbe possa esservi anche poco spazio per discutere di legittimo affidamento (dei creditori) rispetto all'impatto di *Lexitor* o di certezza del diritto. Qualcosa, tuttavia, va forse sottolineato, quanto meno dall'angolo visuale del diritto dell'Unione europea.

Più precisamente, non è in discussione che legittimo affidamento e certezza del diritto siano due principi generali di diritto UE, come tali aventi anche rango quasi-primario nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento unionale⁴². E in tal senso, neppure è in discussione che, dal punto di vista formale, una norma di diritto derivato dell'Unione, come una direttiva, comunque non potrebbe violare tali principi.

Detto questo, è però essenziale non confondere i piani del ragionamento, poiché il legittimo affidamento che i creditori avevano fatto sul regime del rimborso dei costi in caso di estinzione anticipata del finanziamento, e così il principio (forse nella fattispecie non altrettanto evidente), della certezza del diritto, non possono certamente fungere *ex se* da parametro di legittimità (unionale, ma a questo punto anche costituzionale) di una norma interna che, nel tentativo – scomposto – di preservare tali principi, si sostituisce alla Corte di Giustizia nell'interpretare e applicare il diritto dell'Unione.

Ci si deve allora domandare se fosse stato possibile provare altre strade per tentare di ridurre i rischi, senz'altro materiali, dell'impatto di *Lexitor* sui creditori⁴³.

Qui la risposta potrebbe essere un po' diversa. Al riguardo, e come del resto chiarisce anche la Corte costituzionale, una tale questione va portata all'esclusiva attenzione della Corte di Giustizia. In *Lexitor*, tuttavia, lo abbiamo visto, il tema è completamente assente, ed è quindi più che probabile che, come non di rado avviene, la potenziale portata sistemica del caso sia sfuggita all'attenzione degli Stati membri, e la Corte, com'è noto, in sede pregiudiziale risponde ai quesiti che le sono posti, e non allarga – se non richiesta – la propria analisi a tematiche estranee a quelle portate in giudizio.

Emblematico è però il fatto che in *Unicredit Austria* il tema fosse stato sollevato dallo Stato italiano, interveniente in tale causa, senza però soddisfare, almeno a quanto consta dalle conclusioni dell'Avvocato generale la ricorrenza

⁴¹ V. Cfr. Banca d'Italia, nota prot. n. 1463869/19 del 4 dicembre 2019, *Linee orientative volte a consentire agli intermediari finanziari un adeguamento rispetto alla decisione della Corte di Giustizia al fine di tutelare altresì i consumatori*.

⁴² Cfr. *ex multis*, le sentenze 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo Adriano SRL e Dilexport Srl c. Ministero del commercio con l'Estero*; 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P, C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S*; 10 dicembre 2015, causa C-427/14, *Valsts ieņēmumu dienests*.

⁴³ M. ROMANELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale*, cit. riferisce che l'impatto sarebbe nell'ordine di 5 miliardi di euro.

dei «presupposti (in particolare le gravi ripercussioni economiche) richiesti al riguardo dalla giurisprudenza della Corte»⁴⁴. Che poi la vicenda si sia risolta diversamente per i mutui immobiliari si è ripetutamente scritto, ma questo ha forse influenzato, insieme ad altro, una possibile opzione che forse avrebbe potuto essere colta dalla Corte costituzionale.

8. Considerazioni conclusive: peccato, forse, non aver giocato un “terzo tempo”

Giunti al termine del nostro sommario *excursus*, pare chiara la sensazione che ben più di qualcosa in questa vicenda lasci a desiderare.

Innanzitutto, una giurisprudenza della Corte di Giustizia che, se abbiamo letto persuasivamente la sequenza di *Lexitor* e *UniCredit Austria*, consente di ritenere che la prima sentenza avrebbe potuto essere meglio meditata.

Inoltre, un legislatore nazionale che, non senza negligenza, ha frettolosamente imbastito un rimedio “ortopedico” all’art. 125-sexies del TUB, il quale, se non fosse stato colpito da declaratoria di incostituzionalità, avrebbe probabilmente aperto la strada a innumerevoli azioni di responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell’Unione. A conferma dei difetti della disposizione censurata dalla Corte, pare appena il caso di segnalare che invece, prima del decreto sostegni-*bis*, il concretizzarsi di una tale ipotesi pareva invece obiettivamente difficile, a ciò ostando la probabile insussistenza, nel testo pre-novella, di una violazione manifesta del diritto UE ai sensi della dottrina *Brasserie du Pêcheur*⁴⁵.

Ciò premesso, resta tuttavia la scansione temporale tra *Lexitor*, sostegni-*bis*, ordinanza del Tribunale di Torino e conclusioni nella causa *UniCredit Austria*.

Se si può formulare una minima critica alla sentenza n. 263/2022, ci pare che forse questa scansione avrebbe potuto indurre la Corte costituzionale a compiere qualche sforzo in più prima di chiudere definitivamente la questione, come del resto si era anche provato autorevolmente a suggerire⁴⁶. Perché se è vero che, come abbiamo osservato, di per sé il legislatore nazionale non avrebbe mai potuto legittimamente spostare avanti nel tempo gli effetti di *Lexitor*, tanto meno invocando il legittimo affidamento⁴⁷, magari la Corte costituzionale avrebbe potuto chiedere alla Corte di Giustizia se, nella fattispecie, e considerata anche una disciplina nazionale (legislativa e della Banca d’Italia) sostanzialmente attenta a valorizzare gli obblighi di trasparenza, un qualche temperamento rispetto a *Lexitor* non sarebbe stato possibile.

Un tale compito, va ribadito, sarebbe stato nell’ordine dello straordinario, di fronte a una norma di legge nazionale che aveva preteso di spostare certezza del diritto o legittimo affidamento a un momento successivo *di quasi due anni*

⁴⁴ Conclusioni dell’AG M. Campos Sánchez-Bordona in *Unicredit Austria*, cit., punto 92, ed ivi anche la giurisprudenza unionale di riferimento.

⁴⁵ Corte di Giustizia, 5 marzo 1996, causa C-46/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*.

⁴⁶ B. NASCIMBENE, *op.cit.*

⁴⁷ Il quale, secondo pacifica giurisprudenza della Corte, comunque impone un contegno prudente e accorto al destinatario della norma, il quale non può non tener conto dell’evoluzione della prassi interpretativa e applicativa delle norme unionali (cfr. le sentenze citate in nt. 41).

la pronuncia *Lexitor*. Insomma, il “pasticciaccio brutto” era davvero evidente. Ma se non per salvare il legislatore, forse la Corte costituzionale avrebbe potuto... provare ad aiutare la Corte di Giustizia a riprendere le fila di una giurisprudenza tutto sommato poco perspicua in ordine al regime dei rimborsi dovuti ai consumatori in caso di estinzione anticipata dei finanziamenti relativi al credito al consumo. Al riguardo, anche recentemente la Corte ha fatto capire di essere disponibile, in presenza di situazioni particolari, a interloquire anche in modo ampio e “creativo” col giudice nazionale⁴⁸. In questa prospettiva, si sarebbe potuto ad esempio immaginare un ragionamento in ordine alla proporzionalità dei criteri *Lexitor* alla luce di *UniCredit Austria*, in presenza di norme nazionali trasparenti quanto ai costi del finanziamento, oppure anche una riflessione più articolata sul tema del legittimo affidamento come principio generale di diritto UE.

Col senno del poi, una tale opzione avrebbe potuto confermare il principio secondo cui è nel dialogo tra Corti – e soprattutto tra Corti supreme – che si arricchisce il diritto dell’Unione europea. Col garbo che sistematicamente caratterizza tutte le questioni pregiudiziali che, negli anni, il nostro Giudice delle leggi ha interloquito coi colleghi di Lussemburgo, siamo certi che la Corte di Giustizia non se la sarebbe presa a male.

⁴⁸ V. Corte di giustizia, 22 dicembre 2022, causa C-61/21, *Ministre de la Transition Écologique*, punti 34 ss. della motivazione.



COMMENTI

Dopo *Lexitor*, i “chiaroscuri” della sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale*

After Lexitor, lights and shades of the decision no. 263/2022 of the ICC

di **Andrea Morrone**** e **Beatrice Sboro*****

ABSTRACT

Dopo la sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia – che ha determinato un incremento dei costi sostenuti dai finanziatori in caso di rimborso anticipato da parte del debitore – si è acceso un forte dibattito in dottrina sulle conseguenze economiche delle pronunce interpretative rese in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE in virtù della loro portata retroattiva. Il legislatore italiano ha cercato di tutelare i finanziatori da tale inconveniente con una norma di diritto intertemporale che ha posticipato l'ingresso della regola *Lexitor* nell'ordinamento italiano; tuttavia, detta norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 263/2022. L'articolo analizza la questione a partire da quest'ultima pronuncia, con l'obiettivo di contestualizzarla alla luce della direttiva 2008/48/CE, della dottrina degli effetti diretti e del bilanciamento sotteso alla sentenza *Lexitor*. All'esito di una disamina degli aspetti problematici della vicenda, gli autori tentano di mettere in luce le ragioni ostative ad un rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale volto ad ottenere una legittimazione del differimento degli effetti di *Lexitor*, pur ipotizzato da parte della dottrina.

The Lexitor case decided by the ECJ – which caused an increase of the costs bore by creditors in case of an early repayment of the debt – brought up the issues connected to the economic consequences of interpretative decisions of the ECJ, which are endowed with retroactive effects. The Italian legislator tried to solve this issue and guarantee creditors' interests through an intertemporal norm that postponed the introduction of the principle set out in the Lexitor case in the Italian legal system. The decision no. 263/2022 of the ICC, however, declared this norm unconstitutional. This article examines the issue and tries to contextualize said decision of the ICC in the light of the Directive 2008/48/EC, of the direct effect doctrine and of the balancing test of the Lexitor decision. Through the analysis of the problematic aspects of the case, the authors try to emphasize the reasons why a preliminary ruling to the ECJ activated by the ICC in order to legitimate the decision of the Italian legislator, supported by some authors, was not appropriate in this case.

Massime

Massima n. 45244. Il dovere di attenersi ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea ricomprende le sentenze rese dalla CGUE in sede interpretativa, in conformità

* L'articolo è frutto di una riflessione condivisa. Sono da ascrivere a Beatrice Sboro i paragrafi nn. 1-7, ad Andrea Morrone il n. 8.

** Professore ordinario di diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

*** Dottoranda di ricerca in diritto costituzionale, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.

al ruolo che l'art. 19, par. 1, del Trattato sull'Unione europea le assegna, anche per le sentenze che dichiarano l'invalidità di un atto dell'Unione, dal momento che la sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono, in linea di principio, alla data di entrata in vigore della norma interpretata. In virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., la Corte costituzionale è garante del rispetto di tali vincoli e, pertanto, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che contrasta con il contenuto di una direttiva, come interpretata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, con una sentenza dotata di efficacia retroattiva.

Massima n. 45245. È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 16, par. 1, della direttiva 2008/48/CE, come interpretato dalla CGUE nella sentenza *Lexitor*, l'art. 11-*octies*, comma 2, del d.l. n. 73 del 2021, come conv., limitatamente alle parole «e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia». La disposizione censurata dal Tribunale di Torino, sez. prima civile, sostituendo il precedente art. 125-*sexies* t.u. bancario, in termini strettamente fedeli alla sentenza *Lexitor*, modifica la disciplina dei prestiti del consumatore e disciplina il rimborso anticipato, prevedendo che il consumatore abbia conseguentemente diritto alla riduzione non solo dei costi *recurring*, ma anche di quelli relativi alle attività finalizzate alla concessione del prestito, integralmente esaurite prima della eventuale estinzione anticipata (costi c.d. *up-front*). Tuttavia, il rinvio previsto alle norme secondarie della Banca d'Italia, le quali avallano l'interpretazione riferita unicamente al rimborso dei costi *recurring*, si pone in contrasto con la indicata sentenza CGUE, che non dispone alcuna modulazione temporale dei suoi effetti. In tal modo la norma censurata utilizza una tecnica qualificata in termini di completamente prescrittivo della norma primaria da parte di quella subprimaria, per cui è una disposizione primaria successiva a integrare il contenuto normativo di una disposizione primaria precedente mediante il rinvio a norme di rango secondario. In definitiva, attraverso il rinvio a precise norme regolamentari contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia, risulta univoco l'intento del legislatore di fissare per il passato un contenuto della norma circoscritto alla interpretazione antecedente alla sentenza *Lexitor*, che si discosta dai contenuti della citata pronuncia.

Estratto

"13. (...) gli effetti temporali di una sentenza della Corte di giustizia possono essere modulati solo dalla stessa Corte, nella sentenza che si pronuncia sul rinvio pregiudiziale, eventualmente su sollecitazione del giudice che solleva il rinvio o degli Stati membri che ritengono di intervenire nel procedimento presentando osservazioni. E – come si è già anticipato – la Corte di giustizia non ha disposto una modulazione temporale e ha svolto una interpretazione che ha preso le mosse da un dato testuale contenuto in tutte le traduzioni del paragrafo 1 dell'art. 16, vale a dire il riferimento alla riduzione del costo totale del credito.

Se, invece, – come si è sopra ritenuto (punto 12.3.1.) – l'affidamento che il legislatore ha inteso proteggere è stato quello ingenerato dalla formulazione della norma di attuazione e, in specie, dalla sua interpretazione a livello nazionale, questo certamente non giustifica la violazione degli obblighi che lo Stato ha assunto verso l'Unione europea. Un intervento del legislatore a tutela dei titolari di tale affidamento non poteva (e non potrebbe) incidere sugli impegni assunti con l'Unione europea, né, di riflesso, pregiudicare gli interessi dei consumatori. In ogni caso, vanno anche rammentati i rilievi della Corte di giustizia, secondo la quale i concedenti il credito, da un lato, trovano una tutela nel diritto all'equo indennizzo per l'estinzione anticipata del credito, in base ai successivi paragrafi dell'art. 16 della direttiva (recepiti dal t.u. bancario all'art. 125-*sexies* commi 2 e 3, poi divenuti 4 e 5) e, da un altro lato, con l'incasso anticipato della somma erogata possono concludere un nuovo contratto di finanziamento."

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo e giurisprudenziale. La sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia. – 3. Il c.d. decreto *Sostegni-bis* e la sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale. – 4. L'annullamento era l'unica strada percorribile? La via stretta della disapplicazione. – 5. I dubbi degli interpreti sulla decisione della CGUE. – 6. Il peso dei valori in gioco e il bilanciamento della Corte costituzionale. – 7. Gli ostacoli ad un rinvio pregiudiziale da parte della Consulta. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Con la sentenza n. 263/2022 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo circoscrivere ai soli costi c.d. *recurring* il diritto alla riduzione del costo totale del credito in caso di restituzione anticipata da parte del consumatore nei contratti di finanziamento sottoscritti anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 106/2021, che ha convertito in legge il d.l. n. 73/2021 (c.d. decreto Sostegni-bis). L'illegittimità riguarda l'art. 11-octies c. 2 del decreto-legge, nella parte in cui esso richiama le disposizioni di trasparenza e vigilanza della Banca d'Italia contrarie alla sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia (CGUE)¹ ai fini dell'interpretazione dell'art. 125-sexies c. 1 del d.lgs. n. 385/1993 (c.d. Testo Unico Bancario, d'ora in avanti: "TUB"). La ragione risiede essenzialmente nel fatto che il legislatore, attraverso una disposizione di diritto intertemporale, ha regolato autonomamente gli effetti della pronuncia richiamata venendo meno all'obbligo di conformarsi alle sentenze della CGUE.

Dopo una breve ricostruzione della vicenda, in questa nota cercheremo di approfondire tre aspetti: *i)* il sindacato accentrato della Corte costituzionale alla luce dell'efficacia della direttiva 2008/48/CE; *ii)* le criticità e le ricadute applicative della sentenza *Lexitor* della CGUE, sia per quel che attiene al bilanciamento tra gli interessi dei finanziatori e quelli dei consumatori che per quanto riguarda le conseguenze dell'efficacia retroattiva delle sentenze europee sul legittimo affidamento degli operatori nazionali; *iii)* l'ipotesi di un rinvio pregiudiziale alla CGUE da parte della Corte costituzionale.

2. Il quadro normativo e giurisprudenziale. La sentenza *Lexitor* della Corte di giustizia

Nell'ambito del diritto europeo la materia del credito al consumo è regolata dalla direttiva 2008/48/CE, che ha abrogato la previgente direttiva 87/102/CEE. La nuova disciplina prevede, all'art. 16, il diritto del consumatore all'adempimento anticipato degli obblighi derivanti dal contratto. In questi casi, al consumatore è garantita una «riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto»², mentre al creditore spetta «un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito (...)».

L'ordinamento italiano ha recepito detta direttiva mediante il d.lgs. n. 141/2010, che ha sostituito il Capo II del Titolo VI del TUB. L'art. 125-sexies, con una formulazione quasi identica al menzionato art. 16 della direttiva 2008/48/CE, prevedeva il diritto alla riduzione del costo totale del credito, «pa-

¹ Corte di giustizia, 1° settembre 2019, causa C-383/18, *Lexitor*.

² Gli elementi del costo totale del credito includono, secondo l'art. 3 della direttiva, «*tutti i costi, compresi gli interessi, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il creditore è a conoscenza, escluse le spese notarili; sono inclusi anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito, in particolare i premi assicurativi, se, in aggiunta, la conclusione di un contratto avente ad oggetto un servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali offerte*».

ri all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto». A partire dall'entrata in vigore della nuova normativa, la giurisprudenza di merito e l'Arbitro bancario finanziario (d'ora in avanti: "ABF") hanno ritenuto che l'inciso «per la vita residua del contratto» fosse da interpretare nel senso che il diritto alla riduzione potesse includere esclusivamente i costi correlati alla durata del contratto (c.d. costi *recurring*), restando esclusi i costi sostenuti dal consumatore all'avvio del contratto di finanziamento e non soggetti a maturazione (c.d. costi *up-front*). L'emersione di prassi abusive nelle pratiche di finanziamento – consistenti nello "svuotamento" dei costi *recurring*, con contestuale incremento di quelli *up-front* non soggetti a riduzione – la Banca d'Italia ha reagito adottando delle disposizioni in materia di trasparenza dei contratti di finanziamento³; tale normativa secondaria, oltre a prescrivere la quantificazione trasparente e dettagliata dell'imputazione dei costi nei contratti di credito al consumo, ha altresì avallato l'interpretazione dell'art. 125-*sexies* invalsa nella prassi.

È in questo quadro che si inserisce l'intervento della CGUE. Su rinvio pregiudiziale di un tribunale polacco ai sensi dell'art. 267 TFUE, il giudice dell'Unione ha stabilito che una disciplina nazionale di riduzione del costo del credito ai soli costi *recurring* escludendo quelli *up-front* risulta incompatibile con la direttiva 2008/48/CE. La pronuncia si basa su tre distinti argomenti: uno letterale, uno storico ed uno teleologico. Anzitutto, la CGUE ha ritenuto che l'art. 16 della direttiva presenti una certa ambiguità laddove prevede il diritto alla riduzione dei costi dovuti «per la restante durata del contratto». Secondo la CGUE, quest'ultimo inciso – anche alla luce delle sue diverse versioni linguistiche – potrebbe in astratto riferirsi tanto al metodo di calcolo da adottare quanto all'oggetto della riduzione. Nel primo caso, esso imporrebbe di calcolare la riduzione in proporzione alla durata residua del contratto prendendo in considerazione *tutti* i costi sopportati dal consumatore; nel secondo, esso imporrebbe di ridurre i *soli* costi che maturano in relazione alla durata del contratto stesso. Stando così le cose, la CGUE ha ritenuto che l'art. 16 debba essere interpretato «non soltanto sulla base del suo tenore letterale, ma anche alla luce del suo *contesto* nonché degli *obiettivi* perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte» (c.vo aggiunto). A differenza della disciplina previgente, che prevedeva il diritto per il consumatore ad una «equa riduzione del costo complessivo del credito» in caso di estinzione anticipata del contratto, la nuova normativa stabilisce il diritto ad una più precisa «riduzione del costo totale del credito». In effetti, la nuova direttiva mira a garantire un'elevata protezione al consumatore in ragione della sua posizione di contraente debole; tale finalità risulterebbe frustrata, secondo i giudici di Lussemburgo, se il diritto alla riduzione comprendesse i soli costi *recurring*, anche alla luce del fatto che, in caso contrario, i creditori potrebbero essere portati a ridurre al minimo i costi *recurring* «scaricandoli» su quelli *up-front* (circostanza che, come si diceva, aveva indotto la Banca d'Italia ad adottare le disposizioni di trasparenza sopra menzionate). Da ultimo, la CGUE ha chiarito che una tale estensione dei costi oggetto di riduzione non determina alcuno squilibrio tra le posizioni contrattuali, attesi sia la previsione di un «equo indennizzo» a favore del creditore per i costi sostenuti legati al rimborso anticipato, sia il rientro di liquidità che

³ Si veda in particolare il provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011 «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul credito ai consumatori».

quest'ultimo determina per il finanziatore, che potrà reinvestire il denaro così ottenuto in altre operazioni.

A seguito dell'intervento della CGUE, nonostante alcune voci in dottrina abbiano sostenuto l'inapplicabilità *sic et simpliciter* della decisione nell'ordinamento italiano⁴, i giudici di merito⁵ e l'ABF hanno tendenzialmente adeguato la propria giurisprudenza al principio espresso da Lussemburgo⁶. In particolare, il Collegio di coordinamento dell'ABF ha ritenuto che l'art. 125-sexies TUB, «integrando la esatta e completa attuazione dell'art. 6 della Direttiva, come questa va letto e applicato nel senso indicato dalla CGUE, come se dicesse cioè (anzi, come se avesse detto fin dalla sua origine) che il diritto alla riduzione del costo del credito in caso di anticipata estinzione del finanziamento coinvolge anche i costi up front, al di là di ogni differenza nominalistica o sostanziale, pur esistente, con gli altri costi»⁷.

3. Il c.d. decreto *Sostegni-bis* e la sentenza n. 263/2022 della Corte costituzionale

Anche il legislatore italiano si è attivato per adeguare la normativa interna alla pronuncia della Corte di giustizia, intervenendo con l'art. 11-*octies* del d.l. n. 73/2021 ad innovare la formulazione dell'art. 125-sexies TUB per chiarirne la portata. Il nuovo articolo 125-sexies parla di diritto alla riduzione, «in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte». Accanto all'adeguamento alla sentenza *Lexitor*, tuttavia, il legislatore ha introdotto al c. 2 dell'art. 11-*octies* una disposizione di diritto intertemporale che prescrive l'applicabilità della versione aggiornata dell'art. 125-sexies ai soli contratti sottoscritti *successivamente* al 25 luglio 2021 (data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge in parola), mentre ai rimborsi anticipati dei contratti sottoscritti in data antecedente «continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-sexies (...) e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti».

⁴ M. SANTUCCI, *Credito al consumo – Retroattività Lexitor. Note a margine di Corte cost. 22.12.2022, n. 263*, in *Nuova giur. civ.*, 1, 2023; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *BBTC*, 1, 2020, p. 6 ss., in cui si rileva che la prassi interpretativa italiana fosse giustificata dalla stringente regolamentazione della materia e, quindi, dall'assenza di discrezionalità in capo al professionista nella determinazione dei costi, da cui discenderebbe la differenza con l'ordinamento polacco. Similmente v. W.G. CATURANO, *Estinzione anticipata e diritti del consumatore: l'impatto della Corte di Giustizia sul "Caso Italiano"*, in *ExParteCredito- ris.it*, 18 ottobre 2019.

⁵ Un elenco completo delle pronunce di adeguamento a *Lexitor* prima e dopo la legge 106/2021 è consultabile all'indirizzo <https://www.monopolistudiolegale.it/sentenza-lexitor/le-piu-importanti-sentenze-in-applicazione-della-lexitor/>. Sul punto v. anche D. ALIOTTA, *Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso Lexitor*, in questa *Rivista*, 1, 2022, p. 268 ss.; G. ALPA, *Il caso Lexitor e l'estinzione anticipata del debito nel rapporto di credito al consumo*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2, 2021, p. 234 ss.

⁶ Del resto, il testo originario appariva secondo parte della dottrina "neutro" da questo punto di vista: A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito». Il caso della cessione del quinto*, in *BBTC*, 6, 2019, p. 648.

⁷ Collegio di Coordinamento ABF, decisione 11 dicembre 2019 n. 2625.

È la disposizione da ultimo menzionata a formare oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torino dinanzi alla Corte costituzionale. Anzitutto, secondo la ricostruzione del rimettente, la novella avrebbe introdotto un'indebita limitazione temporale degli effetti della sentenza *Lexitor* venendo meno agli obblighi imposti dall'appartenenza all'Unione europea e, dunque, dagli artt. 11 e 117 Cost. In secondo luogo, la norma produrrebbe un'indebita disparità di trattamento tra i consumatori che abbiano sottoscritto il contratto di finanziamento prima dell'entrata in vigore della l. n. 106/2021 e quelli che invece abbiano stipulato tali contratti dopo la medesima data, in violazione dell'art. 3 Cost. La Corte costituzionale è intervenuta sulla questione con la sentenza n. 263/2022 richiamata all'inizio.

Va ricordato che le sentenze del giudice dell'Unione – cui gli Stati membri hanno l'obbligo di adeguarsi – sono dotate di efficacia dichiarativa e producono effetti che retroagiscono alla data di entrata in vigore della norma oggetto del quesito, come se quest'ultima avesse stabilito sin dalla sua origine quanto chiarito dalla Corte di giustizia⁸. Secondo la consolidata giurisprudenza europea, solo ove la CGUE lo ritenga opportuno per ragioni di certezza del diritto e di legittimo affidamento può, con la stessa pronuncia che statuisce sull'interpretazione richiesta, regolare gli effetti temporali del principio enunciato⁹. Gli Stati membri, dunque, non possono intervenire in questo ambito.

Eppure, secondo la ricostruzione della Corte costituzionale, sarebbe stato proprio quest'ultimo l'intento del legislatore italiano: ciò si deduce dal richiamo operato dall'art. 11-*octies* alle norme secondarie di trasparenza della Banca d'Italia sopra menzionate, che avallavano, come si diceva, l'interpretazione dell'art. 125-*sexies* TUB invalsa nella prassi prima della sentenza *Lexitor*. Mediante la tecnica del c.d. completamento prescrittivo (cioè attraverso il rinvio da parte della norma primaria a norme di rango secondario)¹⁰, la novella avrebbe infatti inteso cristallizzare, per i contratti sottoscritti prima dell'entrata in vigore della l. n. 106/2021, l'esclusione dei costi *up-front* dalla riduzione del costo totale del credito, con l'obiettivo di preservare l'affidamento dei finanziatori e degli intermediari¹¹.

Tale operazione integra, secondo la Corte, un inadempimento sopravvenuto dell'obbligo di conformarsi alle sentenze della CGUE che non è possibile risolvere in via interpretativa, sia in ragione del chiaro intento del legislatore, sia per ragioni logiche (non potendosi altrimenti giustificare il richiamo alle

⁸ Così Corte di giustizia, 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit italiana. Ex multis*, v. anche Corte di giustizia, 10 marzo 2022, causa C-177/20, *Grossmania*; 7 agosto 2018, causa C-300/17, *Hochtief*; 20 dicembre 2017, causa C-516/16, *ETG*; 28 gennaio 2015, causa C-417/13, *Starjakob*; 16 gennaio 2014, causa C-429/12, *Pohl*; 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*; 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilicke e altri*; 17 febbraio 2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Linneweber e Akritidis*; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*; 3 ottobre 2002, causa C-347/00, *Barreira Pérez*.

⁹ Il principio è stato affermato a partire da Corte di giustizia, 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne c. Sabena*.

¹⁰ Sulle ipotesi di c.d. sindacato indiretto di costituzionalità v. A. MELANI, *Riflessioni sul controllo "indiretto" di costituzionalità dei regolamenti*, in *Forum di Quad. cost.*, 24 ottobre 2011; M. MASSA, *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale: i regolamenti dell'esecutivo*, in *Astrid Rassegna*, 13, 2010; F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI-P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 66 ss.

¹¹ Criticamente sulla scelta del legislatore v. F. GIGLIOTTI, *Rimborso anticipato del finanziamento e riduzione dei costi del credito. Variazioni ermeneutiche sull'art. 125-*sexies* T.U.B. (tra sentenza "Lexitor" e Decreto Sostegni Bis)*, in *BBTC*, 2, 2022, p. 246.

norme secondarie per i contratti sottoscritti prima del 25 luglio 2021). Escluso che sia possibile rimediare a tale inadempimento attraverso la (sola) responsabilità civile dello Stato e la disapplicazione¹², la Corte, quale garante del rispetto dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 11-*octies* limitatamente al richiamo operato alle «norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti».

4. L'annullamento era l'unica strada percorribile? La via stretta della disapplicazione

Ci si potrebbe chiedere perché, nel caso in esame, la Corte abbia scelto di procedere con una sentenza di annullamento *erga omnes* anziché dichiarare la questione inammissibile e suggerire al Tribunale di Torino la disapplicazione del c. 2 dell'art. 11-*octies* contenente la disposizione di diritto intertemporale censurata.

Com'è noto, la CGUE ha ammesso che anche le direttive, al pari dei Trattati¹³, possano produrre effetti diretti qualora non siano state recepite correttamente o non sia stato rispettato il termine di scadenza fissato per l'attuazione¹⁴ ovvero qualora le norme in esse contenute siano sufficientemente precise ed incondizionate¹⁵. Tali effetti, tuttavia, possono operare esclusivamente in senso *verticale*, dai cittadini nei confronti degli Stati membri¹⁶, e non anche in senso *orizzontale* (e cioè nelle controversie tra privati)¹⁷.

Nel caso di specie, quindi, non solo la direttiva 2008/48/CE non potrebbe – in nessun caso – operare direttamente in una controversia orizzontale come quella tra un finanziatore ed un consumatore, ma ad essa non è stata neppure riconosciuta efficacia diretta. Ciò basterebbe ad escludere la possibilità di disapplicare la normativa interna con essa incompatibile, nonostante alcune ricostruzioni in dottrina¹⁸ e in giurisprudenza¹⁹ abbiano comunque dimostrato una certa apertura in tal senso in ragione della portata sufficientemente precisa attribuita dalla CGUE all'art. 16²⁰.

¹² *Infra* §4.

¹³ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, causa C-26/62.

¹⁴ Corte di giustizia, 17 dicembre 1970, causa 33/70, *Sace*.

¹⁵ Corte di giustizia, 4 dicembre 1974, causa C-41/74, *Van Duyn*.

¹⁶ *Ex multis*, Corte di giustizia, 5 aprile 1979, causa C-148/78, *Ratti*.

¹⁷ *Ex multis*, Corte di giustizia, 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*.

¹⁸ In particolare con riferimento alla possibilità di disapplicare valorizzando il profilo relativo alla violazione del principio di parità di trattamento: U. MALVAGNA, *Nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte costituzionale*, in *BBTC*, 1, 2022, p. 73.

¹⁹ Cfr. *ex multis* Trib. Savona, 15 settembre 2021, n. 680 secondo cui «o si ritiene che del nuovo art. 125sexies TUB sia possibile un'interpretazione conforme alla normativa europea ed alla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia ed in continuità rispetto all'interpretazione già offerta dalla giurisprudenza formatasi precedentemente al 25.7.2021 oppure a fronte dell'evidente contrasto fra diritto interno e diritto unionale non potrebbe che procedersi alla parziale disapplicazione dell'art. 11octies L. 106/2021».

²⁰ F. GIGLIOTTI, cit., p. 221.

Stando così le cose, la sentenza *Lexitor* pare allora piuttosto aver determinato la necessità di verificare la possibilità di *reinterpretare* l'art. 125-sexies del TUB in conformità al principio espresso dalla CGUE²¹. L'operazione non è apparsa particolarmente problematica in relazione alla vecchia formulazione della disposizione, attesa la quasi identità testuale tra l'art. 16 della direttiva e l'art. 125-sexies del TUB. La questione si è complicata, com'è evidente, dopo l'entrata in vigore della novella del 2021: la stessa giurisprudenza della CGUE, infatti, è ferma nel ritenere che il dovere di adeguare il diritto nazionale a quello europeo in via interpretativa non possa spingersi sino ad un'interpretazione *contra legem*²². In dottrina alcuni autori hanno cercato di risolvere tale questione sostenendo che attribuire al richiamo contenuto nell'art. 11-octies alle norme regolamentari della Banca d'Italia un significato contrario a dei principi di fondo dell'ordinamento giuridico (nella specie, il rispetto dei vincoli europei), significherebbe ritenere (ancora) efficaci delle disposizioni di trasparenza sostanzialmente *invalidae* (contrarie, cioè, all'art. 125-sexies nel senso stabilito da *Lexitor*)²³. Nella stessa direzione si è mosso il Collegio ABF di Roma, che ha tentato di risolvere l'antinomia in via interpretativa ritenendo che neppure le norme secondarie richiamate dall'art. 11-octies precludessero un'interpretazione conforme all'art. 16 della direttiva come interpretato dalla Corte di giustizia²⁴. Tale prospettiva è stata tuttavia rigettata dal Collegio di coordinamento dell'ABF²⁵. Quest'ultimo ha anzitutto ritenuto che la differenza nella formulazione letterale dell'art. 125-sexies prima e dopo la novella del 2021 – che ha «inequivocabilmente [lasciato] intendere che tutti i costi (compresi i costi che non sono dovuti per la vita residua del contratto) sono oggetto di proporzionale riduzione» – porti ad escludere la soluzione proposta dal Collegio ABF di Roma. In secondo luogo, il Collegio ha ricordato che tanto le disposizioni di trasparenza antecedenti a *Lexitor* quanto alcuni successivi provvedimenti della Banca d'Italia escludevano espressamente i costi di natura *up-front* dal diritto alla riduzione²⁶: sicché, «non può mancarsi di attribuire significato alla chiara distinzione fra i contratti stipulati a partire dal 25 luglio 2021 e quelli conclusi anteriormente», che «risulta frutto di una consapevole scelta del legislatore»²⁷.

In definitiva, esclusa la disapplicazione della norma di diritto intertemporale e rifiutata l'ipotesi di una risoluzione dell'antinomia in via interpretativa, la stra-

²¹ G. MATTACE, *ABF e consumatori: le recenti tendenze in materia di cessione del quinto dello stipendio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 2022, p. 1791; G. LIACE, *Il diritto dei consumatori alla riduzione del costo totale del credito nel caso di estinzione anticipata del finanziamento: il caso Lexitor*, in *Giur. comm.*, 5, 2020, 1007/II.

²² *Ex multis*, Corte di giustizia, 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Dominguez*; 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*; 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*.

²³ U. MALVAGNA, cit., p. 65 ss. Nello stesso senso v. G. MUCCIARONE, *Estinzione anticipata del credito al consumo: riduzione del costo del credito ed indennizzo*, in *Riv. Dir. Banc.*, 1-I, 2022, p. 186 ss., secondo cui «meglio una norma inutile [i.e. quella cui si potrebbe giungere attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 11-octies], ma coerente con la ratio legis, di una norma illegittima, con buona pace della pura logica e della mens legis». Nello stesso senso, infine, B. CAMPAGNA, *Sentenza Lexitor: quali risvolti alla luce degli inadempimenti degli intermediari alle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario?*, in *Dirittobancario.it*, 20 agosto 2020.

²⁴ Coll. ABF Roma, 6 settembre 2021.

²⁵ Coll. Coord. ABF, 15 ottobre 2021, n. 21676.

²⁶ Così la Delibera n. 145/2018 della Banca d'Italia, al punto 62.

²⁷ *Contra*: U. MALVAGNA, cit., p. 66.

da da percorrere non poteva che essere la decisione nel merito della questione di costituzionalità.

5. I dubbi degli interpreti sulla decisione della CGUE

In disparte ogni considerazione sugli aspetti contrattuali toccati dal principio *Lexitor*, può essere utile in questa sede richiamare alcune questioni applicative legate alla pronuncia della CGUE. Il passaggio è necessario per comprendere se fosse possibile, come sostenuto da alcuni commentatori, un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE ad opera della Corte costituzionale per chiarire alcuni aspetti problematici della vicenda (*infra* §6). Per rispondere vanno considerati i margini interpretativi tanto della sentenza *Lexitor*, quanto della nostra Costituzione. Cominciamo dalla prima questione.

Le critiche a *Lexitor* avanzate da parte della dottrina si legano a considerazioni per un verso *sostanziali* o *di merito*, per altro verso *formali* o *di sistema*.

La sentenza *Lexitor*, come anticipato, ruota attorno a tre argomenti. Il primo è relativo alla formulazione *letterale* dell'art. 16 della direttiva, che nelle sue diverse versioni linguistiche presenta margini di ambiguità che, secondo la CGUE, non consentono di individuare un'unica soluzione interpretativa; il secondo e il terzo sono legati alla *ratio* sottesa alla direttiva, sia in prospettiva *storica* (cioè, guardando alle differenze con la previgente disciplina) che in prospettiva *teleologica* (considerando l'intento del legislatore europeo di fornire una maggiore tutela ai consumatori nell'ambito del credito al consumo).

Sul versante delle critiche di merito, un primo gruppo di considerazioni si è incentrato sull'argomento letterale. Qualcuno ha criticato la pronuncia del giudice di Lussemburgo sostenendo che diverse versioni linguistiche dell'art. 16 suggeriscono che il legislatore europeo abbia «indubbiamente» inteso limitare ai soli costi soggetti a maturazione la riduzione del costo totale del credito²⁸. La lettera della disposizione, in altre parole, non parrebbe lasciare spazio a dubbi interpretativi come invece ritenuto dalla CGUE. Altri hanno ritenuto l'argomento letterale della CGUE poco convincente in quanto apparentemente motivato da una confusione tra la *littera legis* e i potenziali comportamenti abusivi dei finanziatori. In particolare, si è sostenuto che la CGUE, con l'intento di scoraggiare questi ultimi rispetto a prassi di incremento dei costi *up-front*, abbia finito per far prevalere un'interpretazione illogica dell'art. 16 della direttiva²⁹ invece di lasciare che eventuali abusi venissero accertati dai giudici comuni.

Quanto all'argomento teleologico, diverse critiche si sono appuntate – com'era prevedibile – sul bilanciamento tra l'interesse del consumatore e quello del finanziatore. Anzitutto, si rilevato come la finalità di tutela dei consuma-

²⁸ V. in tal senso G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2020, §3, secondo cui la Corte avrebbe «artificiosamente creato» il rilievo delle discrepanze per giungere al risultato voluto.

²⁹ F. MAIMERI, *Credito al consumo: quali commissioni sono rimborsabili*, in *FCHub*, 15 ottobre 2019, p. 7; contra A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-sexies, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Banc.*, 4-II, 2019, p. 168 ss.

tori non costituisca affatto l'unico obiettivo perseguito dalla direttiva 2008/48/CE. Quest'ultima, invero, dichiara al considerando n. 9 di avere quale obiettivo «una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno». La finalità di creare un efficiente mercato creditizio interno, secondo alcune voci in dottrina³⁰, sarebbe stata erroneamente pretermessa dalla CGUE, quando un corretto temperamento degli interessi in gioco, invece, avrebbe dovuto considerare che vi sono dei costi che, in quanto adempimenti esterni o preliminari, si esauriscono in una fase precedente al finanziamento³¹. Neppure la previsione di un equo indennizzo a favore del finanziatore, in tal senso, sarebbe sufficiente a raggiungere un punto di equilibrio soddisfacente, attesi i requisiti stringenti per accedervi³².

Sul secondo versante – afferente alle critiche che abbiamo definito di sistema – due sono gli aspetti che vengono in rilievo. Il primo attiene alle conseguenze dell'efficacia dichiarativa delle pronunce rese in via pregiudiziale dalla CGUE. Si è infatti osservato che, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, i finanziatori che hanno sottoscritto contratti di credito al consumo *prima* di *Lexitor* avessero fatto affidamento sull'interpretazione invalsa nella prassi e fatta propria dalla Banca d'Italia, secondo cui essi non avrebbero dovuto restituire i costi *up-front* in caso di estinzione anticipata da parte del consumatore. L'applicazione retroattiva del principio *Lexitor*, in questo senso, determinerebbe una compromissione eccessiva tanto di esigenze di legittimo affidamento quanto di certezza del diritto, nonché gravi ripercussioni economiche³³. Tale problematica, si è argomentato³⁴, si intreccia con un secondo aspetto di rilievo, che risiede in un problema, per così dire, *a monte* che interessa più in generale la dottrina degli effetti diretti³⁵. Alcuni autori si sono chiesti come sia

³⁰ G. DE CRISTOFARO, cit., §4; MATTACE, cit., p. 1788.

³¹ G. ALPA, cit., 239; W.G. CATURANO, "Lexitor" – *Un anno dopo: perché non si possono trascurare le ragioni degli intermediari*, in *ExParteCreditoris.it*, 16 novembre 2020, p. 1; ID., *Estinzione anticipata e diritti del consumatore*, cit., p. 11.

³² F. MAIMERI, cit., p. 8.

³³ D. ALIOTTA, cit., p. 286; A. MUTARELLI, "Il buio oltre la Lexitor", in *Judicium. Il Processo civile in Italia e in Europa*, 16 gennaio 2021, 9; *contra*: G. MUCCIARONE, cit., p. 188, in cui si sostiene che «nessun legittimo affidamento degli intermediari v'è da tutelare» in quanto «[l]a diligenza nella gestione dell'impresa, cui è tenuta la banca (...) come ogni altro imprenditore (...), non consente di fare affidamento su di una interpretazione della norma solo perché autorevole».

³⁴ F. SAIITTO, *Diritto europeo privo di effetti diretti e Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2023; R. LO CONTE, *Credito al consumo e disciplina del rimborso anticipato: dalla Lexitor alla Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 7, 2023, p. 127; M. ROMANELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale sul caso Lexitor: interrogativi e dubbi irrisolti*, in *Dirittobancario.it*, 4 gennaio 2023; D. ALIOTTA, cit., p. 291; A. ZOPPINI, cit., p. 16 ss.

³⁵ Su cui v. da ultimo M.E. GENNUSA, *Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta*, in *Dir. Comp.*, 1, 2023, p. 10 ss.; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2022; D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, 1, 2022; J. LINDEBOOM, *Thelen Technopark and the legal effects of the Services Directive in purely internal and horizontal disputes*, in *European Papers*, 7-1, 2022; L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza POPŁAWSKI*, in *Giustizia Insieme*, 3 febbraio 2021; D. MIAŚIK-M. SZWARC, *Primacy and direct effect – still together: Popławski II*, in *Common Market Law Review*, 58-2, 2021; D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Oss. Fonti*, 3, 2019; ID., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Giuffrè, Milano, 2018.

possibile conciliare l'applicazione del principio *Lexitor* con la regola secondo cui «la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo» e «una disposizione d'una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso»³⁶.

6. Il peso dei valori in gioco e il bilanciamento della Corte costituzionale

Le questioni sorte intorno a *Lexitor* di cui si è dato conto si sono riflesse sulla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 11-*octies* c. 2 del d.l. 73/2021. Due gli aspetti che vale la pena richiamare. Da un lato, la critica al bilanciamento di interessi effettuato dalla CGUE si è riversata sulla decisione della Corte costituzionale, che ha ritenuto recessivo l'interesse dei finanziatori rispetto all'obbligo di conformarsi alle pronunce del giudice europeo³⁷. Da questo punto di vista, si è ritenuto che il richiamo della Corte costituzionale al principio espresso nella sentenza *Dansk Industri*³⁸ – secondo cui il legittimo affidamento e la certezza del diritto non possono comunque consentire al giudice comune di sottrarsi alla disapplicazione o all'adeguamento in via interpretativa del diritto nazionale – non fosse necessariamente pertinente nel caso di specie. La sentenza richiamata, infatti, concerne la diretta applicabilità del principio di non discriminazione, che non soggiace ai limiti della dottrina degli effetti diretti (si tratta di quei temperamenti al divieto per le direttive di produrre effetti diretti orizzontali elaborati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Mangold*³⁹). Dall'altro lato, annullare con effetti retroattivi una disposizione come quella *de qua* senza valorizzare l'avvenuta violazione di parametri interni *diversi* dagli artt. 11 e 117 Cost. è sembrato ad alcuni in grado di determinare l'attribuzione di efficacia orizzontale alla direttiva 2008/48/CE e quindi, paradossalmente, una potenziale *violazione* del diritto europeo⁴⁰.

Tali considerazioni hanno spinto alcuni dei primi commentatori a ritenere, come accennato, che nel caso in esame sarebbe stato opportuno un rinvio pregiudiziale ad opera della Corte costituzionale. Il dialogo con Lussemburgo, infatti, avrebbe dato la possibilità alla Corte di giustizia non solo di prendere in considerazione le conseguenze economiche di *Lexitor*, se del caso con un *overruling* della propria giurisprudenza sulla modulazione degli effetti temporali delle proprie decisioni⁴¹, ma anche di chiarire gli aspetti più ambigui della

³⁶ Corte di giustizia, 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*; in tal senso v. anche Corte di giustizia, *Faccini Dori*, cit.

³⁷ M. SANTUCCI, cit.; M. ROMANELLI, cit.; R. LO CONTE, cit., p. 117 ss.

³⁸ Corte di giustizia, 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*.

³⁹ Corte di giustizia, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Rüdiger Helm*; v. anche Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*.

⁴⁰ F. SAITTO, cit. L'accento posto sui parametri interni muove dal passaggio della sentenza *Thelen* in cui si chiarisce che il divieto per le direttive di produrre effetti diretti orizzontali lascia impregiudicata la possibilità di «disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia [diretta]».

⁴¹ F. SAITTO, cit.; R. LO CONTE, cit., p. 127; B. NASCIBENE, *La causa UniCredit Bank Austria. Le conclusioni dell'avvocato generale: Lexitor o non Lexitor?*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2, 2022, p. 174; A. ZOPPINI, cit., p. 16 ss.

dottrina degli effetti diretti. Pare fuor di dubbio che tutte le proposte in questo senso suggeriscano che un rinvio pregiudiziale avrebbe potuto consentire di salvare l'art. 11-*octies* c. 2 dalla declaratoria di incostituzionalità e, con esso, l'interesse dei finanziatori che hanno concluso in passato contratti di credito al consumo facendo affidamento sulla distinzione tra costi *recurring* e costi *up-front*.

7. Gli ostacoli ad un rinvio pregiudiziale da parte della Consulta

Al di là dei dubbi, c'erano davvero i presupposti per un rinvio pregiudiziale?

La nostra Corte costituzionale ha fatto ricorso a questo strumento soprattutto quando vengono in rilievo conflitti di valore che potrebbero mettere a repentaglio il contenuto identificativo della Costituzione. In questo caso, invece, non ci sembra che la tutela del legittimo affidamento, in rapporto al contrapposto interesse alla tutela del contraente debole, possa considerarsi alla stregua di un controlimite all'integrazione sovranazionale, la cui possibile lesione in concreto – peraltro tutta da dimostrare – avrebbe imposto l'apertura di un dialogo diretto tra il nostro Custode dei valori costituzionali e la CGUE.

Resta, allora, l'alternativa di utilizzare il rinvio per indurre i giudici di Lussemburgo a farsi carico dei problemi applicativi di *Lexitor* individuati in dottrina. Una tale soluzione, tuttavia, avrebbe dovuto superare la prova della sua coerenza con le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale in materia di rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale.

Come noto, il punto di equilibrio tra sindacato accentratore e disapplicazione è stabilito nella storica sentenza n. 170/1984, che ha statuito che le antinomie tra norme nazionali e norme europee sono destinate ad essere risolte alternativamente: *i)* attraverso la disapplicazione della norma interna (secondo la dottrina *Simmenthal*⁴²) nel caso in cui la norma europea violata sia dotata di efficacia diretta; *ii)* attraverso una declaratoria di incostituzionalità in caso contrario. Peraltro, alla luce della “precisazione” contenuta nel celebre (nonché discusso) *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 successivamente sviluppato in diverse pronunce⁴³, va tenuto a mente che la violazione da parte di una norma nazionale di diritti fondamentali tutelati sia dalla Costituzione che dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea postula un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, eventualmente coinvolgendo ove opportuno la Corte di giustizia⁴⁴.

⁴² Corte di giustizia, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*.

⁴³ In particolare si vedano le sentenze nn. 20/2019, 63/2019, le ordinanze nn. 117/2019 e 182/2020 e le sentenze nn. 84/2021, 54/2022, 67/2022.

⁴⁴ La letteratura sul seguito della sentenza n. 269/2017 è vastissima. Ci si limita pertanto a richiamare gli ultimi contributi apparsi sul tema: G. AMOROSO, *La "doppia pregiudiziale" e l'individuazione della Corte (costituzionale o di giustizia) cui il giudice può rivolgersi in "prima battuta"*, in *Il Foro It.*, 1-V, 2022; T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2, 2022; S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Oss. Cost.*, 3, 2022; A.O. COZZI, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano*, in *Consultaonline*, www.giurcost.org, 2, 2022; A. CONZUTTI, *"Granital revisited" revisited? Tendenze espansive nel nuovo cammino europeo della Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 1, 2022.

Appare proprio quest'ultimo il punto decisivo che consente di collocare la vicenda in esame su un piano *diverso* rispetto ai casi in cui la Corte costituzionale ha scelto in passato di rapportarsi direttamente con la Corte di giustizia. È utile ricordare che le occasioni che hanno portato la Corte ad attivare un rinvio pregiudiziale presentavano una caratteristica comune: in tutte l'intreccio tra normativa nazionale e diritto europeo coinvolgeva la materia dei diritti fondamentali, o nel senso che l'applicazione del diritto dell'Unione avrebbe potuto determinare una compromissione intollerabile delle garanzie costituzionali (che operavano in tal senso come controlimiti, talvolta per verità impliciti) o perché il quadro normativo di riferimento presentava un elevato grado di armonizzazione, tale da rendere opportuno un tentativo di integrazione delle tutele in uno spirito di leale collaborazione. Così, con l'ordinanza n. 24/2017 – che ha inaugurato la stagione del “dialogo” con la Corte di giustizia – la Corte costituzionale ha scelto di rivolgersi a Lussemburgo perché la piana applicazione della regola *Taricco* stabilita dalla Corte di giustizia avrebbe compromesso il principio di legalità penale; nel caso *Consob* (ordinanza n. 117/2019), il rinvio pregiudiziale è stato ritenuto necessario perché la direttiva 2006/3/CE in materia di abuso di informazioni privilegiate rischiava di compromettere il diritto al silenzio quale corollario essenziale del diritto di difesa; e ancora, le ordinanze gemelle nn. 216 e 217/2021 evidenziavano alcuni profili di incompatibilità della disciplina del MAE con il diritto alla salute e il diritto al rispetto della vita privata e familiare; infine, con l'ordinanza n. 182/2020 la Corte costituzionale ha interrogato la Corte di giustizia al fine di garantire un adeguato livello di protezione (in termini di uguaglianza e di tutela della maternità e dell'infanzia) ai cittadini di Paesi terzi nell'ambito della disciplina europea in materia di parità di trattamento nelle prestazioni sociali.

Tornando al caso del credito al consumo, la questione avrebbe potuto senz'altro rappresentare un'occasione per rendere edotta la CGUE delle conseguenze economiche e giuridiche della pronuncia *Lexitor*. Ciò nonostante, gli interessi in gioco e il loro bilanciamento che, non dimentichiamolo, tutela quello del consumatore-contraente debole per eccellenza in proporzione maggiore di quello del creditore, non sembrano evocare quelle ragioni di rischio per l'ordinamento costituzionale che s'erano potute apprezzare nelle vicende appena ricordate, giustificando, viceversa, un rinvio pregiudiziale⁴⁵.

Non solo. Vi sono due ulteriori aspetti da non sottovalutare.

Il primo è che tentare di proteggere l'affidamento dei finanziatori chiedendo alla Corte di giustizia di chiarire *a posteriori* (cioè con una successiva sentenza) il momento a partire dal quale far decorrere gli effetti di *Lexitor* avrebbe potuto *comunque* creare effetti distorsivi. Come accennato (*supra* §2), a seguito della pronuncia del giudice dell'Unione gran parte della giurisprudenza di merito – coerentemente con la regola che prevede l'efficacia *erga omnes* delle pronunce della CGUE – aveva cambiato orientamento e corretto l'interpretazione dell'art. 125-sexies TUB (operazione che, almeno rispetto all'originaria formulazione della norma, risultava dovuta e corretta perché quest'ultima si prestava, diversamente dalla nuova versione introdotta dal d.l. 73/2021, anche alla lettura adottata dal giudice europeo: *supra* §4). Pertanto,

⁴⁵ Nel senso della superfluità di un rinvio pregiudiziale per ragioni legate tanto alla giurisprudenza successiva della Corte di giustizia quanto all'assenza di prove circa l'effettivo pregiudizio causato da *Lexitor* alla stabilità del sistema finanziario v. U. MALVAGNA, cit., p. 82 ss.

a fronte di un ordinamento già attivatosi per adeguarsi in via pretoria (e solo successivamente legislativa) al principio espresso in *Lexitor*, chiedere alla CGUE di stabilire *ex post* a partire da quando quest'ultimo poteva applicarsi nelle controversie tra consumatori e finanziatori avrebbe significato chiederle di rimettere in discussione tutte le decisioni di quei giudici che si erano mossi nella direzione tracciata da Lussemburgo reinterpretando l'art. 125-sexies TUB.

In secondo luogo, anche ipotizzando un rinvio pregiudiziale, e anche a voler ritenere che la Corte di giustizia avrebbe accettato di rompere la regola – fissata da una giurisprudenza pluridecennale – che esclude limitazioni *ex post* degli effetti temporali delle pronunce rese in via pregiudiziale, bisogna chiedersi: come avrebbe dovuto essere formulato il quesito? Si doveva chiedere a Lussemburgo a) di far decorrere gli effetti di *Lexitor* dalla *data di pubblicazione* di quest'ultima oppure b) di affermare che il diritto europeo non osta alla scelta del legislatore italiano di rendere operativo tramite l'art. 11-*octies* c. 2 il principio *Lexitor a partire dal 25 luglio 2021*?

La prima ipotesi (sub a) è, com'è agevole intuire, astrattamente la più verosimile: non può del resto sostenersi che l'affidamento degli operatori italiani nell'interpretazione invalsa nella prassi nazionale possa essere "sopravvissuto" all'intervento chiarificatore del giudice dell'Unione. Se, infatti, sino alla sentenza *Lexitor* i finanziatori hanno potuto contare sull'interpretazione della normativa sul rimborso anticipato fatta propria dalla Banca d'Italia e dall'ABF (che escludeva dalla riduzione del costo del credito i costi *up-front*), tale affidamento è necessariamente venuto meno dopo la pronuncia della Corte di giustizia. Ciò posto, però, anche se Lussemburgo avesse accettato di far decorrere gli effetti della sua pronuncia dalla data di pubblicazione di quest'ultima per salvaguardare l'interesse di quanti si erano basati sulla prassi nazionale antecedente a *Lexitor*, nell'ordinamento italiano sarebbe rimasto il problema del contrasto tra l'art. 11-*octies* c. 2 del d.l. n. 73/2021 e il diritto europeo. La disposizione, infatti, sarebbe *comunque* risultata illegittima, avendo arbitrariamente posticipato l'efficacia del principio *Lexitor* alla data di entrata in vigore della l. n. 106/2021.

La seconda opzione (sub b) appare ancor più impraticabile. Posto che, come si diceva (*supra* §3), in linea teorica agli Stati membri non è consentito modulare gli effetti temporali delle pronunce del giudice europeo perché queste hanno portata dichiarativa, chiedere a Lussemburgo di ammettere che il legislatore italiano fosse legittimato ad individuare in autonomia il termine a partire dal quale rendere efficace una regola enunciata dalla CGUE in via interpretativa avrebbe significato chiederle di accettare che *tutti* gli Stati membri possano fare altrettanto in futuro. Nel caso di specie, ciò avrebbe permesso di rinviare l'attuazione (corretta) della direttiva 2008/48/CE a data destinarsi, con significative ricadute sull'uniforme applicazione del diritto europeo nel territorio dell'Unione e, di conseguenza, in termini di disparità di trattamento tra i consumatori dei diversi Stati membri (in quanto avrebbero beneficiato della riduzione del costo del credito in modo disomogeneo sulla base delle scelte dei rispettivi legislatori nazionali).

Insomma, il rinvio pregiudiziale della Consulta avrebbe dato luogo a inconvenienti maggiori di quelli che avrebbe potuto risolvere. Ed è probabile che questi abbiano pesato nelle valutazioni fatte dal nostro Custode.

Un'ultima notazione. Non pare possibile giungere a diverse conclusioni rispetto a quelle esposte nei capoversi che precedono neppure alla luce della

recente sentenza *Unicredit Bank Austria*⁴⁶. È vero che in quest'ultimo caso la CGUE ha ritenuto che nell'ambito dei contratti di credito immobiliare la normativa europea *non osta* ad una disciplina nazionale che limiti il diritto alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato ai soli costi *recurring*. Tuttavia, nonostante la formulazione pressoché identica dell'art. 25 della direttiva 2014/17/UE (alla base di quella decisione) e dell'art. 16 della direttiva 2008/48/CE, la Corte ha ricordato che nell'ambito della prima direttiva il creditore è tenuto a fornire al consumatore un prospetto informativo europeo standardizzato (c.d. PIES) che stabilisce una ripartizione regolamentata dei costi a carico del consumatore. Si tratta di un elemento che argina il rischio di comportamenti abusivi e che, invece, manca nell'ambito della direttiva 2008/48/CE (atteso il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella ripartizione dei costi). Anche quest'ultima vicenda ha sollevato alcune perplessità in dottrina: lo sforzo fatto dalla Corte di giustizia per sottolineare le ragioni (ritenute ancora valide) alla base di *Lexitor* per giustificare l'opposta conclusione raggiunta in *Unicredit* è stato giudicato da alcuni commentatori una forzatura. La falla, si è detto, nell'*iter* argomentativo della CGUE sta nel fatto che, mettendo a confronto le discipline del credito al consumo e del credito immobiliare, l'asserita maggior chiarezza nella ripartizione dei costi nel secondo ambito sarebbe solo apparente, attesa l'esistenza, nei finanziamenti al consumo, del documento informativo chiamato *standard european consumer credit information* (c.d. SECCI), paragonabile al PIES⁴⁷. Ma non è il merito della decisione a rilevare in questa sede. A contare, piuttosto, è il *risultato*: può dirsi che il passo indietro della CGUE sul rimborso anticipato nel credito ipotecario dimostra che un cambio di rotta si intravede, e che dunque – che è quel che qui interessa – i giudici di Palazzo della Consulta avrebbero dovuto mostrarsi più cauti nell'affrontare la questione di costituzionalità? Sembrerebbe vero il contrario, come meglio si argomenterà anche in sede di conclusioni: la volontà di Lussemburgo di giustificare *ex post* le basi argomentative della pronuncia *Lexitor* dimostra che, convincente o meno nel merito la soluzione adottata dalla CGUE, e poste o meno le basi per una rinnovata flessibilità sulla questione anche nel campo del credito al consumo, quella decisione non è, allo stato degli atti, in discussione.

8. Conclusioni

La vicenda *Lexitor* ha mostrato i contorni molto complessi della dialettica tra le due legalità costituzionale ed europea. La Corte costituzionale ha consolidato il proprio orientamento, che ammette il giudizio accentrato in luogo del dialogo diretto tra CGUE e giudici comuni quando c'è una norma europea non autoapplicativa e che, secondo il suo apprezzamento, non desta dubbi interpretativi. Nella fattispecie, la decisione interpretativa della CGUE ha imposto l'adeguamento del diritto interno al diritto europeo e la Consulta ha annullato la norma interna ritenuta "inadeguata", senza alternative credibili.

⁴⁶ Corte di giustizia, 9 febbraio 2023, causa C-555/21, *Unicredit Bank Austria*.

⁴⁷ A. BETTONI-F. LA CROIX, *Credito al consumo ed estinzione anticipata: revirement della Corte di Giustizia?*, in *Dirittobancario.it*, 28 aprile 2023; W. G. CATURANO, *La sentenza "Unicredit Bank Austria" e i fantasmi della Lexitor*, in *Expartecreditoris.it*, 9 febbraio 2023.

L'aspetto più rilevante appare il fatto che il diritto europeo non può essere re-interpretato dai giudici nazionali dopo l'intervento chiarificatore del giudice europeo, né i legislatori degli Stati membri possono differire gli effetti delle pronunce di quest'ultimo. Ciò vale anche quando, come in effetti è stato ipotizzato in dottrina rispetto alla vicenda in commento, all'orizzonte si intraveda la possibilità di un cambio di orientamento da parte della CGUE⁴⁸. Vero infatti è che la pronuncia *Unicredit* sopra menzionata si è mossa in una direzione opposta rispetto a *Lexitor* nell'ambito del credito immobiliare. Vero è altresì che in cantiere vi è una nuova direttiva sul credito al consumo che potrebbe abrogare la direttiva 2008/48/CE e che, rispetto alla prima versione – conforme a *Lexitor* – la Commissione per il Mercato Interno e la Protezione dei Consumatori presso il Parlamento europeo (IMCO) ha presentato un emendamento volto a ripristinare la distinzione tra costi *recurring* e *up-front* per escludere questi ultimi dalla riduzione in caso di rimborso anticipato⁴⁹. Da un lato, però, ritenere poco convincente una regola stabilita a Lussemburgo (che non tocca, peraltro, il tema dei controlimiti, come si dirà tra poche righe) o ipotizzare che la sentenza *Unicredit* e una potenziale riforma della disciplina abbiano posto le basi per una maggior flessibilità rispetto al principio *Lexitor* non è sufficiente per sostenere che il legislatore nazionale abbia il diritto di *bloccare* l'ingresso di un principio, così stabilito dal Custode del diritto europeo, nell'ordinamento interno superando positivamente il vaglio di costituzionalità. Dall'altro, come esposto al termine del paragrafo precedente, la Corte di giustizia ha dimostrato nel caso *Unicredit* di non avere alcun ripensamento su *Lexitor*, le cui ragioni sono anzi state ribadite alla luce dell'asserito differente contesto normativo in cui si inserisce la disciplina del rimborso anticipato nel credito al consumo rispetto alla materia del credito immobiliare.

La scelta del legislatore di modulare gli effetti temporali di *Lexitor*, alla luce di quanto ricordato, si è posta in radicale contrasto con la regola che riconosce efficacia dichiarativa alle sentenze rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia e, allo stesso tempo, con il principio del primato dell'Unione europea⁵⁰. Non deve dunque sorprendere che la declaratoria di incostituzionalità sia stata *tranchant* e che la Consulta non abbia ritenuto necessario consultare la CGUE: tutti i giudici statali, compresi quelli costituzionali, possono attivare un rinvio pregiudiziale qualora ricorrano dubbi significativi, cui vanno aggiunte, nel caso del custode della legalità costituzionale, le vicende relative a questioni attinenti alla patente violazione di un controlimite. Come si è cercato di argomentare, tuttavia, nel caso di specie le ragioni ostative ad un dialogo diretto con Lussemburgo erano più d'una. Da un lato, il maggior peso attribuito dalla CGUE all'interesse del consumatore-contraente debole, ancorché frutto di un bilanciamento diverso rispetto a quello voluto dal legislatore nazionale (che ha invece cercato di tutelare temporaneamente i finanziatori dalla lettura dell'art. 125-sexies imposta dalla pronuncia europea), non poteva dirsi sufficiente a giustificare l'attivazione dei controlimiti. Dall'altro, la soluzione del dialogo con la CGUE per ottenere un differimento degli effetti di *Lexitor* avrebbe portato

⁴⁸ V. sul possibile cambio di rotta all'orizzonte A. BETTONI-F. LA CROIX, cit.; S. VENTRELLI, *Sui crediti ipotecari la CGUE cambia idea e la Lexitor torna a far parlare di sé. Brevi riflessioni a margine della sentenza Unicredit Bank Austria*, in *Diritticomparati.it*, 29 marzo 2023.

⁴⁹ Cfr. S. VENTRELLI, cit.

⁵⁰ Nello stesso senso v. S. PAGLIANTINI, *Lexitor atto secondo: il (prezioso) decalogo della Consulta sull'interpretazione euroconforme*, in *Giur. It.*, 2, 2023.

con sé inconvenienti e rischi da non sottovalutare che hanno pesato nell'argomentazione consequenziale del giudice delle leggi.

Restano alcuni margini di incertezza su cui varrà la pena ritornare per interrogarsi su casi, diversi da quello preso in esame, che pure potrebbero presentarsi. La mancanza di effetto diretto del diritto europeo non impedisce alle decisioni della CGUE, pronunciate su quello stesso diritto europeo privo di effetti diretti, di avere un valore vincolante nei confronti degli Stati membri. La nostra Corte costituzionale, del resto, in queste circostanze radica il suo giudizio, utilizzando il diritto europeo non applicabile direttamente come parametro di legittimità delle norme interne (ipotizzate in conflitto con quello). La selezione e il bilanciamento dei valori fondamentali sottesi al diritto europeo, inoltre, resta affidato al legislatore europeo e al controllo della CGUE. Le Corti costituzionali possono intervenire in questo ambito solo nelle ipotesi estreme in cui la transazione dei valori in gioco configga con il nucleo duro della Costituzione. Consentendo così, come dimostra la giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269/2017, un dialogo con la CGUE, alla ricerca di una soluzione di compromesso⁵¹. È probabile che questo modellino non sia sufficiente, proprio per la sua marginalità, potendo mettere in questione – innanzi al giudice delle leggi – la validità e l'efficacia del diritto europeo solo se non c'è l'effetto diretto (che impone al giudice di applicare il diritto nazionale salvo rimettere la questione alla Consulta) e se c'è un controlimite messo a repentaglio dalla soluzione di bilanciamento trovata dalle istituzioni europee (che giustifica, in linea teorica, un rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale).

Quello che potrebbe nascondersi dietro casi, apparentemente “lineari” e senza credibili vie d'uscita come la vicenda *Lexitor*, in buona sostanza, sono le contraddizioni tra due ordinamenti “separati ma coordinati”, le cui norme possono avere effetti normativi e valori fondamentali di riferimento non omogenei se non proprio diversi⁵². Gli strumenti disponibili all'integrazione per via giurisprudenziale non paiono sempre adeguati, anche per gli ampi margini di apprezzamento lasciati ai giudici. Polarizzati tra le condizioni dell'applicazione diretta e quelle del rinvio pregiudiziale, essi rischiano di lasciare scoperte tutte quelle situazioni grigie nelle quali né l'una né l'altro sono esperibili (per scelte compiute dagli stessi giudici). In definitiva, *Lexitor* ci dice che le decisioni della CGUE hanno un regime peculiare che rende, *in linea di principio*, tutto il diritto interpretato da Lussemburgo ad effetto diretto e il bilanciamento dei valori ad esso sotteso contestabile solo nei casi estremi in cui a venire in rilievo sono i valori supremi di uno Stato membro. In tutto questo esce ulteriormente marginalizzato il ruolo del legislatore nazionale, il quale non è soltanto chiamato (a

⁵¹ ... o di una “fusione degli orizzonti di senso”: cfr. A. MORRONE, *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO-F. MEDICO-A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, p. 215 ss.

⁵² Cfr. le riflessioni svolte in A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 20, 2018, p. 22 ss. Sul punto, v. altresì *ex multis* i contributi, secondo diverse prospettive, di R. BIN, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2019; A. RUGGERI, *Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in *Oss. Fonti*, 2, 2018; ID., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 1, 2011; il tema è di grande attualità, peraltro, in materia penale: cfr. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.

valle dell'integrazione s'intende) a eseguire il diritto europeo, ma anche a soggiacere all'alleanza esegetica tra CGUE e Corte costituzionale nelle operazioni di bilanciamento dei valori che ispirano la legislazione europea e che vincolano quella interna.

Nel caso *Lexitor* i valori e il bilanciamento non sono sembrati lasciare spazio ad una soluzione alternativa rispetto a quella seguita dalla Corte costituzionale, che rappresentava l'unica via percorribile dal punto di vista dell'obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte di giustizia senza possibilità di regolarne la produzione di effetti nel tempo (come impongono gli artt. 11 e 117 Cost.). Da questo punto di vista, l'esito della vicenda non deve sorprendere. Esso è però la spia che il meccanismo escogitato dalla Consulta per recuperare terreno nel dialogo diretto tra CGUE e giudici comuni non basta a realizzare l'obiettivo di un'integrazione *critica* degli ordinamenti europeo e nazionali, non limitata a ipotesi di scuola la cui verifica è troppo lontana dalle dinamiche quotidiane della produzione normativa sovranazionale, e dai problemi di applicazione in concreto.



COMMENTI

Oltre i confini del diritto degli aiuti di Stato: il Regolamento (UE) 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno

Beyond the boundaries of State aid law: Regulation (EU) 2022/2560 on foreign subsi- dies distorting the internal market

di **Alessandro Rosanò***

ABSTRACT

L'articolo propone un'analisi del Regolamento (UE) 2022/2560 sulle sovvenzioni estere, prendendo in considerazione al riguardo i trattati conclusi nell'ambito dell'OMC e il diritto dell'Unione europea. Vengono svolte alcune considerazioni concernenti la possibilità di utilizzare o meno la nozione di aiuto di Stato per interpretare quella di sovvenzione estera, l'applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione europea e le conseguenze che l'applicazione delle procedure previste dal Regolamento potrà determinare nei rapporti con Stati terzi.

The article provides an analysis of Regulation (EU) 2022/2560 on foreign subsidies, taking into consideration in this regard the treaties concluded within the WTO and EU law. An analysis is provided as to whether the concept of State aid can be used to interpret the concept of foreign subsidy. Some remarks are devoted to the extra-territorial application of EU law and the consequences of the application of the Regulation in the relations with non-EU states.

REGOLAMENTO (UE) 2022/2560 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 14 DICEMBRE 2022 RELATIVO ALLE SOVVENZIONI ESTERE DISTORSIVE DEL MERCATO INTERNO

Estratto

Articolo 1 Oggetto e ambito di applicazione

1. Scopo del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno istituendo un quadro armonizzato per affrontare le distorsioni causate, direttamente o indirettamente, da sovvenzioni estere, al fine di garantire condizioni di parità. Il presente regolamento stabilisce norme e procedure per indagare sulle sovvenzioni estere che creano distorsioni sul mercato interno e per porre rimedio a tali distorsioni. Tali distorsioni possono verificarsi in relazione a qualsiasi attività economica, in particolare nel caso delle concentrazioni e delle procedure di appalto pubblico.

Omissis

* Ricercatore a tempo determinato di tipo A in Diritto dell'Unione europea, Università della Valle d'Aosta – Université de la Vallée d'Aoste. L'autore desidera ringraziare il dott. Enrico Salmini Sturli per i preziosi consigli ricevuti durante la stesura dell'articolo. Resta inteso che ogni errore, imprecisione od omissione è da imputarsi alla sola responsabilità dell'autore stesso.

Articolo 3 Esistenza di una sovvenzione estera

1. Ai fini del presente regolamento, si ritiene che esista una sovvenzione estera quando un paese terzo fornisce direttamente o indirettamente un contributo finanziario che conferisce un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che è limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori.

Omissis

Articolo 4 Distorsioni sul mercato interno

1. Si ritiene che esista una distorsione sul mercato interno quando una sovvenzione estera è tale da poter migliorare la posizione concorrenziale di un'impresa nel mercato interno e, così facendo, la sovvenzione estera ha un'incidenza negativa effettiva o potenziale sulla concorrenza nel mercato interno. Una distorsione sul mercato interno è determinata sulla base di indicatori, che possono includere, in particolare: a) l'importo della sovvenzione estera; b) la natura della sovvenzione estera; c) la situazione dell'impresa, comprese le sue dimensioni, e dei mercati o settori interessati; d) il livello e l'evoluzione dell'attività economica dell'impresa nel mercato interno; e) la finalità della sovvenzione estera e le condizioni cui è subordinata, nonché il suo utilizzo nel mercato interno.

Omissis

Articolo 5 Categorie di sovvenzioni estere che maggiormente rischiano di provocare distorsioni sul mercato interno

1. È molto probabile che una sovvenzione estera provochi distorsioni sul mercato interno se rientra in una delle categorie seguenti: a) sovvenzione estera concessa a un'impresa in difficoltà, vale a dire un'impresa che è probabile che cessi la propria attività a breve o medio termine in assenza di una sovvenzione, a meno che non esista un piano di ristrutturazione in grado di portare alla redditività a lungo termine di tale impresa e che preveda un significativo contributo proprio da parte dell'impresa; b) sovvenzione estera sotto forma di garanzia illimitata per debiti o passività dell'impresa, vale a dire senza alcuna limitazione dell'importo o della durata di tale garanzia; c) misura di finanziamento delle esportazioni non conforme all'accordo dell'OCSE sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico; d) sovvenzione estera che facilita direttamente una concentrazione; e) sovvenzione estera che consente a un'impresa di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa, in base alla quale l'impresa potrebbe aggiudicarsi l'appalto.

Omissis

Articolo 6 Valutazione comparata

1. Sulla base delle informazioni ricevute, la Commissione può effettuare una valutazione comparata tra gli effetti negativi di una sovvenzione estera in termini di distorsione sul mercato interno, a norma degli articoli 4 e 5, e gli effetti positivi sullo sviluppo dell'attività economica sovvenzionata in questione sul mercato interno, considerando nel contempo altri effetti positivi della sovvenzione estera, quali effetti positivi più ampi in relazione ai pertinenti obiettivi politici, in particolare quelli dell'Unione.

2. Al momento di decidere se imporre misure di riparazione o accettare impegni e di definire la natura e il livello di tali misure o impegni, la Commissione tiene conto della valutazione di cui al paragrafo 1.

Articolo 7 Impegni e misure di riparazione

1. La Commissione può imporre misure di riparazione allo scopo di porre rimedio alla distorsione sul mercato interno causata, effettivamente o potenzialmente, da una sovvenzione estera, a meno che abbia accettato impegni offerti dall'impresa oggetto di indagine in conformità del paragrafo 2.

Omissis

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le incertezze quanto alle sovvenzioni estere nei trattati dell'OMC. – 3. Il diritto dell'Unione europea tra aiuti di Stato e sovvenzioni. – 4. Il Regolamento (UE) 2022/2560 sulle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno. – 5. Considerazioni sulla nozione di sovvenzione estera alla luce di quella di aiuto di Stato. – 6. La portata extra-territoriale del Regolamento e le possibili conseguenze derivanti da ciò nei rapporti con Stati terzi. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

L'economia di mercato occupa una posizione di rilievo nel sistema dell'Unione europea. I riferimenti a tale concetto sono molteplici nei Trattati, come confermato dall'art. 3 par. 3 del Trattato sull'Unione europea (TUE), con riferimento agli obiettivi perseguiti dall'Unione, e dagli artt. 119 par. 1 e 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), per quel che riguarda la politica economica e monetaria. Un ruolo chiave è poi svolto dalle previsioni degli artt. 101-102 TFUE, che pongono divieti quanto a condotte anticoncorrenziali poste in essere da imprese, e degli artt. 107-109 TFUE, sugli aiuti di Stato.

Tali previsioni, evidentemente, si applicano nei rapporti tra gli Stati membri e, quindi, ai fini del conseguimento dei risultati prefigurati nell'ambito dell'integrazione europea. Per quanto attiene, invece, agli Stati terzi, merita ricordare il fatto che, ai sensi dell'art. 49 TUE e ai fini dell'adesione di uno Stato all'Unione, si deve tenere conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo, vale a dire dei cosiddetti criteri di Copenaghen, tra i quali rientra quello economico concernente «l'esistenza di una economia di mercato funzionante nonché la capacità di rispondere alle pressioni concorrenziali e alle forze di mercato all'interno dell'Unione»¹. Dunque, gli Stati che intendano aderire all'Unione e rimanervi sono tenuti a conformarsi a tale modello.

Relativamente ai rapporti con Stati terzi che non vogliono – o non possono – entrare a far parte del blocco, va considerato che, in generale, l'art. 3 par. 5 TUE riconosce che, nelle relazioni con il resto del mondo, l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi e contribuisce, tra l'altro, al commercio libero ed equo, mentre l'art. 21 par. 2 TUE prevede che l'Unione definisca e attui politiche comuni e azioni e operi per assicurare un elevato livello di cooperazione al fine anche di incoraggiare l'integrazione di tutti gli Stati nell'economia mondiale, altresì attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali. In particolare, l'art. 206 TFUE stabilisce che l'Unione, tramite l'istituzione di un'unione doganale, contribuisce nell'interesse comune allo sviluppo armonioso del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali, agli investimenti esteri diretti e alla riduzione delle barriere doganali e di altro tipo.

Dunque, la scelta di campo dell'Unione è chiara. Tuttavia, essa può essere fonte di frizioni nel momento in cui l'Unione intenda instaurare relazioni, *in primis* di carattere commerciale, con Stati terzi che non abbiano fatto proprio il canone dell'economia di mercato².

In particolar modo, le difficoltà possono sorgere nel caso in cui gli Stati terzi, anziché limitare l'intervento pubblico nell'economia, lo realizzino in maniera sistematica, concedendo sovvenzioni alle imprese nazionali. Infatti, le sovven-

¹ Consiglio europeo di Copenaghen, *Conclusioni della Presidenza*, 21-22 giugno 1993, punto 7, iii). Per delle prime indicazioni quanto ai criteri di Copenaghen, K.E. SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 105 ss. e D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2008.

² J. KUHLING-P. REINHOLD-T. WECK, *State Capitalism and Level Playing Field: The Need for a 'Third-Country State Aid Instrument' to Restore a Level Playing Field in the EU's Internal Market*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2020, p. 404.

zioni possono interferire con il processo di selezione delle imprese e compromettere l'efficienza dei mercati, permettendo a operatori economici non meritevoli di continuare a esistere e impedendo ai concorrenti di prevalere legittimamente³. Pertanto, i primi possono crescere e aumentare la loro quota di mercato a scapito dei secondi, pur essendo meno propensi a innovare e/o a contenere i costi, nella consapevolezza che, ove si verificassero situazioni critiche, il governo interverrebbe in loro aiuto⁴. Le ripercussioni negative derivanti da una simile impostazione, tali da provocare una patente distorsione della concorrenza, si registrano non solo sul piano del mercato nazionale, ma anche, in ragione delle interconnessioni determinate dalla globalizzazione, su altri mercati.

Il tema è divenuto di attualità da quando l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) ha cominciato ad aprirsi a Stati che non si riconoscono nel modello dell'economia di mercato. Si intende qui fare riferimento alla Cina, all'Arabia Saudita, al Vietnam, alla Russia, ossia a Stati i cui governi tendono a intervenire a supporto delle attività economiche, spesso attraverso imprese statali⁵.

Il caso della Cina è sicuramente paradigmatico se si considera che, come rilevato dalla Commissione europea, la lista delle pratiche distorsive adottate da tale Stato include l'apertura selettiva del mercato nazionale e oneri significativi per potervi entrare, la concessione di licenze e altre restrizioni agli investimenti, la chiusura del mercato degli appalti, requisiti di localizzazione (anche per i dati), il riconoscimento di un trattamento di favore per gli operatori economici nazionali nella protezione e nell'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale e di altre leggi nazionali, la limitazione all'accesso ai programmi finanziati dal governo per le imprese straniere, oltre ovviamente a sussidi alle imprese sia statali, sia private⁶. È indubbio, quindi, che le imprese cinesi – e degli Stati che abbiano fatto propria un'impostazione differente da quella dell'Unione – godano di vantaggi competitivi significativi, i quali possono provocare distorsioni anche sul piano del mercato interno dell'Unione europea.

Come sottolineato dalla Corte dei conti europea, le politiche economiche e commerciali della Cina sono caratterizzate da numerose strategie di sviluppo che incoraggiano le imprese cinesi a investire all'estero, specialmente nei settori dei sistemi energetici, del trasporto ferroviario e delle telecomunicazioni, tramite imprese di proprietà dello Stato che fruiscono di finanziamenti pubblici⁷. Questo può falsare gravemente la concorrenza nel mercato interno, visto

³ P. WERNER-V. VEROUDEN (eds), *EU State Aid Control: Law and Economics*, I ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017, p. 42.

⁴ A. KRUEGER, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, in *American Economic Review*, 1974, p. 291. Per ulteriori considerazioni sul tema, T. BESLEY-P. SEABRIGHT, *The Effects and Policy Implications of State Aids to Industry: An Economic Analysis*, in *Economic Policy*, 1999, p. 13 ss. e H.C.H. HOFMANN, *State Aid Review in a Multi-level System: Motivations for Aid, Why Control It, and the Evolution of State Aid Law in the EU*, in H.C.H. HOFMANN-C. MICHAU (eds), *State Aid Law of the European Union*, I ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 6 ss.

⁵ C.Y. LIM-J. WANG-C. ZENG, *China's "Mercantilist" Government Subsidies, the Cost of Debt and Firm Performance*, in *Journal of Banking & Finance*, 2018, p. 37 ss.

⁶ Commissione europea, Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune, *EU-China – A strategic outlook*, JOIN(2019) 5 final, 12 marzo 2019, p. 5.

⁷ Corte dei conti europea, *La risposta dell'UE alla strategia cinese di investimenti guidati dallo Stato*, Analisi n. 03/2020, p. 8. Sui rapporti commerciali tra Unione europea e Cina e su come le relazioni siano andate tendendosi nel corso del tempo (anche) a causa delle sovvenzioni, A.

che le norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato non si applicano in tali casi⁸. L'art. 107 TFUE, infatti, individua come incompatibili «gli aiuti concessi dagli Stati», vale a dire dagli Stati membri, nulla prevedendo quanto ad aiuti provenienti da Stati terzi⁹. Anche le regole dell'OMC non sembrano in grado di soccorrere, visto che non appare certa la possibilità di realizzare un'applicazione a portata extraterritoriale della disciplina in materia di sovvenzioni¹⁰.

Per quanto manchino dati certi sulla natura e il volume delle sovvenzioni concesse da Stati terzi¹¹, è ormai un dato acquisito che la Cina si stia espandendo in mercati stranieri tramite la *Belt and Road Initiative*, mediante la quale vengono finanziati progetti in altri Stati e sostenute le imprese cinesi nel loro processo di affermazione all'estero¹². In generale, a causa della globalizzazione dell'economia, si identificano sempre più di frequente sovvenzioni aventi un carattere di transnazionalità, vale a dire sovvenzioni concesse dal governo di uno Stato a imprese di un altro Stato¹³.

Il tema è di particolare importanza nel contesto post-pandemico, atteso che, per rispondere alla crisi economica determinata dal COVID-19, gli Stati sono intervenuti pesantemente nell'economia, ricorrendo anche alle sovvenzioni¹⁴, e la stessa Commissione europea ha rilassato, sebbene temporaneamente, le regole sul controllo degli aiuti di Stato, adottando un Quadro tempo-

WAMBACH, "Levelling the Playing Field", in *Asian Yearbook of International Economic Law*, 2022, p. 181 ss.

⁸ Come rilevato dai governi francese e tedesco, «despite our best efforts, which we must pursue, there is no regulatory global level playing field. And there won't be one any time soon. This puts European companies at a massive disadvantage. When some countries heavily subsidize their own companies, how can companies operating mainly in Europe compete fairly?» (A *Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, in https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

⁹ A conferma, T. JAEGER, *Editorial. The Future of State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 119.

¹⁰ Se ne parlerà *infra*. Si ricorda che l'Unione europea fa parte dell'OMC dal 1° gennaio 1995. Per un'introduzione, J.L. MORTENSEN, *The World Trade Organization and the European Union*, Routledge, London, 2008 e J. BRSAKOSKA BAZERKOSKA, *The European Union and the World Trade Organization: Problems and Challenges*, in *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, 2011, p. 277 ss.

¹¹ C. BURELLI, *La strategia europea contro le scalate estere alle imprese alla prova dei negoziati*, in *EUBlog*, 15 marzo 2022.

¹² C. BOWN-J. HILLMAN, *WTO'ing a Resolution to the China Subsidy Problem*, in *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 557 ss. Per un'introduzione alla *Belt and Road Initiative*, J. CHASSE-J. GÓRSKI (eds), *The Belt and Road Initiative: Law, Economics and Politics*, Brill, Leiden-Boston, 2018; J. GARLICK, *The Impact of China's Belt and Road Initiative: From Asia to Europe*, Routledge, Londra, 2020; J.C. LIOW-H. LIU-G. XUE, *Research Handbook on the Belt and Road Initiative*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021; H. WANG, *The Belt and Road Initiative Agreements: Characteristics, Rationale, and Challenges*, in *World Trade Review*, 2021, p. 282 ss.; M. RUDOLF, *The Belt and Road Initiative: Implications For The International Order*, World Scientific, Singapore, 2022.

¹³ Nel contesto del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, si pensi al caso DS46, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, nell'ambito del quale il Canada sostenne che le sovvenzioni all'esportazione concesse dal governo brasiliano agli acquirenti stranieri di aeromobili Embraer fossero incompatibili con le regole dell'OMC in materia di sovvenzioni.

¹⁴ J. KOCIUBINSKI, *The Proposed Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market: The Way Forward or Dead End?*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2022, p. 57.

ranee per sostenere l'economia degli Stati membri¹⁵. Alla luce di tutto quanto precede, si capisce dunque perché l'Unione europea abbia inteso intervenire in materia, adottando il Regolamento (UE) 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno¹⁶.

Il presente scritto affronta i temi fin qui riassunti, prendendo in considerazione i trattati conclusi nell'ambito dell'OMC (sezione 2), il diritto dell'Unione europea in generale (sezione 3) e il Regolamento ora citato (sezione 4). Viene in seguito svolta una riflessione quanto alla possibilità di utilizzare o meno la nozione di aiuto di Stato per interpretare quella di sovvenzione nel contesto del Regolamento (sezione 5). Successivamente, alcune considerazioni sono dedicate all'applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione europea e alle conseguenze che l'applicazione del Regolamento potrà determinare nei rapporti con Stati terzi (sezione 6). Le conclusioni riassumono i risultati dell'analisi condotta in questa sede (sezione 7).

2. Le incertezze quanto alle sovvenzioni estere nei trattati dell'OMC

Diverse disposizioni del diritto dell'OMC sono dedicate al tema delle sovvenzioni. All'art. XVI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT), si stabilisce, *in primis*, che la Parte contraente che introduca o mantenga una sovvenzione, compresa ogni forma di protezione dei redditi o di sostegno dei prezzi, dalla quale derivi, direttamente o indirettamente, un aumento delle esportazioni di un prodotto o una diminuzione delle importazioni dello stesso nel suo territorio, sia tenuta a notificare per scritto alle altre Parti contraenti l'importanza e la natura di quella, gli effetti prevedibili sulle quantità del prodotto o dei prodotti importati o esportati e le circostanze che si ricollegano a una simile decisione. Ove sia accertato che il sussidio provochi o possa provocare un grave pregiudizio agli interessi di un'altra Parte contraente, la Parte che l'ha concesso, se richiesta, è tenuta a esaminare, con le Parti contraenti interessate, se sia possibile restringerlo. In seguito, si riconosce che l'assegnazione di una sovvenzione sull'esportazione di un prodotto può avere conseguenze negative per le altre Parti contraenti, provocare turbamenti ingiustificati nei loro interessi commerciali e rendere difficoltoso il conseguimento degli scopi cui mira il GATT. Pertanto, dovrebbe evitarsi il ricorso alle sovvenzioni sulle esportazioni. Nell'ipotesi in cui esse siano comunque accordate, non possono determinare una situazione in cui la Parte contraente che le abbia concesse arrivi a possedere più che una quota equa del commercio mondiale d'esportazione di quel prodotto. Inoltre, a decorrere dal 1° gennaio 1958, le Parti contraenti si sono impegnate a non accordare sovvenzioni di qualsivoglia natura sull'esportazione di ogni prodotto diverso da quello primario, le quali possano diminuire il prezzo di vendita per l'esportazione del medesimo rispetto a prodotti comparabili. Infine, va ricordato che l'art. VI GATT autorizza

¹⁵ Commissione europea, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* (2020/C 91 1/01), come successivamente modificato. Come si avrà modo di dire in seguito, è stato definito anche un Quadro temporaneo in relazione alla crisi derivante dall'invasione russa dell'Ucraina.

¹⁶ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno.

le Parti contraenti a riscuotere un dazio compensativo nel caso in cui rilevino che una sovvenzione generi o possa generare un pregiudizio considerevole a una produzione di un'altra Parte contraente che esporta un prodotto nel territorio della Parte contraente importatrice¹⁷.

All'art. XV dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS), si afferma che, in particolari circostanze, le sovvenzioni possono essere causa di distorsioni negli scambi di servizi. Pertanto, le Parti contraenti avviano negoziati con lo scopo di formulare una normativa multilaterale finalizzata a evitare ciò, affrontando il tema delle misure compensative e tenendo conto del ruolo delle sovvenzioni in relazione ai programmi di crescita dei Paesi in via di sviluppo e delle esigenze di flessibilità di tutte le Parti contraenti. Se una Parte contraente ritiene di essere danneggiata da una sovvenzione concessa da un'altra Parte contraente, può chiedere di procedere a consultazioni con quest'ultima¹⁸.

Dunque, mentre nel caso del commercio dei prodotti si ravvisano previsioni più specifiche nel GATT, per quel che attiene al rapporto tra sovvenzioni e commercio dei servizi il GATS si limita a fare rinvio a un altro accordo, che avrebbe dovuto essere concluso in materia e che non è stato mai adottato. Nel frattempo, viene confermato il ricorso alle consultazioni.

Si fa presente, inoltre, che, con l'Accordo sull'agricoltura, gli Stati dell'OMC si sono impegnati a fornire sovvenzioni all'esportazione soltanto conformemente all'Accordo medesimo, a ridurre una serie di sovvenzioni già esistenti – quali le sovvenzioni dirette, compresi pagamenti in natura, o la vendita o cessione per esportazione da parte dello Stato o di enti pubblici di scorte non commerciali di prodotti agricoli a un prezzo inferiore al prezzo comparabile chiesto per il prodotto simile agli acquirenti del mercato nazionale – e a non applicare le sovvenzioni non espressamente contemplate dall'Accordo in un modo che comporti o minacci di comportare l'elusione degli impegni relativi alle sovvenzioni all'esportazione (artt. 8-10)¹⁹.

Il punto di riferimento della materia è comunque rappresentato dall'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (ASMC), che detta una disciplina onnicomprensiva circa le sovvenzioni in favore del commercio di merci²⁰. Per quel che qui interessa, si richiama l'art. 1 ASMC, ai sensi del quale sussiste una sovvenzione se un governo o un organismo pubblico nel territorio di un membro dell'OMC accorda un contributo finanziario mediante trasferimento diretto di fondi, potenziali trasferimenti diretti di fondi od obbligazioni, la mancata riscossione di entrate altrimenti dovute, la fornitura di merci o servizi diversi da infrastrutture generali, l'acquisto di merci, o versamenti a un meccani-

¹⁷ Per un'introduzione al GATT, P.C. MAVROIDIS, *The Regulation of International Trade*. Vol. 1: GATT, MIT Press, Cambridge (MA), 2015.

¹⁸ Sul GATS, A *Handbook on the GATS Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 2011 e P.C. MAVROIDIS, *The Regulation of International Trade*. Vol. 3: *The General Agreement on Trade in Services*, MIT Press, Cambridge (MA), 2020.

¹⁹ Sul tema, L. BARTELS, *The Relationship between the WTO Agreement on Agriculture and the SCM Agreement: An Analysis of Hierarchy Rules in the WTO Legal System*, in *Journal of World Trade*, 2016, p. 7 ss. Sull'Accordo sull'agricoltura in generale, J. MCMAHON, *The WTO Agreement on Agriculture: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁰ Per un'introduzione all'ASMC, R. WOLFRUM-P.-T. STOLL, *Agreement on Subsidies and Countervailing measures (Scma)*, in R. WOLFRUM-P.-T. STOLL-M. KOEBELE (eds), *WTO-Trade Remedies*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2008, p. 423 ss.; M. BACCHETTA-M. RUTA, *The WTO, Subsidies and Countervailing Measures*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011; W. MÜLLER, *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

simo di finanziamento, oppure se viene posta in essere una forma di sostegno al reddito o ai prezzi ai sensi dell'articolo XVI GATT, e venga così concesso un vantaggio. È possibile ravvisare una sovvenzione anche nel caso in cui il governo incarichi un organismo privato di svolgere una o più tra le funzioni ora illustrate. Ai sensi dell'art. 5 ASMC, il ricorso alle sovvenzioni è ammissibile, purché non determini effetti pregiudizievoli per gli interessi di altre Parti contraenti, per esempio provocando un danno all'industria nazionale.

Ulteriormente, l'art. 2 ASMC prevede che, al fine di determinare se una sovvenzione sia specifica per un'impresa, un'industria o un gruppo di imprese o industrie nell'ambito della giurisdizione dell'autorità concedente, si applica una serie di principi, concernenti per esempio la limitazione all'accesso alla sovvenzione. In ogni caso, si intende come specifica una sovvenzione limitata a certe imprese ubicate in una determinata area geografica nell'ambito della giurisdizione dell'autorità concedente. *Ex art. 3 ASMC*, sono vietate sovvenzioni condizionate ai risultati di esportazione o all'uso preferenziale di merci nazionali rispetto a prodotti importati. Secondo quanto previsto dall'art. 4 ASMC, se una Parte contraente ritiene che una sovvenzione vietata sia stata accordata o venga mantenuta in essere, ha facoltà di chiedere consultazioni e, in seguito, potrà essere attivato il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC.

Dalla considerazione delle disposizioni ora richiamate, emergono due elementi di interesse. Il primo attiene al fatto che, in nessun caso, è contemplata espressamente l'ipotesi di sovvenzioni concesse da uno Stato nei confronti delle imprese operanti in un altro Stato. La ragione di ciò è da ricondursi presumibilmente al fatto che, all'epoca dell'elaborazione dei trattati ora menzionati, le sovvenzioni di tal fatta non esistevano o, comunque, non rappresentavano un fenomeno così diffuso da giustificare l'introduzione di specifiche previsioni²¹. La seconda riguarda un profilo di incertezza che emerge leggendo quanto sopra riportato. Per esempio, considerando il caso dell'art. XVI GATT, si ravvisa un riferimento al territorio della Parte contraente solo per quel che riguarda «un aumento delle esportazioni d'un prodotto del territorio della medesima o una diminuzione delle importazioni dello stesso nel suo territorio», però non viene individuato uno specifico requisito per quanto attiene alla concessione della sovvenzione in favore di un'impresa nazionale. Lo stesso può dirsi in relazione al GATS e all'Accordo sull'agricoltura. Alla luce di quanto già detto *supra*, è da ritenersi comunque che i redattori non avessero in mente l'ipotesi della sovvenzione estera come sopra descritta.

Quanto all'ASMC, si noti questo. L'art. 1 fa riferimento a una sovvenzione accordata da un governo o un organismo pubblico «nel territorio di un membro» dell'OMC. Ricorrendo a un'interpretazione di carattere strettamente letterale, si potrebbe concludere che il territorio di un membro dell'OMC non necessariamente deve essere il territorio dello Stato che concede la sovvenzione, ben potendo essere anche il territorio di un altro Stato. Tuttavia, alla luce di un'interpretazione sistematica, assumono rilievo anche il par. 1, il quale richiama una sovvenzione concessa «nell'ambito della giurisdizione dell'autorità competente», e il par. 2, che utilizza la medesima espressione quanto a una sovvenzione che risulta essere specifica in quanto concessa a imprese ubica-

²¹ C. ISTVAN NAGY, *Foreign Subsidies, Distortions and Acquisitions: Can the Playing Field Be Levelled?*, in *Central European Journal of Comparative Law*, 2021, p. 157.

te in una determinata area geografica, dell'art. 2 ASMC²². Sul punto, anche il Segretariato dell'OMC ha avuto modo di esprimere dubbi, affermando che «the ASCM is in general drafted to address situations where a WTO Member is subsidizing the production or sale of its own goods, and it is not entirely clear whether or not the Agreement applies where the subsidizing entity is not within the territory of the Member whose goods are allegedly being subsidized»²³.

3. Il diritto dell'Unione europea tra aiuti di Stato e sovvenzioni

Il diritto dell'Unione europea presenta un ampio *corpus* normativo diretto a limitare fortemente le possibilità di intervento pubblico nell'economia, e ciò al fine di permettere il libero svolgimento del gioco competitivo tra gli operatori economici privati. Si fa riferimento, evidentemente, alla disciplina in materia di aiuti di Stato²⁴.

Essa si configura come più stringente e avanzata (di certo sul piano dei rimedi) rispetto a quella dell'OMC²⁵. Infatti, è da notare che nel diritto dell'Unione si individua un divieto generale di aiuti di Stato, posto comunque che alcune categorie di aiuti sono o possono essere dichiarate compatibili. Invece, il diritto dell'OMC riconosce che le sovvenzioni sono generalmente permesse, eccezion fatta per quelle che provocano effetti pregiudizievoli per gli interessi di altri Stati, per esempio determinando un danno all'industria nazionale. Il diritto dell'Unione europea impone agli Stati membri di notificare alla Commissione europea i progetti diretti a istituire o modificare aiuti anteriormente alla

²² Su queste difficoltà ermeneutiche, G. HORLICK, *An Annotated Explanation of Articles 1 and 2 of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2013, p. 297.

²³ OMC, Expert Group Meeting on Trade Financing – Note by the Secretariat, 16 March 2004, WT/GC/W/527, punto 21. Si segnala però che, interpretando il Regolamento (UE) 2016/1037 di cui si dirà *infra*, il Tribunale dell'Unione europea ha sottolineato che «recital 5 of that regulation states that 'in determining the existence of a subsidy, it is necessary to demonstrate that there has been a financial contribution by a government or a public body within the territory of a country, or that there has been some form of income or price support within the meaning of Article XVI of the GATT 1994, and that a benefit has thereby been conferred on the recipient enterprise'. The words 'within the territory of a country' used in that recital do not imply that the financial contribution must come directly from the government of the country of origin or export. On the contrary, the use of those words, as the Commission points out, does not preclude the possibility of concluding that the financial contributions may be attributed to the country of origin or export of the product concerned. Thus, the basic anti-subsidy regulation does not rule out the possibility that, even if the financial contribution does not come directly from the government of the country of origin or export, that contribution may be attributed to it» (Tribunale dell'Unione europea, 1 marzo 2023, causa T-540/20, *Jushi Egypt for Fiberglass Industry / Commissione*, punti 49-51). La controversia è ora pendente dinanzi alla Corte di Giustizia (causa C-272/23 P, *Jushi Egypt for Fiberglass Industry / Commissione*).

²⁴ Per un'introduzione, F.-J. SACKER-F. MONTAG (eds), *European State Aid Law. A Commentary*, C.H. Beck, Monaco, 2015; P.L. PARCU-G. MONTI-M. BOTTA (eds), *EU State Aid Law. Emerging Trends at the National and EU Level*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020; L. HANCHER-J.J. PIERNAS LÓPEZ (eds), *Research Handbook on European State Aid Law*, 2 ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy (and UK Subsidy Control)*, 4 ed., Hart Publishing, Londra, 2022.

²⁵ C.-D. EHLERMANN-M. GOYETTE, *The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2006, p. 695.

loro concessione, affinché l'esecutivo europeo possa verificare la compatibilità di essi con il mercato interno. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure volute prima che la Commissione abbia reso una decisione finale. Ove venga constatato che l'aiuto è incompatibile o che è attuato in modo abusivo, lo Stato membro sarà tenuto a sopprimerlo o modificarlo entro un certo termine. Nell'ipotesi in cui questo non si conformi, la Commissione potrà adire la Corte di Giustizia. Inoltre, nel caso in cui l'aiuto sia già stato concesso, lo Stato membro sarà tenuto a recuperare capitale e interessi. Nel diritto dell'OMC, invece, il controllo ha luogo sempre *ex post* e si basa su consultazioni tra gli Stati interessati ed eventualmente sull'attivazione del meccanismo di risoluzione delle controversie, con possibilità di applicare misure compensative da parte dello Stato che si ritenga danneggiato dalle sovvenzioni²⁶.

Nonostante questo, è da notare che anche al diritto dell'Unione europea, per lungo tempo, è rimasto estraneo il tema delle sovvenzioni estere. La conferma si ravvisa, come già menzionato, nella formulazione dell'art. 107 TFUE, che vieta «gli aiuti concessi dagli Stati», ossia dagli Stati membri, nulla stabilendo quanto ad aiuti concessi da Stati terzi.

A livello normativo, il tema iniziò a essere affrontato alla fine degli anni Novanta con il Regolamento (CE) 2026/97 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da Paesi non membri della Comunità europea²⁷, sostituito in seguito dal Regolamento (CE) 597/2009²⁸ e, infine, dal Regolamento (UE) 2016/1037²⁹. Tramite essi, il diritto dell'Unione ha recepito l'ASMC al fine di favorirne un'applicazione adeguata e trasparente.

Considerando la disciplina posta dal Regolamento (UE) 2016/1037³⁰, viene adottata la definizione di sovvenzione che è propria dell'ASMC³¹, e soprattutto viene disciplinata una procedura di controllo che può condurre, eventualmente, all'istituzione da parte della Commissione europea di un dazio compensativo provvisorio³² e, successivamente, definitivo³³. Esso è im-

²⁶ Sul tema, M. SLOTBOOM, *A Comparison of WTO and EC Law: Do Different Objects and Purposes Matter For Treaty Interpretation?*, Cameron May, Londra, 2006 e *Editorial Comments. Protecting the EU's internal market in times of pandemic and growing trade disputes: Some reflections about the challenges posed by foreign subsidies*, in *CMLRev.*, 2020, p. 1377.

²⁷ Regolamento (CE) 2026/97 del Consiglio del 6 ottobre 1997 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da Paesi non membri della Comunità europea.

²⁸ Regolamento (CE) 597/2009 del Consiglio dell'11 giugno 2009 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da Paesi non membri della Comunità europea.

²⁹ Regolamento (UE) 2016/1037 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di sovvenzioni provenienti da Paesi non membri dell'Unione europea, il quale è poi stato fatto oggetto di modifiche tramite il Regolamento (UE) 2017/2321 e il Regolamento (UE) 2018/825.

³⁰ Sul quale, W. MÜLLER, *The EU's Trade Defence Instruments: Recent Judicial and Policy Developments*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2017, p. 205 ss.; J. CORNELIS, *The EU's Modernization Regulation: Stronger and More Effective Trade Defence Instruments?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2018, p. 539 ss.; E. VERMULST-J. DION SUD, *The EU's Anti-Subsidy Practice during the Last Decade. Increasingly Aggressive Application*, in M. HAHN-G. VAN DER LOO (eds), *Law and Practice of the Common Commercial Policy. The first 10 years after the Treaty of Lisbon*, Brill, Leiden-Boston, 2020, p. 307 ss.

³¹ Art. 3 del Regolamento (UE) 2016/1037.

³² Art. 12 del Regolamento (UE) 2016/1037

³³ Art. 15 del Regolamento (UE) 2016/1037.

posto al fine di fare fronte a una sovvenzione concessa, direttamente o indirettamente, per la fabbricazione, la produzione, l'esportazione o il trasporto di qualsiasi prodotto la cui immissione in libera pratica nell'Unione causi un pregiudizio.

Attraverso questa procedura, si è giunti a istituire un dazio compensativo provvisorio, poi divenuto definitivo, sulle importazioni di prodotti in fibra di vetro a filamento continuo originari dell'Egitto, a causa di sovvenzioni erogate dal governo egiziano e consistenti, *inter alia*, in prestiti settoriali agevolati, linee di credito, fornitura di energia elettrica e terreni da parte della pubblica amministrazione a un prezzo inferiore al valore adeguato, agevolazioni fiscali per le imprese ubicate in una zona economica speciale, esenzioni dall'IVA ed esoneri da dazi doganali ³⁴.

Ulteriormente, sono stati introdotti dazi compensativi definitivi sulle importazioni di tessuti di filati tessili e/o filati originari della Cina e dell'Egitto, in ragione del fatto che imprese cinesi operanti nello Stato africano avevano ricevuto sovvenzioni dal governo di Pechino consistenti in finanziamenti agevolati, assicurazione agevolata dei crediti all'esportazione, concessione di terreni e riconoscimento di diritti di uso dei terreni da parte dello Stato a un prezzo inferiore al valore adeguato, fornitura di materie prime da parte dello Stato a un prezzo inferiore al valore adeguato e di energia elettrica a tariffe agevolate, regimi di esenzione e di sgravio delle imposte, nonché sussidi ³⁵. I dazi sono poi stati estesi ad altri prodotti tessili ³⁶.

Inoltre, nel corso degli anni, dazi compensativi definitivi sono stati adottati per quel che riguarda importazioni di biodiesel originario degli Stati Uniti d'America ³⁷, importazioni di cavi di fibre ottiche originari della Cina ³⁸, e importazioni di tubi di ghisa duttile originari dell'India ³⁹. Dunque, la prassi in materia esiste;

³⁴ Si vedano il Regolamento di esecuzione (UE) 2020/379 della Commissione del 5 marzo 2020 che istituisce un dazio compensativo provvisorio sulle importazioni di prodotti in fibra di vetro a filamento continuo originari dell'Egitto e il regolamento di esecuzione (UE) 2020/870 della Commissione del 24 giugno 2020 che istituisce un dazio compensativo definitivo e dispone la riscossione definitiva del dazio compensativo provvisorio istituito sulle importazioni di prodotti in fibra di vetro a filamento continuo originari dell'Egitto e che riscuote il dazio compensativo definitivo sulle importazioni registrate di prodotti in fibra di vetro a filamento continuo originari dell'Egitto.

³⁵ Regolamento di esecuzione (UE) 2020/776 della Commissione del 12 giugno 2020 che istituisce dazi compensativi definitivi sulle importazioni di alcuni prodotti in fibra di vetro tessuti e/o cuciti originari della Repubblica popolare cinese e dell'Egitto e che modifica il regolamento di esecuzione (UE) 2020/492 della Commissione che istituisce dazi antidumping definitivi sulle importazioni di alcuni prodotti in fibra di vetro tessuti e/o cuciti originari della Repubblica popolare cinese e dell'Egitto.

³⁶ Regolamento di esecuzione (UE) 2022/1478 della Commissione del 6 settembre 2022 che estende il dazio compensativo definitivo istituito dal regolamento di esecuzione (UE) 2020/776 sulle importazioni di alcuni prodotti in fibra di vetro tessuti e/o cuciti originari della Repubblica popolare cinese e dell'Egitto alle importazioni di alcuni prodotti in fibra di vetro tessuti e/o cuciti spediti dalla Turchia, a prescindere che siano dichiarati o no originari della Turchia.

³⁷ Regolamento di esecuzione (UE) 2021/1267 della Commissione del 29 luglio 2021 che istituisce un dazio compensativo definitivo sulle importazioni di biodiesel originario degli Stati Uniti d'America a seguito di un riesame in previsione della scadenza a norma dell'articolo 18 del regolamento (UE) 2016/1037 del Parlamento europeo e del Consiglio.

³⁸ Regolamento di esecuzione (UE) 2022/72 della Commissione del 18 gennaio 2022 che istituisce un dazio compensativo definitivo sulle importazioni di cavi di fibre ottiche originari della Repubblica popolare cinese e che modifica il regolamento di esecuzione (UE) 2021/2011 che istituisce dazi antidumping definitivi sulle importazioni di cavi di fibre ottiche originari della Repubblica popolare cinese.

³⁹ Regolamento di esecuzione (UE) 2022/927 della Commissione del 15 giugno 2022 che

tuttavia, vanno notati i limiti del meccanismo definito dal Regolamento (UE) 2016/1037: esso si applica alle importazioni di merce, nulla prevedendo circa il commercio dei servizi, e mira a colpire non le sovvenzioni in quanto tali, bensì le importazioni quali conseguenze di quelle, dato che si ritiene che le sovvenzioni facilitino l'attività delle imprese che fabbricano, producono, esportano o trasportano qualsiasi prodotto la cui immissione in libera pratica nell'Unione causi un pregiudizio all'industria dell'Unione.

Un'impostazione analoga si ravvisa anche con riferimento al rispetto della concorrenza leale da parte dei vettori aerei. Si può fare riferimento al Regolamento (UE) 2016/1037, con il quale è stato abrogato il precedente Regolamento (CE) 868/2004⁴⁰. Esso detta norme per lo svolgimento di inchieste da parte della Commissione e per l'adozione di misure di riparazione quanto a pratiche che distorcono la concorrenza tra vettori aerei dell'Unione e vettori aerei di Stati terzi e arrecano o minacciano di arrecare pregiudizio ai vettori aerei dell'Unione. Tra le pratiche considerate, vi sono altresì le sovvenzioni, definite in maniera coerente con quanto risultante dall'ASMC⁴¹. Le misure di riparazione possono consistere in obblighi finanziari o misure operative di valore equivalente o inferiore, come la sospensione di concessioni, di prestazioni dovute o di altri diritti del vettore aereo dello Stato terzo⁴². La normativa in parola mira indubbiamente a colpire (anche) le sovvenzioni. Va però tenuto presente il carattere particolarmente settoriale della stessa.

Infine, è opportuno segnalare che la questione delle sovvenzioni trova spazio pure negli accordi di libero scambio conclusi da parte dell'Unione europea con Stati terzi. Nell'accordo con la Corea del Sud, chiarito che le Parti contraenti si adoperano al fine di riparare o eliminare le distorsioni della concorrenza causate dalle sovvenzioni, nella misura in cui esse influiscono sugli scambi internazionali, e per impedire che tali situazioni si producano, richiama le nozioni fornite dall'ASMC⁴³, si stabilisce che ciascuna Parte comunica annualmente all'altra l'importo totale, i tipi e la distribuzione settoriale delle sovvenzioni che sono specifiche e che possono influire sugli scambi internazionali. In particolare, le informazioni dovrebbero riguardare l'obiettivo, la forma, l'importo o il bilancio e, se possibile, il beneficiario della sovvenzione⁴⁴. Inoltre, le Parti si sono impegnate a realizzare una verifica permanente con riferimento alle questioni concernenti le sovvenzioni, sottoponendole eventualmente al comitato per il commercio contemplato dall'accordo ed esaminando ogni due anni i progressi realizzati in materia⁴⁵.

istituisce un dazio compensativo definitivo sulle importazioni di tubi di ghisa duttile (detta anche ghisa a grafite sferoidale) originari dell'India in seguito al riesame in previsione della scadenza a norma dell'articolo 18 del regolamento (UE) 2016/1037 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴⁰ Regolamento (UE) 2019/712 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativo alla tutela della concorrenza nel settore del trasporto aereo.

⁴¹ Art. 2 n. 6 e n. 9 del Regolamento (UE) 2019/712.

⁴² Art. 14 del Regolamento (UE) 2019/712.

⁴³ Artt. 11.9 e 11.10 dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, applicato provvisoriamente dal luglio 2011 ed entrato in vigore formalmente il 13 dicembre 2015. Su questo accordo, C.M. BROWN, *The European Union and Regional Trade Agreements: A Case Study of the EU-Korea FTA*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2011, p. 297 ss.

⁴⁴ Art. 11.12 dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra.

⁴⁵ Art. 11.14 dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra.

Considerando l'accordo con il Canada, anche qui viene richiamata la definizione di sovvenzione dell'ASMC e si prevedono obblighi di trasparenza, in forza dei quali ogni due anni le Parti contraenti si scambiano informazioni relative alla base giuridica, alla forma e all'importo di sovvenzioni concesse o mantenute nei loro territori⁴⁶. Si conferma il ricorso alle consultazioni al fine di eliminare o minimizzare gli effetti negativi per una Parte contraente derivanti da una sovvenzione attribuita dall'altra⁴⁷.

Rinvii alla disciplina dell'ASMC, obblighi di trasparenza e ricorso alle consultazioni si ravvisano altresì nell'accordo di libero scambio con il Vietnam, nel quale è interessante notare che è presente una previsione con la quale si riconosce che le sovvenzioni possono essere concesse quando sono necessarie per raggiungere un obiettivo di *public policy*, per quanto alcune possano potenzialmente distorcere il corretto funzionamento dei mercati e compromettere i benefici della liberalizzazione degli scambi. Tra gli obiettivi di *public policy*, sono considerati i casi in cui le sovvenzioni mirino a fare fronte ai danni causati da calamità naturali o eventi eccezionali, promuovere lo sviluppo economico delle aree in cui il tenore di vita è anormalmente basso o in cui si registra una grave sottoccupazione, porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di una delle Parti, agevolare lo sviluppo di determinate attività economiche o di determinate aree economiche e promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio culturale⁴⁸.

Nell'accordo con Singapore, infine, si fa rinvio a quanto stabilito dall'ASMC e si prevedono obblighi di trasparenza, ma non è presente una disposizione dedicata specificamente alle consultazioni⁴⁹.

Dunque, le questioni lasciate aperte dall'ASMC e, in generale, dal diritto dell'OMC non vengono risolte in queste sedi, atteso che la definizione utilizzata è proprio quella dell'ASMC.

4. Il Regolamento (UE) 2022/2560 sulle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno

Come detto nella sezione introduttiva, in anni recenti la questione delle sovvenzioni estere e dell'impatto negativo che esse possono avere per quanto riguarda la concorrenza leale nell'Unione europea è emersa sempre di più, tanto da spingere la Commissione europea, nel 2020, ad anticipare

⁴⁶ Art. 7.2 dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, entrato in vigore in via provvisoria il 21 settembre 2017. Su questo accordo, si vedano K. HÜBNER (ed.), *Europe, Canada and the Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Routledge, Londra, 2016 e X. VAN OVERMEIRE-A. VAN ASSCHE-M. BASTILLE-PARENT (eds), *The Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada. Economic Perspectives and Legal Analysis*, Lexis Nexis, New York, 2020.

⁴⁷ Artt. 7.3 e 7.4 dell'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra.

⁴⁸ Art. 10.4 dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam, entrato in vigore il 1 agosto 2020.

⁴⁹ Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, entrato in vigore il 21 novembre 2019. Al riguardo, M. MOHAN, *Singapore and Its Free Trade Agreement with the European Union: Rationality 'Unbound'?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2017, p. 858 ss.

una consultazione sul tema rivolta ai portatori di interessi e la formulazione di una proposta relativa a uno strumento giuridico da applicare al riguardo⁵⁰.

Nel tentativo di offrire una panoramica, la Commissione europea rilevava che, nel 2016, il 3% delle imprese europee era detenuto o controllato da investitori non aventi sede nell'Unione, i quali rappresentavano il 35% delle attività totali e circa 16 milioni di posti di lavoro. Gli investimenti erano andati aumentando nel corso degli anni, anche a opera di Stati terzi diversi da investitori tradizionali come Canada e Stati Uniti. Sul punto, veniva evidenziato che, in diversi casi, l'acquisizione di imprese europee era stata possibile grazie a sovvenzioni concesse da governi di Stati terzi, con evidenti ricadute distorsive sul mercato interno. Infatti, se in generale il prezzo che un acquirente sarebbe stato disposto a pagare avrebbe dovuto essere ricollegato a incrementi di efficienza o aumenti di ricavi riconducibili all'acquisto, la sovvenzione gli avrebbe permesso di pagare un prezzo più elevato, determinando così prezzi di acquisto superiori (*outbidding*) e falsando la valutazione delle imprese nell'Unione. Un'altra ipotesi contemplata dalla Commissione riguardava il caso di sovvenzioni attribuite da uno Stato terzo a una società controllante avente sede al di fuori dell'Unione, la quale avrebbe potuto in tale modo ottenere maggiori risorse per finanziare, mediante operazioni infragruppo, una società controllata con sede nell'Unione. Ulteriormente, le imprese europee avrebbero potuto ottenere finanziamenti a condizioni vantaggiose da banche estere, le quali avrebbero operato in questo senso sulla base di istruzioni promananti dai governi dei loro Stati. Infine, veniva considerata l'ipotesi di Stati terzi che avessero concluso accordi di cooperazione con autorità locali o banche di sviluppo nell'Unione, al fine di convogliare sovvenzioni alle imprese attive nell'Unione mediante quelle⁵¹.

Alla luce di tale contesto, si capisce perché la Commissione intendesse adottare una normativa sulle sovvenzioni estere e perché il Consiglio europeo sollecitò un intervento al fine di «sviluppare ulteriori strumenti per contrastare gli effetti distorsivi delle sovvenzioni estere sul mercato unico»⁵².

L'esito della consultazione fu sostanzialmente positivo, anche se i portatori di interessi espressero l'esigenza che non aumentassero eccessivamente gli oneri amministrativi a loro carico⁵³, e la Commissione ribadì la volontà di disciplinare la materia nel Programma di lavoro per il 2021⁵⁴.

Nella proposta di Regolamento, presentata il 5 maggio 2021, l'esecutivo europeo giustificava ulteriormente la propria scelta ricordando che, nel 2017,

⁵⁰ Commissione europea, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM(2020) 102 final, p. 7.

⁵¹ Per tutto quanto ora illustrato, Commissione europea, *Libro bianco relativo all'introduzione di pari condizioni di concorrenza in materia di sovvenzioni estere*, COM(2020) 253 final, pp. 5-10. Sul dibattito europeo relativo alla tematica in discussione, J. KÜHLING-T. WECK-P. REINHOLD, *Third-Country State Aid Regulation: The European Debate on Foreign Subsidies. Necessity and Possibilities of a Reform*, in *Asian Yearbook of International Economic Law*, 2022, p. 149 ss.

⁵² Consiglio europeo, *Conclusioni*, 1-2 ottobre 2020, EUCO 13/20, punto 4.

⁵³ *Summary of the responses to the public consultation on the White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*, disponibile in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12621-Commercio-e-investimenti-affrontare-le-distorsioni-causate-dalle-sovvenzioni-estere/F_it.

⁵⁴ Commissione europea, *Programma di lavoro della Commissione per il 2021. Un'Unione vitale in un mondo fragile*, COM(2020) 690 final, p. 4.

l'Unione europea ospitava circa 100.000 società di proprietà straniera ed era stata la destinazione di un terzo degli investimenti mondiali. Un simile contesto era evidentemente tale da favorire le sovvenzioni estere, le quali avrebbero potuto assumere varie forme, configurandosi come prestiti a tasso zero, garanzie statali illimitate, esenzioni o riduzioni fiscali in relazione agli investimenti o al commercio estero o finanziamenti statali dedicati. Queste misure, se adottate da parte degli Stati membri dell'Unione europea, avrebbero posto problemi quanto alla loro compatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato⁵⁵.

Il Regolamento (UE) 2022/2560, entrato in vigore il 12 gennaio 2023 (ma si applicherà, con alcune eccezioni, a partire dal 12 luglio di quest'anno) e basato sulle competenze dell'Unione quanto al ravvicinamento delle normative nazionali aventi a oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno e alla politica commerciale comune⁵⁶, va quindi a colmare un vuoto normativo, visto che, fino all'adozione di esso, l'Unione non disponeva di mezzi che le consentissero di contrastare direttamente le sovvenzioni estere. Gli strumenti di difesa commerciale, di cui si è parlato in precedenza, permettono alla Commissione di intervenire se merci sovvenzionate sono importate nell'Unione, ma non se le sovvenzioni estere assumono la forma di investimenti sovvenzionati o se si tratta di servizi e flussi finanziari. Inoltre, tramite l'ASMC, l'Unione ha la possibilità di avviare consultazioni e un procedimento di risoluzione delle controversie rispetto a determinate sovvenzioni estere concesse da Stati membri dell'OMC, ma solo con riferimento a merci⁵⁷. Pertanto, è stato istituito un quadro armonizzato per affrontare le distorsioni causate, direttamente o indirettamente, da sovvenzioni estere, al fine di garantire condizioni di parità, e sono state poste norme e procedure per indagare su dette sovvenzioni ed eventualmente rispondere a esse⁵⁸.

Ai fini del Regolamento, esiste una sovvenzione estera quando uno Stato terzo dà direttamente o indirettamente un contributo finanziario che fornisce un vantaggio a un'impresa, la quale esercita un'attività economica nel mercato interno, e che è limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori. Vengono individuate, a titolo esemplificativo, alcune fattispecie in cui si può sostanziale un contributo finanziario, quali trasferimenti di fondi o passività – e, dunque, conferimenti di capitale, sovvenzioni, prestiti, garanzie sui prestiti, incentivi fiscali, compensazione delle perdite di esercizio, compensazione di oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche, remissione del debito, capitalizzazione del debito o ristrutturazione del debito –, la rinuncia a entrate altrimenti dovute e la fornitura o l'acquisto di beni o servizi. Il contributo deve essere erogato dall'amministrazione centrale, da autorità pubbliche, da un soggetto pubblico straniero le cui azioni possono essere attribuite a

⁵⁵ Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno*, COM(2021) 223 final. Su questa proposta, R. LUJA, *The Foreign Subsidies Regulation: Countering State Aid beyond the European Union*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2021, p. 187 ss. e F. KRENEK-E. DE SMIJTER, *From a White Paper to a Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies: Filling a Regulatory Gap in Protecting the EU Internal Market*, in *Asian Yearbook of International Economic Law*, 2022, p. 129 ss.

⁵⁶ Si tratta degli artt. 114 e 207 TFUE. Sul punto, J. SMELA WOLSKI, *Legal Basis of the Proposal for a Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 153 ss.

⁵⁷ Considerando n. 5 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁵⁸ Art. 1 del Regolamento (UE) 2022/2560.

uno Stato terzo o da un soggetto privato le cui azioni possono essere riferite a uno Stato terzo⁵⁹.

La sovvenzione estera deve determinare una distorsione sul mercato interno, che sussiste se la sovvenzione permette di migliorare la posizione concorrenziale di un'impresa nel mercato interno, avendo un impatto negativo, effettivo o potenziale, sulla concorrenza nel mercato interno. Al fine di svolgere questa valutazione, si deve tenere conto di alcuni indicatori, tra i quali l'importo e la natura della sovvenzione, la situazione dell'impresa beneficiaria, il livello e l'evoluzione della sua attività economica nel mercato interno, la finalità della sovvenzione, le condizioni a cui è subordinata e il suo utilizzo nel mercato interno. Se però l'importo della sovvenzione non è superiore a quattro milioni di euro in tre anni o non supera il limite di duecentomila euro, fissato dal Regolamento sugli aiuti *de minimis*⁶⁰, per ogni Stato terzo nell'arco di tre anni, la sovvenzione non è considerata come distorsiva. Inoltre, si può reputare non distorsiva una sovvenzione diretta a ovviare a danni arrecati da calamità naturali o eventi eccezionali⁶¹.

Sussiste una forte presunzione quanto al carattere distorsivo di una sovvenzione nel caso in cui sia concessa a un'impresa in difficoltà, ossia a un'impresa che probabilmente cesserà la propria attività a breve o medio termine in mancanza di una sovvenzione, a meno che non esista un piano di ristrutturazione che comporti un significativo contributo da parte dell'impresa. Inoltre, è molto probabile che una sovvenzione estera sia distorsiva in altri casi, per esempio se attribuita sotto forma di garanzia illimitata per debiti o passività dell'impresa, se facilita una concentrazione o se consente all'impresa di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa, grazie alla quale l'impresa potrebbe aggiudicarsi un appalto. L'impresa ha comunque la possibilità di fornire informazioni per dimostrare che l'effetto distorsivo non si verifica⁶².

La Commissione europea può imporre misure di riparazione per rimediare alla distorsione e accettare impegni a tal fine da parte dell'impresa beneficiaria. Le misure di riparazione e gli impegni possono consistere, tra l'altro, nella riduzione della capacità o della presenza sul mercato, anche attraverso una restrizione provvisoria dell'attività commerciale, nell'astensione da determinati investimenti, nella pubblicazione dei risultati della ricerca e sviluppo o nella cessione di determinate attività⁶³.

La Commissione europea può, preliminarmente e di propria iniziativa, esaminare le informazioni provenienti da qualsiasi fonte, inclusi gli Stati membri e qualsiasi persona fisica o giuridica, relative a presunte sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, richiedere ulteriori informazioni e svolgere ispezioni anche al di fuori dell'Unione europea. In seguito a una decisione di avvio di un'indagine approfondita, contenente una sintesi degli elementi di fatto e di diritto rilevanti e la valutazione preliminare in merito all'esistenza di una sovvenzione estera e di una distorsione effettiva o potenziale sul mercato interno,

⁵⁹ Art. 3 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁶⁰ Art. 3 par. 2 primo comma del Regolamento (UE) 1407/2013 della Commissione del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «*de minimis*».

⁶¹ Art. 4 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁶² Art. 5 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁶³ Art. 7 del Regolamento (UE) 2022/2560.

l'esecutivo europeo informa l'impresa investita dall'indagine e gli Stati membri e pubblica un avviso nella gazzetta ufficiale dell'Unione, con l'invito a presentare osservazioni per iscritto entro un termine stabilito ⁶⁴.

La Commissione procede allora a un'ulteriore valutazione della sovvenzione estera, raccogliendo tutte le informazioni che reputa necessarie, e può in seguito adottare una decisione di non sollevare obiezioni se l'analisi svolta in via preliminare non è confermata o se gli effetti negativi derivanti dalla distorsione sono più che compensati da quelli positivi che essa genera sullo sviluppo dell'attività economica sovvenzionata e da quelli più ampi in relazione a obiettivi di natura politica perseguiti in particolare dall'Unione. Ulteriormente, la Commissione può assumere una decisione con impegni, se la sovvenzione provoca distorsioni e l'impresa oggetto di indagine propone di porre pienamente ed efficacemente rimedio a quelle, o una decisione con misure di riparazione, se l'impresa non si attiva nel senso ora illustrato ⁶⁵. Possono essere adottate anche misure provvisorie e inflitte ammende o penalità di mora se l'impresa si rifiuta di collaborare ⁶⁶.

Una disciplina specifica è dedicata alle concentrazioni ⁶⁷. Ai fini del Regolamento, esiste una concentrazione se una modifica duratura del controllo di un'impresa deriva dalla fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o di parti di tali imprese, dall'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese, o dalla costituzione di un'impresa comune quale entità economica autonoma. Si impone un obbligo di notifica alla Commissione se, in una concentrazione, almeno una delle imprese partecipanti alla fusione, l'impresa acquisita o l'impresa comune è stabilita nell'Unione e genera nell'Unione un fatturato totale pari ad almeno cinquecento milioni di euro. Ancora, si applica l'obbligo in parola se l'acquirente o gli acquirenti e l'impresa acquisita (nel caso di acquisto), le imprese fuse (nel caso di una fusione), le imprese che creano l'impresa comune e l'impresa comune (nel caso di un'impresa comune) hanno beneficiato di contributi finanziari totali combinati superiori a cinquanta milioni di euro da Stati terzi nei tre anni precedenti la conclusione dell'accordo, l'annuncio dell'offerta pubblica o l'acquisizione di una partecipazione di controllo ⁶⁸. La notifica deve essere effettuata prima che la concentrazione si realizzi e dopo la conclusione dell'accordo dell'annuncio dell'offerta pubblica o dell'acquisizione di una partecipazione di controllo, e non è ammesso che essa si realizzi anteriormente alla notifica ⁶⁹. Anche nel caso delle concentrazioni, la Commissione europea svolge un esame preliminare e, se del caso, un'indagine approfondita, all'esito dei quali può essere presa una decisione di non sollevare obiezione, una decisione con impegni o una decisione che vieta

⁶⁴ Artt. 9-10 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁶⁵ Art. 11 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁶⁶ Artt. 12 e 17 del Regolamento (UE) 2022/2560. Sui profili di carattere procedurale, W. WEIS, *Ex Officio Third Country Subsidies' Review: Similarities with and Differences to State Aid Procedure*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2022, p. 132 ss.

⁶⁷ Sul diritto dell'Unione europea in materia di concentrazioni, C. JONES-L. WEINERT (eds), *EU Competition Law. Volume II: Mergers and Acquisitions*, 3 ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021.

⁶⁸ Art. 20 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁶⁹ Artt. 21 e 24 del Regolamento (UE) 2022/2560.

la concentrazione ove essa provochi distorsioni. Se, contrariamente al divieto operante in tal senso, la concentrazione distorsiva è già stata realizzata, la Commissione può ordinare alle imprese interessate di dissolvere la concentrazione in modo da ripristinare la situazione preesistente, oppure, se il ripristino non risulta realizzabile, disporre qualsiasi altra misura idonea a rideterminare per quanto possibile quella situazione. Inoltre, la Commissione può ordinare qualunque altra misura opportuna per assicurare che le imprese interessate dissolvano la concentrazione o provvedano al ripristino della situazione anteriore ⁷⁰.

Anche per le procedure di appalto sono previste regole particolari ⁷¹. In questo caso, le sovvenzioni estere rilevanti, soggette a obbligo di notifica, sono quelle che consentono a un operatore economico di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa in relazione ai lavori, alle forniture o ai servizi in questione, se il valore dell'appalto o dell'accordo quadro, al netto dell'IVA, è pari o superiore a duecentocinquanta milioni di euro e all'operatore economico, comprese le imprese a lui riferibili prive di autonomia commerciale, alle società di partecipazione, ai principali subappaltatori e ai fornitori coinvolti nell'offerta sono stati concessi contributi finanziari totali pari o superiori a quattro milioni di euro per Stato terzo nei tre anni precedenti la notifica o la notifica aggiornata. Se l'appalto è suddiviso in lotti, l'obbligo di notifica si applica ove il valore del lotto o il valore totale di tutti i lotti per i quali è formulata un'offerta è pari o superiore a centoventicinque milioni di euro e il contributo finanziario estero è pari o superiore a quattro milioni di euro ⁷². La notifica di tutti i contributi finanziari esteri deve essere fatta all'amministrazione aggiudicatrice, che provvede a trasmettere alla Commissione europea. La Commissione esamina il contenuto della notifica e svolge un esame preliminare e, eventualmente, un'indagine approfondita ⁷³. I provvedimenti della Commissione possono assumere le forme di una decisione di non sollevare obiezione, una decisione con impegni o una decisione che vieta l'aggiudicazione dell'appalto ⁷⁴.

Preme infine ricordare che la Commissione può avviare un dialogo con uno Stato terzo ove sospetti l'esistenza di ripetute sovvenzioni estere distorsive ovvero ove varie azioni di esecuzione a norma del Regolamento individuino sovvenzioni estere distorsive concesse da quello, così da esaminare possibili soluzioni per ottenere la cessazione o la modifica delle sovvenzioni ⁷⁵.

⁷⁰ Art. 25 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁷¹ Sul diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, C.H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, 2 ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013; G. PIGA-T. TATRAI (eds), *Law and Economics of Public Procurement Reforms*, Routledge, Londra, 2016; M. STEINICKE-P.L. VESTERDORF (eds), *EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*, C.H. Beck-Hart-Nomos, Monaco-Oxford-Baden-Baden, 2019.

⁷² Artt. 27-28 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁷³ Art. 29 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁷⁴ Art. 31 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁷⁵ Art. 37 del Regolamento (UE) 2022/2560.

5. Considerazioni sulla nozione di sovvenzione estera alla luce di quella di aiuto di Stato

Come evidenziato più volte in precedenza, le sovvenzioni estere non rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea quanto agli aiuti di Stato. In questo senso, si fa presente che anche nel preambolo del Regolamento (UE) 2022/2560 viene affermato che le sovvenzioni estere non sono soggette alle norme sugli aiuti di Stato e che, anzi, lo strumento adottato dall'Unione integra quelle norme⁷⁶. Tuttavia, sempre nel preambolo, si riconosce che la nuova disciplina dovrebbe essere applicata e interpretata alla luce della pertinente normativa dell'Unione, compresa quella relativa agli aiuti di Stato⁷⁷. Perciò, viene spontaneo chiedersi se sia possibile ricorrere alla nozione di aiuto di Stato per interpretare il concetto di sovvenzione estera, il quale è ricavabile dagli artt. 3 e 4 del Regolamento in commento. Come già detto, una sovvenzione estera sussiste quando uno Stato terzo fornisce direttamente o indirettamente un contributo finanziario che conferisce un vantaggio a un'impresa che esercita un'attività economica nel mercato interno e che è limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori, avendo un'incidenza negativa effettiva o potenziale sulla concorrenza nel mercato interno.

Al riguardo, giova ricordare quali sono gli elementi che concorrono all'individuazione di un aiuto di Stato: l'origine statale, il vantaggio, la selettività, l'incidenza sugli scambi tra Stati membri e sulla concorrenza⁷⁸. Quanto all'origine statale, si richiede che l'aiuto sia concesso mediante risorse statali e, contemporaneamente, che le misure a tal fine adottate siano imputabili allo Stato⁷⁹. Circa il primo profilo, il trasferimento di risorse statali può verificarsi in numerosi casi, quali quelli di sovvenzioni dirette, prestiti, garanzie, investimenti diretti nel capitale di imprese, prestazioni in natura, rinuncia alle entrate⁸⁰. Circa il secondo, si tratta di considerare la riferibilità della misura al potere pubblico, che è evidente quando sia un'autorità pubblica a concedere la misura considerata, ma può sussistere anche se un ente privato viene designato per

⁷⁶ Considerando n. 2 e n. 6 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁷⁷ Considerando n. 9 del Regolamento (UE) 2022/2560. Non a caso, non manca chi ha definito la disciplina posta tramite il Regolamento in parola «third-country State aid law» (così L. HORNBKOH, *Protecting the Internal Market From Subsidisation With the EU State Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 137 ss.).

⁷⁸ Ai fini delle considerazioni che seguono, si è tenuto conto di quanto risultante da Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 19 luglio 2016, e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ivi richiamata. Per un'introduzione alla nozione di aiuto di Stato alla luce di tale atto, P. NICOLAIDES, *A Critical Review of the Commission Notice on the Notion of State Aid*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, p. 842 ss.; A. BIONDI-O. STEFAN, *The Notice on the Notion of State Aid: Every Light Has Its Shadow*, in B. NASCIMBENE-A. DI PASCALE (eds), *The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development*, Springer, Cham, 2018, p. 43 ss.; P. WERNER-M. CARAMAZZA, *'State' Aid or Not – This Is the Question*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2019, p. 519 ss.

⁷⁹ Al riguardo, E. SZYSZCZAK, *Criterion of State Origin*, in H.C.H. HOFMANN-C. MICHEAU (eds), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 70 ss. e R. WESSELING-M. BREDENOORD-SPOEK, *Chapter 3: State Measure*, in P. WERNER-V. VEROUDEN (eds), *EU State Aid Control: Law and Economics*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 89 ss.

⁸⁰ *Comunicazione della Commissione sulla nozione*, cit., punto 51.

gestirla⁸¹. Nulla sembra ostare quanto all'utilizzo di questi concetti ai fini della nozione di sovvenzione estera. Infatti, il Regolamento (UE) 2022/2560 fornisce un elenco – meramente esemplificativo – di forme che possono essere assunte dal contributo finanziario proveniente dallo Stato terzo, tra le quali trasferimenti di fondi e passività, rinuncia a entrate e fornitura o acquisto di beni o servizi⁸². Lo stesso dicasi per quel che attiene all'imputabilità. Il Regolamento riconosce che il contributo può essere erogato da soggetti pubblici o anche da privati le cui azioni siano attribuibili a uno Stato terzo⁸³.

Per vantaggio si intende un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato. Si richiede quindi una valutazione circa gli effetti della misura per l'impresa beneficiaria: se la situazione finanziaria di quest'ultima migliora grazie all'intervento dello Stato a condizioni diverse dalle condizioni normali di mercato, sussiste un vantaggio⁸⁴. Posto che, dalla definizione di sovvenzione estera, risulta che essa «conferisce un vantaggio a un'impresa», deve dedursi che l'impostazione emersa quanto agli aiuti di Stato possa essere validamente utilizzata in questo ulteriore ambito. Il che legittimerebbe il ricorso al criterio dell'operatore privato in un'economia di mercato per valutare se l'operazione economica sia avvenuta in condizioni normali di mercato o meno⁸⁵.

La selettività concerne il fatto che la misura non abbia portata generale, bensì determini un vantaggio per singole imprese, categorie di imprese, settori economici o specifiche parti del territorio dello Stato membro considerato⁸⁶. Visto che il Regolamento (UE) 2022/2560 fa riferimento a un vantaggio che è limitato, in linea di diritto e di fatto, a una o più imprese o a uno o più settori, anche i concetti ora richiamati possono essere applicati ai fini della nozione di sovvenzione estera.

Va poi considerata l'incidenza sugli scambi tra Stati membri e sulla concorrenza. Quanto alla prima, il diritto dell'Unione non richiede di dimostrare l'effettiva incidenza della misura sugli scambi, essendo sufficiente che l'aiuto sia idoneo a incidere su essi. Propriamente, si considera che quando l'aiuto rafforza la posizione di un'impresa rispetto ad altre imprese concorrenti nell'ambito degli scambi, questi ultimi devono ritenersi influenzati dall'aiuto⁸⁷. Questa impostazione non sembra riproponibile in relazione alle sovvenzioni estere perché il Regolamento non fa menzione del requisito dell'incidenza sugli scambi tra Stati membri. Perciò, si è portati a credere che non si terrà conto di questo elemento e dell'*acquis communautaire* sviluppatosi sul punto, anche se non può escludersi che, nelle sue decisioni, la Commissione europea sia

⁸¹ *Ivi*, punto 39.

⁸² Art. 3 par. 2 del Regolamento (UE) 2022/2560.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Comunicazione della Commissione sulla nozione*, cit., punti 66-67. Sul tema del vantaggio, A. Ó CAOIMH-W. SAUTER, *Criterion of Advantage*, in H.C.H. HOFMANN-C. MICHEAU, (eds), *op. cit.*, p. 84 ss. e G. CONTE-J. KAVANAGH, *Chapter 2: Advantage*, in P. WERNER-V. VEROUDEN (eds), *op. cit.*, p. 65 ss.

⁸⁵ Per un'introduzione, M. CYNDECKA, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law. Applicability and Application*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016.

⁸⁶ *Comunicazione della Commissione sulla nozione*, cit., punti 117 ss. Sul tema della selettività, R. CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, in H.C.H. HOFMANN-C. MICHEAU, (eds), *op. cit.*, p. 129 ss.

⁸⁷ *Comunicazione della Commissione sulla nozione*, cit., punto 190. Sull'incidenza sugli scambi, E. SZYSZCZAK, *Distortion of Competition and Effect on Trade Between EU Member States*, in H.C.H. HOFMANN-C. MICHEAU, (eds), *op. cit.*, p. 151 ss.

portata a svolgere qualche considerazione al riguardo, al fine di meglio descrivere l'impatto che una sovvenzione potrebbe avere avuto sul mercato interno.

Infine, con riferimento all'incidenza sulla concorrenza – riguardante il fatto che la misura concessa dallo Stato sia in grado di migliorare la posizione dell'impresa beneficiaria rispetto a quella dei concorrenti⁸⁸ – non parrebbero porsi problemi con riferimento al ricorso a questo concetto in relazione alla nozione di sovvenzione estera, visto che, ex art. 4 del Regolamento (UE) 2022/2560, la distorsione del mercato si verifica quando una sovvenzione è tale da poter migliorare la posizione concorrenziale di un'impresa nel mercato interno. È pur vero, però, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è tradizionalmente orientata nel senso di ritenere dimostrata la distorsione della concorrenza in presenza di una misura di origine statale, comportante un vantaggio selettivo, senza richiedere alla Commissione lo svolgimento di analisi approfondite sul punto, e anzi presumendola⁸⁹. Nell'ipotesi delle sovvenzioni estere, non sembra che si potrà procedere in maniera altrettanto semplice. Infatti, all'art. 4 par. 1, si stabilisce che «una distorsione sul mercato interno è determinata sulla base di indicatori, che possono includere, in particolare: a) l'importo della sovvenzione estera; b) la natura della sovvenzione estera; c) la situazione dell'impresa, comprese le sue dimensioni, e dei mercati o settori interessati; d) il livello e l'evoluzione dell'attività economica dell'impresa nel mercato interno; e) la finalità della sovvenzione estera e le condizioni cui è subordinata, nonché il suo utilizzo nel mercato interno». L'uso dell'espressione «è determinata» porta a credere che sia necessaria una valutazione approfondita, che si spinga oltre al presumere che vi sia una distorsione quando è dimostrata l'esistenza di una misura di fonte statale, dotata del carattere di selettività. Anche l'ampia esemplificazione offerta quanto agli indicatori da prendere in considerazione sembra militare in questo senso. Ragionando altrimenti, non si capirebbe la *ratio* del fornire un elenco di questo tipo se poi la distorsione fosse reputata sussistente *in re ipsa*.

Ulteriormente, si nota che, ex art. 6, la Commissione può effettuare una valutazione comparata tra gli effetti negativi di una sovvenzione estera in termini di distorsione sul mercato interno e gli effetti positivi sullo sviluppo dell'attività economica sovvenzionata e, al momento di decidere le misure di riparazione o di accettare impegni, la Commissione tiene conto di quella valutazione. Evidentemente, allora, è richiesto un livello di approfondimento superiore rispetto a quello che si realizza nell'ambito degli aiuti di Stato, visto che l'analisi comparata deve essere presa in considerazione ai fini della decisione, configurandosi quindi come un elemento fondativo di essa.

Inoltre, l'art. 10 par. 3 lett. a) prescrive che la decisione di avvio di un'indagine approfondita contenga, tra l'altro, una valutazione preliminare in merito all'esistenza di una distorsione effettiva o potenziale sul mercato interno, e l'art. 12 par. 1 lett. b) stabilisce che la Commissione europea, per adottare una decisione con cui vengono ordinate misure provvisorie, valuti «se esistono rischi di danni gravi e irreparabili alla concorrenza nel mercato interno».

⁸⁸ *Comunicazione della Commissione sulla nozione*, cit., punto 187. Sulla distorsione della concorrenza, J. DERENNE-V. VEROUDEN, *Chapter 5: Distortion of Competition and Effect on Trade*, in P. WERNER-V. VEROUDEN (eds), *op. cit.*, p. 168 ss.

⁸⁹ L'impostazione ora riferita è emersa almeno a partire da Corte di Giustizia, 17 settembre 1980, causa C-730/79, *Philip Morris / Commissione*, punto 11. Al riguardo, F. PASTORMERCHANTE, *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Hart Publishing, Londra, 2017, p. 15 ss.

Evidentemente, si impone lo svolgimento di un'analisi puntuale e completa relativa alla distorsione della concorrenza per potere adottare validamente le misure in parola. Tuttavia, sulla base di un'interpretazione sistematica, può sostenersi che sarebbe contraddittorio esigere un simile standard per una decisione di avvio dell'indagine e per le misure provvisorie e non fare altrettanto per una decisione con la quale vengono imposte misure di riparazione. Dunque, pure per queste la Commissione dovrebbe essere spinta a superare l'impostazione emersa nell'ambito del diritto degli aiuti di Stato quanto al requisito dell'incidenza della misura sulla concorrenza.

Peraltro, proprio l'importante differenza di fondo ora evidenziata potrebbe essere foriera di un cambiamento in materia di aiuti di Stato. Visto che, quanto a questo profilo della nozione di aiuto, manca un approccio preciso e sofisticato, lo sviluppo di una prassi in materia di sovvenzioni estere potrebbe condurre a un ripensamento circa l'impostazione adottata⁹⁰.

6. La portata extraterritoriale del Regolamento e le possibili conseguenze derivanti da ciò nei rapporti con Stati terzi

Diversi elementi militano nel senso di riconoscere alla tutela della concorrenza un ruolo centrale nel processo di integrazione europea. Può pensarsi al fatto che, già nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea, era prevista una competenza in materia in favore della Comunità e agli sviluppi significativi registrati nel corso del tempo, sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale.

A opinione di chi scrive, uno dei dati più significativi può essere identificato nel modo particolare in cui è espressa la suddetta competenza nel TFUE. Infatti, all'art. 3 par. 1 lett. b), si fa riferimento alla definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno. Non si parla soltanto di elaborare una disciplina nel settore della concorrenza, bensì di elaborarla in quanto richiesta per esigenze concernenti il mercato interno. Posto che la formulazione riflette l'esigenza di delineare un criterio di differenziazione tra competenza dell'Unione e competenze degli Stati membri in materia, si comprende comunque che assicurare lo svolgimento di una concorrenza leale tra le imprese è importante non solo di per se stesso, ma anche e soprattutto perché questo va a proteggere il mercato interno quale fondamentale realizzazione conseguita dall'Unione europea, permettendogli di continuare a esistere portando benefici alle economie degli Stati membri.

Adottando tale ottica, è ancora più chiaro perché serva una disciplina di fonte europea diretta a porre rimedio ai problemi sollevati dalle sovvenzioni estere. Il mercato interno attira fortemente governi e imprese stranieri per le opportunità che offre ma, per quanto gli investimenti fatti da tali entità possano risultare graditi in ragione delle ricadute positive che possono avere in termini di creazione di ricchezza e posti di lavoro, la possibilità di operare in esso è subordinata al rispetto delle regole di concorrenza.

⁹⁰ Per una critica rispetto all'approccio quanto agli aiuti di Stato, C. AHLBORN-C. BERG, *Can State Aid Control Learn from Antitrust? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules*, in A. BIONDI-P. ECKHOUT-J. FLYNN (eds), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 41 ss.

Si può obiettare che, tramite il Regolamento (UE) 2022/2560, si favorisce una portata extraterritoriale – e dunque una proiezione potenzialmente globale⁹¹ – del diritto dell'Unione europea. Non si tratta di una novità per il diritto della concorrenza⁹². Da tempo la Corte di Giustizia è giunta a riconoscere che, nonostante una delle imprese partecipanti a un'intesa anticoncorrenziale si possa trovare in uno Stato terzo, ciò non preclude l'applicazione della normativa dell'Unione nel caso in cui l'accordo produca i suoi effetti nel territorio del mercato interno, ossia nel caso in cui pregiudichi il commercio tra Stati membri e il gioco della concorrenza⁹³. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, se anche le imprese hanno la loro sede in Stati terzi e hanno concluso un'intesa anticoncorrenziale al di fuori dell'Unione, ciò che conta ai fini del diritto dell'Unione è il luogo in cui l'intesa viene posta in atto: pertanto, se essa è posta in atto nel mercato interno, si applicherà il diritto della concorrenza di fonte unionale⁹⁴. Nel primo caso, si può parlare di un criterio degli effetti qualificati, nel secondo, di un criterio dell'attuazione, i quali conducono comunque a un medesimo esito: ricomprendere nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione comportamenti che non sono stati necessariamente pianificati nel territorio dell'Unione, ma le cui ricadute anticoncorrenziali si avvertono nel mercato dell'Unione⁹⁵.

Dunque, è acquisito il fatto che le regole europee della concorrenza possono interessare anche fenomeni che non hanno la loro origine nel contesto dell'Unione. Vi sono però tre ordini di conseguenze che devono essere considerati rispetto al Regolamento (UE) 2022/2560.

Sul piano economico, è da ritenersi che, almeno in una prima fase, l'applicazione del Regolamento – come si diceva, a decorrere dal 12 luglio 2023, tranne che per gli obblighi di notifica delle concentrazioni e degli appalti pubblici, che opereranno a partire dal 12 ottobre 2023 – determinerà notevole in-

⁹¹ In generale sul tema, A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020.

⁹² Né per altri settori del diritto dell'Unione europea. Per un'introduzione alle questioni dell'extraterritorialità del diritto dell'Unione, J. SCOTT, *The New EU "Extraterritoriality"*, in *CMLRev.*, 2014, p. 1343 ss.; E. FAHEY, *The Global Reach of EU Law*, Routledge, Londra, 2016; M. CREMONA-J. SCOTT (eds), *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

⁹³ Corte di Giustizia, 25 novembre 1971, causa C-22/71, *Béguelin Import / G.L. Import Export*, punti 10-12.

⁹⁴ Corte di Giustizia, 27 settembre 1988, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85, C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e a. / Commissione*, punti 16-18.

⁹⁵ Così, anche per quel che riguarda la denominazione dei criteri, Corte di Giustizia, 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel / Commissione*, punti 40 ss. Sul tema, per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, L. PRETE, *On Implementation and Effects: The Recent Case-law on the Territorial (or Extraterritorial?) Application of EU Competition Rules*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, p. 487 ss.; B. ZELGER, *EU Competition law and extraterritorial jurisdiction – a critical analysis of the ECJ's judgement in Intel*, in *European Competition Journal*, 2020, p. 613 ss.; P. BEHRENS, *Unilateral Application of Competition Laws to Transnational Business Transactions: The Development of the "Effects" Doctrine in the US and the EU*, in N. CUNHA RODRIGUES (ed.), *Extraterritoriality of EU Economic Law. The Application of EU Economic Law Outside the Territory of the EU*, Springer, Cham, 2021, p. 9 ss. In generale, F. WAGNER-VON PAPP, *Competition law and extraterritoriality*, in A. EZRACHI (ed.) *Research handbook on international competition law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, p. 21 ss. e B. SWEENEY, *International governance of competition and the problem of extraterritorial jurisdiction*, in J. DUNS, A. DUKE, B. SWEENEY (eds) *Comparative competition law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, p. 345 ss.

certezza nelle imprese, tanto europee quanto extra-europee, che abbiano beneficiato di contributi finanziari da parte di Stati terzi, le quali si dovranno confrontare con un aumento considerevole degli oneri amministrativi a loro carico⁹⁶. Non si possono escludere allora una possibile contrazione degli investimenti esteri nell'Unione europea e, quindi, una ricaduta negativa sul mercato interno⁹⁷. Solo col tempo, tenendo conto della prassi che la Commissione avrà modo di sviluppare per quel che riguarda la sua attività di controllo⁹⁸, tali imprese saranno in condizione di comprendere in pieno l'impatto del nuovo strumento sulle proprie attività e potranno così sviluppare adeguati processi interni per gestire i relativi carichi di lavoro e rischi.

Sul piano politico, i rapporti con certi Stati terzi potranno complicarsi. Si intende qui riferirsi certamente alla Cina per le ragioni esposte in precedenza. Volendo riassumerle, si può dire che l'approccio fatto proprio dalla Cina «is at risk of distorting the legitimacy of the game through 'financial doping'» e «may lead to the loss of European players and inefficiency», e che per questo «the EU is at risk of losing its sovereignty in certain sectors of the economy»⁹⁹.

Deve però dedicarsi qualche parola anche agli Stati Uniti d'America. Ciò può apparire paradossale se si parte dal presupposto che il modello dell'economia di mercato è profondamente radicato in quel contesto. A conferma del fatto che sia l'Unione europea, sia gli Stati Uniti hanno sempre condiviso punti di vista analoghi circa la concorrenza leale, basti ricordare che, nel 1998, conclusero un accordo sull'utilizzazione dei principi della *comitas gentium* attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, ponendo regole di base per facilitare la cooperazione delle autorità competenti al fine di contrastare attività anticoncorrenziali poste in essere nel territorio o in una parte del territorio di una delle Parti contraenti e tali da recare pregiudizio agli interessi dell'altra¹⁰⁰. Inoltre, la Commissione europea e le autorità della concorrenza degli Stati membri, da un lato, e il *Department of Justice* e la *Federal Trade Commission* statunitensi, dall'altro, fanno parte dell'*International Competition Network*, una rete globale di agenzie della concorrenza con il compito di adottare standard e procedure comuni tesi a una convergenza procedurale e sostanziale, nonché di facilitare un'efficace cooperazione internazionale a beneficio delle agenzie associate¹⁰¹.

⁹⁶ In tal senso, F. FERRARO, *L'Unione europea fa cadere la scure sulle sovvenzioni estere accentrando il loro controllo nelle mani della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, 24 maggio 2023, p. 84. Riguardo alle ricadute sul piano pratico e procedurale, si veda il progetto di Regolamento di esecuzione della Commissione europea, disponibile in https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13602-Sovvenzioni-estere-distorsive-norme-procedurali-per-valutarle_it.

⁹⁷ La Commissione europea ne è consapevole, come conferma, in relazione al Regolamento (UE) 2022/2560, Commissione europea, *Documento di lavoro dei Servizi della Commissione. Sintesi della relazione sulla valutazione d'impatto*, SWD(2021) 100 final, p. 3.

⁹⁸ Si fa presente che, ai sensi dell'art. 46 del Regolamento (UE) 2022/2560, entro il 12 gennaio 2026 la Commissione dovrà pubblicare degli orientamenti sulla base della prassi applicativa accumulata nei tre anni dall'entrata in vigore del Regolamento.

⁹⁹ Così T. KASEBERG-S. GAPPA, *Systems Competition – China's Challenge to the Competition Order: Do We Need New Rules to Protect a Level Playing Field for Competition with Firms from Non-European Union Countries?*, in *Competition Law International*, 2020, p. 176.

¹⁰⁰ Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della «comitas gentium» attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, concluso il 4 giugno 1998.

¹⁰¹ <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>.

Eppure, deve notarsi che, in tempi recentissimi, l'impostazione del governo statunitense in tema di sussidi pubblici alle imprese ha iniziato a mutare, muovendosi in una direzione di stampo protezionista. L'approvazione nel 2022 dell'*Inflation Reduction Act*, che prevede il riconoscimento di cospicui crediti d'imposta e altre forme di sostegno in favore delle imprese statunitensi attive nella produzione di veicoli elettrici al fine di conseguire l'obiettivo della decarbonizzazione, testimonia di quanto si sta sostenendo¹⁰².

Va comunque detto che, in reazione all'*Inflation Reduction Act*, la Presidente della Commissione europea ha sostenuto la necessità di rivedere le regole in materia di aiuti di Stato, adattandole a un contesto globale ormai mutato¹⁰³. Pertanto, nel febbraio 2023, la Commissione ha presentato il Piano industriale del *Green Deal*, diretto a rafforzare la competitività dell'industria europea a emissioni zero e sostenere la rapida transizione verso la neutralità climatica¹⁰⁴. Nel piano, tra l'altro, si è proposto di trasformare il Quadro temporaneo di crisi per gli aiuti di Stato del maggio 2022, adottato per fare fronte alle conseguenze economiche derivanti dall'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa¹⁰⁵, in un Quadro temporaneo di crisi e transizione in vigore fino alla fine del 2025, con l'obiettivo di garantire un accesso più rapido ai finanziamenti per le imprese che operano nell'Unione¹⁰⁶. Il nuovo Quadro temporaneo è stato in seguito approvato¹⁰⁷.

Quanto a ulteriori riflessi di carattere giuridico, vi è chi ha già sollevato perplessità circa la coerenza del Regolamento in materia di sovvenzioni estere con il diritto dell'OMC, rilevando che l'art. 32 par. 1 dell'ASMC prevede che contro una sovvenzione di un altro Membro non possano essere presi provvedimenti specifici che non siano conformi alle disposizioni del GATT, come interpretato dall'ASMC. In relazione alla proposta di Regolamento, è stato sostenuto che il regime da essa delineato sarebbe stato qualificabile come un provvedimento contro le sovvenzioni di altri Stati, il quale avrebbe potuto essere ritenuto compatibile con la normativa dell'OMC solo se avesse rispettato le condizioni dell'art. XX GATT, quanto alle eccezioni generali¹⁰⁸, o se fosse stata esclusa la sua riconducibilità alla disciplina dell'ASMC¹⁰⁹. In realtà, alla

¹⁰² Per il testo dell'*Inflation Reduction Act*, <https://www.congress.gov/bills/117th-congress/house-bill/5376/text>.

¹⁰³ J. HAYDEN, *Von der Leyen calls for EU to 'adapt' state-aid rules in answer to US green subsidy scheme*, in *Politico.eu*, 4 dicembre 2022.

¹⁰⁴ Commissione europea, *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*, COM(2023) 62 final. Al riguardo, F. CAGOSI, *Il Green Deal Industrial Plan: verso l'adozione dell'ennesimo quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato?*, in *BlogDUE*, 7 marzo 2023.

¹⁰⁵ Commissione europea, *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*, (2022/C 131 I/01), e modifiche successive.

¹⁰⁶ Commissione europea, *A Green Deal Industrial...*, cit., p. 8.

¹⁰⁷ Commissione europea, *Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina* (2023/C 101/03).

¹⁰⁸ L'art. XX GATT stabilisce che, purché l'applicazione non sia fatta in maniera da risultare un mezzo di discriminazione arbitraria, o ingiustificata, tra gli Stati che sono nelle medesime condizioni, né da comportare restrizioni del commercio internazionale, nessuna disposizione del GATT può essere interpretata come divieto a una Parte contraente di istituire o d'applicare delle misure necessarie, per esempio, alla tutela della morale pubblica, alla protezione della sanità e della vita delle persone e degli animali e alla conservazione dei vegetali e alla protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale.

¹⁰⁹ O. BLAŽO, *A New Regime on Protection of Public Procurement against Foreign Subsidi-*

luce del tenore letterale dell'art. 32 par. 1, sembra preferibile dire non tanto che il Regolamento si configura come un provvedimento rilevante, bensì che esso definisce una procedura che permette alla Commissione europea di adottare decisioni che possono andare contro una sovvenzione. Allora, le singole decisioni con cui la Commissione imporrà misure di riparazione si configureranno come provvedimenti specifici, mentre il Regolamento, per ovvie ragioni, non può avere questa natura ¹¹⁰.

A prescindere da tale precisazione, è indubbio che specifici atti di diritto dell'Unione potrebbero concretamente porsi in contrasto con quanto previsto dall'ASMC. Di conseguenza, non si può escludere un aumento del contenzioso nel contesto dell'OMC, peraltro senza possibilità di giungere a una definitiva risoluzione delle controversie che dovessero sorgere, alla luce della grave crisi che sta investendo il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, dato che, dal dicembre 2019, l'*Appellate Body* non è più in grado di operare, stante il blocco delle nomine in seno a tale organo portato avanti dagli Stati Uniti dal 2017 ¹¹¹.

7. Conclusioni

Il Regolamento (UE) 2022/2560 segna un momento di passaggio per il diritto dell'Unione europea, visto che tramite esso è stata introdotta una disciplina funzionale a fare fronte a un problema non affrontato o affrontato solo in parte nel sistema unionale e in quello dell'OMC. Si rinvia ad analisi che verranno condotte negli anni a venire, alla luce della prassi sviluppata dalla Commissione europea attraverso le procedure previste dal Regolamento, per accertare se e in che termini esso funzionerà e quali problemi si ricollegheranno alla sua applicazione.

Allo stato attuale, può ritenersi che l'*acquis communautaire* sviluppato in materia di aiuti di Stato fornirà una solida base di partenza per affrontare la questione delle sovvenzioni estere. Questo, però, né implica, né può implicare il ricorso pedissequo a quanto realizzato in quell'ambito. A conferma di ciò, si consideri che, a differenza di quanto accade con gli aiuti di Stato, il requisito dell'incidenza sugli scambi comunitari non pare avere alcun rilievo ai fini della nozione di sovvenzione estera e che, invece, è probabile che l'incidenza sulla

dies Distorting the Internal Market: Mighty Paladin or Giant on the Feet of Clay?, in *International and Comparative Law Review*, 2021, p. 140. Ulteriormente sul tema, M. TOKAS, *Playing the Game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies*, in *Journal of World Trade*, 2022, p. 779 ss.

¹¹⁰ A conferma, si veda l'art. 44 par. 9 del Regolamento (UE) 2022/2560, ai sensi del quale «non si può svolgere un'indagine a norma del presente regolamento e imporre o lasciare in vigore misure se in contrasto con gli obblighi assunti dall'Unione a norma di qualsiasi accordo internazionale pertinente che essa abbia concluso. In particolare, non viene intrapresa alcuna azione a norma del presente regolamento che costituisca un provvedimento specifico contro una sovvenzione ai sensi dell'articolo 32, paragrafo 1, dell'accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative concessa da un paese terzo che è membro dell'Organizzazione mondiale del commercio».

¹¹¹ Sul tema, S. LESTER, *Ending the WTO Dispute Settlement Crisis: Where to from here?*, in <https://www.iisd.org/articles/united-states-must-propose-solutions-end-wto-dispute-settlement-crisis> e P.L.H. VAN DEN BOSSCHE, *Is there a Future for the WTO Appellate Body and WTO Dispute Settlement?*, in WTI Working Paper No. 01/2022.

concorrenza richiederà valutazioni approfondite da parte della Commissione europea.

In conclusione, preme ribadire che la scelta compiuta dall'Unione è sicuramente coerente con il modello economico che ha contraddistinto il processo di integrazione europea dalle origini e fino a ora. Non può negarsi, però, che una simile iniziativa rischia di tendere i rapporti con alcuni partner commerciali, compresi gli Stati Uniti d'America, e che, alla luce di misure da questi assunte, potrebbe rendersi necessario un ripensamento in relazione all'approccio dell'Unione europea all'intervento pubblico nell'economia.



COMMENTI

La corsa al sostegno della transizione energetica: verso una nuova politica industriale europea?

The Race to Support Energy Transition: Towards a New European Industrial Policy?

di **Stefano Saluzzo***

ABSTRACT

Oggetto del presente lavoro è l'analisi della Comunicazione della Commissione europea del primo febbraio 2023 sul Piano industriale del *Green Deal* per l'era a zero emissioni nette. L'obiettivo è mettere in luce le principali componenti della nuova politica industriale europea, adottata per sostenere la transizione energetica e dare ulteriore attuazione al *Green Deal* europeo, ma anche per rispondere alle recenti iniziative di analogo tenore di Stati Uniti e Cina. Il contributo si concentra, in particolare, sulle misure proposte dalla Commissione e sull'impatto che queste potrebbero produrre sull'integrità del mercato interno e sulle condizioni di parità degli operatori economici europei. Le stesse misure vengono poi prese in esame anche dal punto di vista della regolamentazione internazionale delle sovvenzioni e delle ricadute che esse possono avere sul sistema del commercio internazionale.

The subject of this paper is the analysis of the European Commission's Communication of 1 February 2023 on the Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age. The aim is to highlight the main components of the new European industrial policy, adopted to support the energy transition and further implement the European Green Deal, but also to respond to recent similar initiatives of the United States and China. The contribution focuses on the measures proposed by the Commission and the impact they could have on the integrity of the internal market and the level playing field for European economic operators. The same measures are also examined from the point of view of the international regulation of subsidies and the effects they may have on the international trade system.

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI

Estratto

Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette

1. Introduzione: Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette

Questo decennio sarà decisivo a livello mondiale per limitare l'aumento della temperatura e fare il necessario per raggiungere la neutralità climatica. La posta in gioco è alta e le sfide sono complesse, ma si profila un'opportunità unica per fare di questo imperativo un catalizzatore degli investimenti nell'economia e nell'industria dell'energia pulita dell'era a zero emissioni nette.

* Ricercatore di diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Economiche e Sociali, Università del Piemonte Orientale.

Il Green Deal europeo definisce le nostre ambizioni per la transizione verde, compresi i nostri obiettivi climatici tesi ad azzerare le emissioni nette entro il 2050. Il pacchetto "Pronti per il 55 %" presenta un piano concreto per mettere l'economia europea sul binario giusto, mentre il piano REPowerEU accelera l'uscita di scena dei combustibili fossili. Insieme al piano d'azione per l'economia circolare, queste iniziative definiscono il quadro per la trasformazione dell'industria dell'UE preparandola all'era a zero emissioni nette.

Nei prossimi anni l'economia dell'era a zero emissioni nette prenderà definitivamente forma. Avremo nuovi mercati, con tecnologie pulite pionieristiche che avranno superato le fasi di innovazione e sviluppo per diventare pienamente commerciabili e con sistemi energetici completamente trasformati. Chi oggi per primo romperà gli indugi e saprà avviare rapidamente gli investimenti si garantirà un posto al tavolo nella nuova economia e creerà occupazione per lavoratori dotati di qualifiche aggiornate, rinnoverà il tessuto produttivo industriale, ridurrà i costi per le persone e le imprese e godrà di una posizione privilegiata per aiutare altre parti del mondo a decarbonizzare le proprie economie.

La dimensione di quest'opportunità per l'industria europea evidenzia quanto sia necessario coglierla. L'Agenzia internazionale per l'energia stima che entro il 2030 il mercato mondiale delle principali tecnologie dell'energia pulita prodotte su larga scala varrà circa 650 miliardi di USD all'anno (circa 600 miliardi di EUR), pari a oltre il triplo del livello attuale. I posti di lavoro connessi nell'industria energetica potrebbero più che raddoppiare nello stesso periodo. L'industria a zero emissioni nette è in forte crescita a livello mondiale, al punto che la domanda talvolta supera l'offerta.

L'UE ha il livello di preparazione per fare un passo in avanti e cogliere l'opportunità di azzerare le emissioni nette. Il modello economico dell'Europa, basato sul mercato unico, ha portato negli ultimi decenni a una crescente prosperità. L'Europa è leader in innovazione, capitale di rischio e diffusione di tecnologie a zero emissioni nette e di prodotti sostenibili. Abbiamo un punto di partenza solido: un'industria che vanta una comprovata capacità di fare da apriestrada e di fissare le regole del gioco, con livelli crescenti di digitalizzazione e fabbricazione di prodotti innovativi e di alta qualità utilizzati in tutto il mondo. Lavorano in Europa scienziati e ricercatori di spicco a livello mondiale, che sviluppano costantemente soluzioni pionieristiche o perfezionano le tecnologie esistenti.

L'UE ha dimostrato come la transizione verde può rafforzare la competitività. L'uscita di scena progressiva del petrolio e gas russi ha accelerato una nuova rivoluzione industriale che intende porre fine all'era dei combustibili fossili. Un'ampia gamma di nuove tecnologie a zero emissioni nette è in fase di sviluppo e di diffusione in tutta la nostra economia: nei trasporti, nell'edilizia, nell'industria manifatturiera, nell'energia e persino nella creazione di mercati completamente nuovi. Nel 2021 il nostro ecosistema a zero emissioni nette valeva più di 100 miliardi di EUR, valore raddoppiato rispetto al 2020.

L'UE ha anche dimostrato di essere intrinsecamente resiliente a cambiamenti e sfide in rapida successione. L'industria deve misurarsi con l'aumento dell'inflazione, la carenza di manodopera, dai cambiamenti demografici, le interruzioni delle catene di approvvigionamento post-COVID, l'aumento dei tassi di interesse, le impennate dei costi dell'energia e i prezzi dei fattori produttivi. A ciò si aggiunge una concorrenza forte ma non sempre leale in un mercato globale frammentato. Nonostante queste difficoltà l'economia dell'UE ha finora dimostrato una tenuta ammirevole e l'unità politica ha dato i suoi frutti. I prezzi del gas e del petrolio sono ritornati sotto i livelli di prima della guerra. Nel dicembre 2022 l'inflazione ha registrato un calo significativo per il secondo mese consecutivo. La disoccupazione è inferiore al livello di prima della crisi finanziaria del 2008 e i mercati del lavoro continuano a registrare buoni risultati.

L'UE è salda nel proprio impegno e nella convinzione di poter accelerare la trasformazione industriale verso l'azzeramento delle emissioni nette al suo interno. Oltre a bisogni e opportunità quali la diffusione delle energie rinnovabili, la trasformazione delle infrastrutture energetiche e di trasporto, come le reti, e il massiccio passaggio all'idrogeno ottenuto senza combustibili fossili come mezzo di stoccaggio, carburante e materia prima, l'UE può anche avere un ruolo di primo piano nelle industrie a zero emissioni nette del futuro. Possiamo creare altresì nuove forme di cooperazione sulle tecnologie pulite con i nostri partner all'estero. Collaborando con i partner allo sviluppo di tecnologie a zero emissioni nette, alla diversificazione e al rafforzamento delle catene di approvvigionamento e sostenendoli nella loro transizione verde, si può fare della corsa all'azzeramento delle emissioni nette un fattore positivo sia per il pianeta che per le imprese.

Segnali incoraggianti vengono dal fatto che anche i partner dell'Europa stanno iniziando a cogliere le opportunità industriali dell'azzeramento delle emissioni nette. Negli Stati Uniti l'Inflation Reduction Act mobiliterà oltre 360 miliardi di USD (circa 330 miliardi di EUR) entro il 2032. I

piani di trasformazione verde del Giappone mirano a raccogliere fino a 20 000 miliardi di JPY (circa 140 miliardi di EUR) per mezzo di obbligazioni "transizione verde". L'India ha presentato il regime di incentivi collegati alla produzione per rafforzare la competitività in settori quali il fotovoltaico solare e le batterie. Anche il Regno Unito, il Canada e molti altri paesi hanno presentato piani di investimento nelle tecnologie pulite. L'Europa è impegnata a collaborare con tutti questi partner per il bene comune.

È però necessario che gli scambi e la concorrenza nell'industria a zero emissioni nette siano improntati all'equità. Alcune iniziative dei nostri partner possono avere effetti collaterali indesiderati sulle nostre industrie a zero emissioni nette. È importante rilevare che la Cina eroga da tempo sovvenzioni di entità (in proporzione al PIL) due volte superiore a quelle erogate dall'UE. Ne derivano distorsioni del mercato e il fatto che oggi la produzione di una serie di tecnologie a zero emissioni nette sia dominato dalla Cina, che ha fatto delle sovvenzioni all'innovazione tecnologica e alla produzione manifatturiera pulite una priorità del suo piano quinquennale. Il programma di investimenti in tecnologie pulite annunciato dalla Cina supera i 280 miliardi di USD (circa 260 miliardi di EUR). L'Europa e i suoi partner devono fare di più per contrastare gli effetti di tali sovvenzioni inique e della prolungata distorsione del mercato. Dove l'impronta pubblica sui mercati privati è eccessiva, le distorsioni creano condizioni di disparità ed emergono situazioni di concorrenza sleale. La Commissione continuerà a valersi pienamente degli strumenti di difesa commerciale per salvaguardare il mercato unico e il commercio internazionale basato su regole da pratiche commerciali sleali come il dumping e le sovvenzioni distorsive.

Guardando al futuro, le sfide per la competitività permangono. La fine dell'era dei combustibili fossili a basso costo esige un'accelerazione della transizione verde per garantire che l'industria abbia accesso a un'energia pulita abbondante e a prezzi accessibili. L'UE deve sviluppare il suo principale punto di forza, il mercato unico, ed evitare la frammentazione. La Commissione è dunque impegnata a presentare un approccio europeo generale, basato su priorità strategiche comuni e su una valutazione del fabbisogno di investimenti. Ciò richiederà l'analisi di diverse opzioni per garantire una risposta comune dell'UE, anche per quanto riguarda i finanziamenti. Occorre anche fare di più per agevolare l'accesso delle imprese ai finanziamenti privati, in particolare completando l'unione dei mercati dei capitali. Una maggiore competitività deve andare di pari passo con posti di lavoro di qualità ben retribuiti e con investimenti nel capitale umano.

L'era industriale della neutralità climatica sarà inquadrata dalle decisioni adottate oggi. L'UE deve essere pronta a fare da apripista, con rapidità, ambizione e un senso condiviso della direzione da prendere. Una risposta comune, ancorata alle politiche e agli strumenti dell'UE, sarà molto più efficace della somma di 27 approcci nazionali.

2. Un piano industriale del Green Deal per giocare in vantaggio

In questo contesto di opportunità e sfide epocali, l'Europa ha bisogno di un nuovo piano industriale del Green Deal. Il piano farà parte del Green Deal europeo, che ci metterà sulla strada della neutralità climatica e consentirà all'Europa di assumere un ruolo guida a livello mondiale nell'era industriale a zero emissioni nette.

(omissis)

Questo schema per un nuovo piano industriale del Green Deal poggia su quattro pilastri:

- un contesto normativo prevedibile e semplificato;
- un accesso più rapido a finanziamenti adeguati;
- competenze;
- apertura commerciale per catene di approvvigionamento resilienti.

2.1. Un contesto normativo prevedibile, coerente e semplificato

L'UE si è tradizionalmente avvalsa di un solido contesto normativo per creare condizioni favorevoli alle imprese e garantire posti di lavoro di qualità per i nostri lavoratori e un elevato livello di protezione dell'ambiente. Queste tre dimensioni possono rafforzarsi a vicenda se la regolamentazione è equilibrata e concepita in modo intelligente, ma ciò richiede un'attenzione continua. Per questo motivo quest'anno la Commissione ha introdotto un ulteriore "controllo della competitività" su tutte le nuove normative, per garantire che tutti i potenziali impatti sulla competitività siano presi in considerazione e siano evitati oneri superflui. Per promuovere gli investimenti è fondamentale disporre di un contesto normativo semplice, prevedibile e chiaro. L'azione a livello dell'UE evita la frammentazione tra 27 approcci normativi distinti.

In primavera la Commissione presenterà tre proposte chiave per la competitività industriale, radicate nella necessità di riforme:

In primo luogo, nell'ambito del piano industriale del Green Deal, la Commissione propone di presentare una legge sull'industria a zero emissioni nette, per sostenere la produzione industriale di tecnologie chiave nell'UE. La legge fornirebbe un quadro normativo semplificato per la capacità produttiva di prodotti che sono fondamentali per conseguire i nostri obiettivi di neutralità climatica, quali batterie, impianti eolici, pompe di calore, impianti solari, elettrolizzatori e tecnologie di cattura e stoccaggio del carbonio. In particolare, la legge sull'industria a zero emissioni nette:

- individuerrebbe, a seguito di un'analisi settoriale specifica, gli obiettivi di capacità industriale da raggiungere entro il 2030, ove necessario, per garantire che le dipendenze strategiche non mettano a rischio la transizione verde. Prenderà in considerazione l'intera catena di approvvigionamento e del valore attraverso le frontiere per evitare strozzature a livello di forniture;
- ridurrebbe la durata e migliorerebbe la prevedibilità delle procedure di autorizzazione, definendo termini temporali specifici per le diverse fasi del rilascio delle autorizzazioni, e rafforzerebbe significativamente la capacità amministrativa degli Stati membri, ad esempio introducendo uno "sportello unico" per gli investitori e i portatori di interessi industriali durante l'intero ciclo amministrativo.

(Omissis)

In secondo luogo, la Commissione proporrà una normativa sulle materie prime critiche. La fabbricazione di tecnologie a zero emissioni nette nell'UE è possibile solo se si garantisce l'accesso alle necessarie materie prime critiche, anche diversificando l'approvvigionamento e riciclando le materie prime per ridurre la dipendenza dell'UE da forniture di provenienza altamente concentrata in paesi terzi e promuovere occupazione di qualità e crescita nell'economia circolare. La normativa mirerà a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento dell'UE, anche rafforzando l'impegno internazionale, facilitando l'estrazione (se pertinente), la trasformazione e il riciclaggio, garantendo nel contempo alti standard ambientali e proseguendo la ricerca e l'innovazione, ad esempio per ridurre l'uso dei materiali e sviluppare sostituti a base biologica. Si sono già registrati progressi tangibili: oggi alcune imprese dell'UE utilizzano nelle batterie la lignina ottenuta dal legno, anziché la grafite.

In terzo luogo, **l'energia**. La strumentalizzazione dell'energia a fini bellici da parte della Russia ha fatto suonare un importante campanello d'allarme per la sicurezza dell'approvvigionamento e la lotta alla dipendenza. Gli alti prezzi dell'energia e le interruzioni di diverse catene di approvvigionamento hanno gravemente indebolito la competitività di molte imprese, in particolare le industrie ad alta intensità energetica. Per far fronte agli alti costi dell'energia e sostituire i costosi combustibili fossili con energie rinnovabili più a buon mercato, sono state adottate misure importanti in linea con il piano REPowerEU. Ad esempio, nel 2022 la capacità di produzione di energia eolica e solare rinnovabile nell'UE ha superato i 400 GW, con un aumento di oltre il 25 % rispetto al 2020. Abbiamo istituito la piattaforma dell'UE per gli acquisti di energia, per mettere in comune la domanda di gas, coordinare l'uso delle infrastrutture e negoziare con i partner internazionali, e abbiamo realizzato risparmi, riempito le scorte di gas e introdotto un tetto al prezzo del gas sui mercati a breve termine. Diversi progetti infrastrutturali e interconnessioni sono stati completati sia nel settore dell'energia elettrica sia in quello del gas. A marzo la Commissione presenterà una riforma dell'assetto del mercato dell'energia elettrica, su cui è attualmente in corso una consultazione pubblica. I contratti a lungo termine sui prezzi potrebbero avere un ruolo importante per consentire a tutti gli utenti di energia elettrica di beneficiare di costi più prevedibili e più bassi dell'energia rinnovabile. Come indicato nel piano REPowerEU, il rilancio della competitività industriale richiederà la trasformazione dei processi industriali e una forte accelerazione ed espansione delle energie rinnovabili, nonché maggiori sforzi per l'efficienza energetica, per la riduzione della domanda di energia e per la riqualificazione e il miglioramento delle competenze dei lavoratori.

(omissis)

2.2. Accelerare l'accesso ai finanziamenti

L'industria a zero emissioni nette a livello mondiale registra una forte crescita: nel 2022 gli investimenti in energia pulita sono aumentati del 10 % su base annua. L'industria a zero emissioni nette dell'UE è competitiva in alcuni settori, come l'energia eolica o le pompe di calore, anche nell'attuale contesto di prezzi relativamente elevati dell'energia, ma lo è poco in altri segmenti, come i pannelli solari fotovoltaici. Per garantire la transizione verso un'economia a zero emissioni nette nei tempi previsti è necessario accelerare lo sviluppo proprio di questi settori. Le quote di mercato dell'industria dell'UE sono fortemente sotto pressione, in larga misura per via degli squilibri creati da sovvenzioni erogate in paesi terzi. Ne deriva la necessità di ampliare e accelerare l'accesso ai finanziamenti per l'industria a zero emissioni nette. È questo il secondo pilastro del piano industriale del Green Deal.

(omissis)

2.2.1. Finanziamenti nazionali

Per quanto concerne, innanzitutto gli aiuti di Stato, la politica della concorrenza dell'UE fornisce strumenti per sostenere lo sviluppo e la diffusione di tecnologie d'avanguardia fondamentali che hanno un'importanza strategica per le transizioni verde e digitale, preservando nel contempo l'integrità del mercato unico e rispettando gli obblighi internazionali dell'UE. Nel solo 2022 la Commissione ha approvato regimi di aiuto per una dotazione complessiva di 51 miliardi di EUR per sviluppare nuove capacità di produzione di energia rinnovabile e decarbonizzare la produzione industriale in tutta l'Unione. Già nel marzo 2022, a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina, la Commissione ha adottato un quadro temporaneo di crisi per dotare gli Stati membri di uno strumento con cui porre rimedio agli effetti economici negativi causati dalla guerra e agevolare gli adeguamenti strutturali per rispondere meglio alla situazione economica che ne deriva. Il quadro è stato modificato due volte e include già disposizioni specifiche sul sostegno semplificato alle energie rinnovabili, alle tecnologie di decarbonizzazione e alle misure di efficienza energetica.

La Commissione intende ora concedere agli Stati membri una maggiore flessibilità nella concessione di aiuti limitati ad ambiti attentamente definiti e su base temporanea. La Commissione consulerà gli Stati membri su una proposta di adeguamento temporaneo (fino alla fine del 2025) delle norme in materia di aiuti di Stato, al fine di accelerarli e semplificarli ulteriormente, con calcoli e procedure più semplici e approvazioni accelerate. Queste modifiche aiuteranno inoltre gli Stati membri a realizzare progetti specifici nell'ambito dei piani nazionali per la ripresa.

Lavorando su cinque linee d'intervento, la Commissione intende adattare le norme in materia di aiuti di Stato, nel rispetto delle condizioni necessarie per limitare le distorsioni nel mercato unico, evitare maggiori disparità regionali e garantire il rispetto degli obblighi internazionali. Quattro di queste linee d'intervento saranno attuate mediante la proposta di modifica del quadro temporaneo di crisi, che diventerà il quadro temporaneo di crisi e transizione per gli aiuti di Stato.

1. Semplificazione degli aiuti per le energie rinnovabili

Il quadro temporaneo di crisi ha già semplificato gli aiuti per le energie rinnovabili. Il progetto di quadro temporaneo di crisi e transizione farebbe di più:

- estendendo le disposizioni a tutte le tecnologie rinnovabili (a norma della seconda direttiva Rinnovabili) e allo stoccaggio dell'idrogeno rinnovabile e dei biocarburanti;
- eliminando la necessità di gare d'appalto aperte per le tecnologie meno mature (per le quali le procedure d'appalto possono essere meno indicate);
- prorogando i termini per il completamento dei progetti.

2. Semplificazione degli aiuti per la decarbonizzazione dei processi industriali

Il quadro temporaneo di crisi aveva già semplificato gli aiuti alla decarbonizzazione a favore dell'industria. Il quadro temporaneo di crisi e transizione andrebbe oltre con una serie di disposizioni, fra cui:

- autorizzare gli aiuti con riferimento a percentuali standard dei costi di investimento, sulla base dell'esperienza acquisita, per l'uso dell'idrogeno, l'efficienza energetica e l'elettrificazione;
- prevedere massimali di aiuto più flessibili per beneficiario nei regimi che soddisfano condizioni specifiche.

3. Regimi potenziati di sostegno agli investimenti per la produzione di tecnologie strategiche a zero emissioni nette, compresa la possibilità di concedere aiuti di maggiore entità per compensare gli aiuti ricevuti da concorrenti situati al di fuori dell'UE per progetti simili, garantendo nel contempo la proporzionalità degli aiuti erogati

4. Più aiuti mirati per nuovi grandi progetti di produzione in catene del valore strategiche a zero emissioni nette, tenendo conto delle carenze di finanziamento a livello globale

Il progetto di quadro temporaneo di crisi e transizione mirerebbe a garantire condizioni di parità con giurisdizioni estere e nel mercato interno, indirizzandosi ai settori in cui è stato individuato un rischio di delocalizzazione in un paese terzo e con un intervento proporzionale agli importi degli aiuti. Il quadro temporaneo di crisi e transizione consentirebbe agli Stati membri di istituire regimi per sostenere nuovi investimenti in impianti di produzione in specifici settori strategici a zero emissioni nette, anche tramite agevolazioni fiscali. Si modulerebbero l'intensità e i massimali dell'aiuto in modo da autorizzare maggiori importi per investimenti ubicati in zone assistite, al fine di contribuire all'obiettivo della convergenza tra Stati membri e tra regioni. Sarebbero necessarie condizioni adeguate per verificare se esistono rischi concreti di sviamento dell'investimento al di fuori del SEE e prevenire qualsiasi rischio di delocalizzazione all'interno del SEE. Gli Stati membri possono allineare i loro incentivi fiscali nazionali a un regime comune

che la Commissione è pronta a preparare e che offrirebbe maggiore trasparenza e prevedibilità alle imprese di tutta l'UE.

Inoltre, gli Stati membri avrebbero anche la possibilità di offrire aiuti equivalenti a quelli offerti da un paese terzo per investimenti iniziali individuali negli stessi settori tecnologici a zero emissioni nette in cui l'UE vuole assumere un ruolo guida, a specifiche condizioni, come ad esempio fare parte di una cooperazione multinazionale, con ricadute positive rilevanti negli Stati membri e con particolare riguardo alle zone assistite. Tali aiuti dovrebbero servire a far fronte a rischi giustificati di sviamento di determinati investimenti a favore di paesi terzi non appartenenti al SEE e non dovrebbero agevolare la delocalizzazione di attività di produzione tra Stati membri. L'aiuto sarebbe limitato a quanto necessario per far sì che il progetto sia eseguito nel SEE.

La Commissione manterrà il suo impegno a favore di procedure rapide nell'ambito del quadro temporaneo di crisi e transizione, come già avviene per gli aiuti approvati nell'ambito del quadro temporaneo di crisi, il cui tempo mediano di approvazione è stato di 19 giorni.

5. Aumento significativo delle soglie di notifica degli aiuti di Stato nei settori interessati

In questa quinta linea d'intervento la Commissione adeguerà le norme in materia di aiuti di Stato rivedendo ulteriormente il **regolamento generale di esenzione per categoria del Green Deal**. Oltre alle disposizioni relative ai progetti IPCEI (cfr. in appresso), si offrirebbe così agli Stati membri una maggiore flessibilità per:

- sostenere misure in settori chiave quali l'idrogeno, la cattura e lo stoccaggio del carbonio, i veicoli a zero emissioni e la prestazione energetica degli edifici, aumentando ulteriormente le soglie che determinano la notifica alla Commissione;
- ampliare la portata degli aiuti agli investimenti nelle infrastrutture di ricarica e rifornimento;
- agevolare ulteriormente gli aiuti alla formazione per le competenze.

(omissis)

2.2.2. Finanziamenti dell'UE

Per sostenere la transizione verso il conseguimento degli obiettivi dell'UE di azzeramento delle emissioni nette e degli obiettivi di REPowerEU con fonti diversificate e approvvigionamenti sicuri, l'UE dovrà continuare a fare affidamento su un'industria a zero emissioni nette competitiva. Entro il 2030 saranno necessari maggiori investimenti nella produzione di tecnologie a zero emissioni nette, considerando gli ambiziosi obiettivi dell'UE e la concorrenza internazionale.

I livelli di sostegno erogati dagli Stati membri presentano notevoli disparità all'interno dell'UE. Ad esempio, mentre nel 2020 il sostegno alle fonti energetiche rinnovabili è stato pari allo 0,57 % del PIL dell'UE, uno Stato membro ha stanziato quasi l'1 % del PIL e altri dieci hanno speso meno della metà della media UE.

Onde evitare che livelli diversi di sostegno nazionale frammentino il mercato unico, agevolare la transizione verde in tutta l'Unione, evitare di aggravare le disparità regionali e colmare il divario tra i finanziamenti attualmente disponibili e il fabbisogno di finanziamento per espandere l'industria a zero emissioni nette, è anche necessario aumentare i finanziamenti dell'UE. In tandem con il piano industriale del Green Deal, il bilancio dell'UE continuerà a contribuire a un finanziamento mirato e rapido dell'industria a zero emissioni nette nell'UE. REPowerEU è il nostro veicolo dedicato, potenziato da altri fondi dell'UE.

La Commissione continuerà a fornire sostegno agli Stati membri per concepire, sviluppare e attuare riforme e contribuire a rafforzare la capacità amministrativa per garantire un'applicazione efficace dei finanziamenti.

REPowerEU

Grazie all'accordo raggiunto alla fine del 2022, il sostegno dell'UE alla transizione sarà ora incrementato con i finanziamenti aggiuntivi apportati al dispositivo per la ripresa e la resilienza dall'iniziativa REPowerEU: sovvenzioni supplementari del dispositivo per la ripresa e la resilienza (20 miliardi di EUR) saranno messe a disposizione degli Stati membri per promuovere la conversione ecologica dell'industria, sostenere i progetti industriali dell'UE a zero emissioni nette e aiutare le industrie ad alta intensità energetica a far fronte agli aumenti dei prezzi dell'energia. Gli Stati membri potranno inoltre destinare a tali obiettivi le sovvenzioni della riserva di adeguamento alla Brexit (5,4 miliardi di EUR) e utilizzare i restanti prestiti del dispositivo per la ripresa e la resilienza (225 miliardi di EUR) a favore di sostanziali prefinanziamenti per tali investimenti e riforme¹.

Al fine di assistere gli Stati membri nell'attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza e

¹ Ciò si aggiunge alle attuali possibilità di trasferimento del 5 % dai fondi della politica di coesione (fino a 17,9 miliardi di EUR).

della sua componente REPowerEU, la Commissione ha pubblicato oggi gli orientamenti sui piani per la ripresa e la resilienza: consentendo flessibilità per adeguare i piani al contesto attuale e preparare i capitoli dedicati a REPowerEU, gli orientamenti riconoscono i problemi derivanti dall'interruzione delle catene di approvvigionamento, dai prezzi dell'energia e dall'inflazione e offrono agli Stati membri soluzioni efficaci per mantenere l'ambizione dei piani iniziali. La Commissione incoraggia vivamente gli Stati membri a includere nei loro piani per la ripresa e la resilienza modificati misure semplici ed efficaci per fornire un sostegno immediato alle imprese e rafforzarne la competitività:

- i) sportelli unici per l'autorizzazione di progetti di energia rinnovabile e a zero emissioni nette, per accelerare, digitalizzare e razionalizzare i processi di ottenimento delle approvazioni e autorizzazioni necessarie per la costruzione e il funzionamento dei progetti stessi, nonché un potenziamento mirato della capacità amministrativa per eliminare strozzature nel rilascio dei permessi; ii) agevolazioni fiscali o altre forme di sostegno agli investimenti in tecnologie verdi a zero emissioni nette effettuati dalle imprese, sotto forma di credito d'imposta, ammortamento accelerato o sovvenzione collegata all'acquisizione o al miglioramento di attività di investimento verdi;
- iii) investimenti per dotare la forza lavoro delle competenze necessarie per questa transizione industriale.

Il Gruppo Banca europea per gli investimenti (BEI) sosterrà il perseguimento di tutti gli obiettivi del piano REPowerEU con prestiti aggiuntivi e apporti di capitale². La Commissione e il Gruppo BEI continueranno a collaborare per esaminare in che modo quest'ultimo potrebbe intensificare le proprie attività nel settore delle tecnologie pulite e in altri ambiti che contribuiscono al Green Deal.

(Omissis)

Fondo per l'innovazione

Il Fondo per l'innovazione sostiene lo sviluppo e la diffusione iniziale di tecnologie e soluzioni che decarbonizzano le industrie ad alta intensità energetica, promuovono l'energia rinnovabile e lo stoccaggio dell'energia (comprese le batterie e l'idrogeno) e rafforzano le catene di approvvigionamento a zero emissioni nette mediante il sostegno alla fabbricazione di componenti critici per batterie, impianti eolici e solari, elettrolizzatori, celle a combustibile e pompe di calore. Si stima che nel corso del decennio saranno disponibili 40 miliardi di EUR nell'ambito del Fondo per l'innovazione.

La direttiva riveduta e aggiornata sullo scambio di quote di emissione, concordata alla fine del 2022 nell'ambito del pacchetto "Pronti per il 55 %", consente al Fondo per l'innovazione di sovvenzionare, mediante procedure di gara competitive, il 100 % del deficit di finanziamento per l'espansione della diffusione e della produzione delle tecnologie pulite. Il Fondo per l'innovazione può così fungere da sportello unico europeo per questo sostegno, riducendo per gli investitori le difficoltà di reperire una varietà di flussi di entrate e fonti di finanziamento.

Nell'autunno 2023 la Commissione indirà una prima asta, od offerta competitiva, per sostenere la produzione di idrogeno rinnovabile. I vincitori riceveranno un premio fisso per ogni chilogrammo di idrogeno rinnovabile prodotto nell'arco di 10 anni. Ciò avrà un impatto analogo a quello del credito d'imposta sulla produzione contemplato nell'*Inflation Reduction Act* statunitense, con la differenza che il premio, basato sulle offerte ricevute, renderà il sostegno dell'UE efficace sotto il profilo dei costi, rapido e amministrativamente leggero. Nel giugno 2023 saranno annunciati i termini e le condizioni di questa prima asta pilota, che avrà una dotazione indicativa di 800 milioni di EUR. L'asta pilota sarà seguita da ulteriori aste o da altre forme di sostegno alla produzione e all'uso dell'idrogeno che contribuiscono al conseguimento degli obiettivi di REPowerEU per l'idrogeno, coprendo così il versante unionale della Banca dell'idrogeno.

Sulla scorta di questa esperienza, la Commissione valuta la possibilità di estendere il nuovo meccanismo di gara competitivo per aumentare la produzione di componenti per l'energia solare ed eolica, le batterie e gli elettrolizzatori, sulla base di un'analisi dei bisogni settoriali a zero emissioni nette dell'UE, delle dimensioni del mercato e di una potenziale riserva di progetti. Anche in questo caso, il Fondo per l'innovazione erogherebbe il sostegno in forma di sovvenzione alla produzione, diversamente dalla prassi attuale di fornire una quota del 60 % dei costi pertinenti.

Nei prossimi anni aumenteranno le entrate del sistema di scambio di quote di emissione del-

² La BEI promuove i finanziamenti per l'energia pulita a sostegno del piano REPowerEU. Comunicato stampa disponibile al seguente indirizzo:

<https://www.eib.org/en/press/all/2022-450-eib-boosts-clean-energy-financing-in-support-of-repower-eu-plan>.

l'UE. Si tratterà per la maggior parte di proventi nazionali che gli Stati membri dovranno destinare all'azione per il clima. La Commissione incoraggia gli Stati membri a destinare una quota di tali proventi all'aumento della produzione di tecnologie a zero emissioni nette. Una parte dell'aumento dei proventi dell'ETS potrebbe inoltre sostenere il rafforzamento di un veicolo di investimento efficiente dell'UE a favore dell'azzeramento delle emissioni nette, come il Fondo per l'innovazione³.

Sono pertanto disponibili diversi fondi, per lo più orientati all'innovazione e alla diffusione. La Commissione sta valutando le possibilità di ottenere maggiori finanziamenti comuni a livello dell'UE per sostenere gli investimenti nella produzione di tecnologie a zero emissioni nette, sulla base di una valutazione attualmente in corso del fabbisogno di investimenti. Il conseguimento di un approccio globale europeo sarà essenziale per preservare il mercato unico dalla frammentazione e realizzare le massime sinergie e la massima scala. La Commissione collaborerà con gli Stati membri a breve termine, concentrandosi sugli strumenti citati (REPowerEU, InvestEU e il Fondo per l'innovazione) per trovare una soluzione ponte che dia un sostegno rapido e mirato laddove è più necessario, a integrazione delle modifiche temporanee e mirate della disciplina degli aiuti di Stato sopra discusse. Siamo impegnati a realizzare questo approccio globale europeo anche se l'operatività di questi diversi elementi potrebbe non avvenire contemporaneamente.

A medio termine la Commissione intende dare una risposta strutturale al fabbisogno di investimenti, proponendo un fondo per la sovranità europea nel contesto della revisione del quadro finanziario pluriennale prima dell'estate 2023. L'obiettivo è preservare un vantaggio europeo nelle tecnologie critiche ed emergenti per le transizioni verde e digitale: da quelle informatiche, quali la microelettronica, l'informatica quantistica e l'intelligenza artificiale, alla biotecnologia, alla biofabbricazione e alle tecnologie a zero emissioni nette. Alla base di questo strumento strutturale sta l'esperienza di progetti multinazionali coordinati nell'ambito degli IPCEI, cui si cercherà di migliorare l'accesso per tutti gli Stati membri in modo da salvaguardare la coesione e il mercato unico contro i rischi causati dalla disparità nella disponibilità di aiuti di Stato. La Commissione collaborerà con gli Stati membri nella progettazione del fondo per la sovranità per garantire che risponda alle loro rispettive esigenze.

(Omissis)

2.4. Commercio e catene di approvvigionamento resilienti

L'UE accoglie con favore le iniziative messe in atto in tutto il mondo al fine di perseguire il traguardo della neutralità climatica e della sostenibilità ambientale. L'obiettivo dell'azzeramento delle emissioni nette può essere raggiunto nelle migliori condizioni basando gli incentivi alle tecnologie a zero emissioni nette sui principi della concorrenza leale e del commercio aperto. Il quarto pilastro del piano industriale del Green Deal consiste nella cooperazione mondiale e nell'uso del commercio per agevolare la transizione pulita.

L'UE trae forza politica e competitiva dall'essere una potenza commerciale e rimane una destinazione attraente per gli investimenti internazionali. Non avremmo costruito la nostra resilienza e superato le sfide degli ultimi anni senza i vantaggi economici del commercio e i partenariati reciprocamente vantaggiosi sviluppati con paesi terzi. Allo stesso tempo, l'aumento delle pratiche sleali e coercitive ci ha costretto a sviluppare nuovi strumenti e a far rispettare i nostri diritti, in modo da mantenere condizioni di parità⁴. Nel complesso, ciò rispecchia l'impegno dell'UE a favore di un'autonomia strategica aperta.

L'apertura commerciale è un elemento essenziale della nostra strategia inteso a consentire all'UE di mantenere una posizione di leader nelle tecnologie a zero emissioni nette. La politica commerciale mantiene il mercato unico connesso ai poli di crescita al di fuori del nostro continente, garantendo nel contempo l'accesso ai fattori produttivi essenziali per la transizione verde. Da un lato, un commercio aperto crea opportunità per la nostra industria aprendo nuovi mercati di esportazione e creando economie di scala; dall'altro, dà accesso a materie prime, pezzi, componenti e servizi di cui la nostra industria ha bisogno, considerando che due terzi delle nostre importazioni sono costituite da prodotti intermedi.

L'UE collaborerà con i propri partner per promuovere la stabilità del commercio internazionale e rafforzare la certezza del diritto per gli investitori e per le imprese continuando a sostenere

³ Ciò non comprometterebbe le entrate complessive dell'ETS disponibili per il rimborso del debito di NextGenerationEU.

⁴ A tal fine è necessario, fra l'altro, rafforzare la capacità dell'UE di controllare e proteggere le proprie frontiere, che è un obiettivo fondamentale della prossima riforma doganale.

l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), anche attraverso la sua riforma. L'OMC contribuisce a sostenere la neutralità climatica fungendo da forum per le deliberazioni sugli aspetti commerciali della transizione verde, chiarendo come promuovere gli investimenti verdi in modo da ridurre al minimo le distorsioni commerciali e rafforzando le discipline sulle sovvenzioni che hanno un impatto negativo sia sul commercio che sul clima.

La Commissione continuerà a coltivare la rete dell'UE di accordi di libero scambio, sfruttando al massimo quelli già in vigore attraverso un'attuazione e un'applicazione efficaci. In particolare si adopererà per concludere i negoziati con l'Australia entro l'estate del 2023 e per compiere progressi significativi con l'India e l'Indonesia, esplorando nel contempo le possibilità esistenti con altri partner della regione indo-pacifica. Proporrà di ratificare gli accordi con Cile, Messico e Nuova Zelanda e cercherà di compiere progressi con il Mercosur. Essa punterà inoltre a finalizzare l'accordo di partenariato economico con il Kenya.

La Commissione sosterrà la transizione pulita continuando a sviluppare altre forme di cooperazione con i partner, oltre agli accordi commerciali più tradizionali. Il Consiglio per il commercio e la tecnologia con gli Stati Uniti e quello in preparazione con l'India rappresentano un nuovo strumento di cooperazione. Attraverso il lavoro dell'apposita task force UE-USA per la legge sulla riduzione dell'inflazione, l'UE e gli Stati Uniti si stanno adoperando per trovare soluzioni pragmatiche alle preoccupazioni dell'Europa, al fine di mantenere e rafforzare le catene del valore transatlantiche e garantire una cooperazione positiva sull'interesse comune a conseguire l'azzeramento delle emissioni nette.

L'UE ha sviluppato accordi di agevolazione degli investimenti sostenibili, in particolare con partner africani, per contribuire ad attirare ed espandere gli investimenti integrando nel contempo impegni in materia di ambiente e di diritti del lavoro. Il clima e l'energia sono un settore chiave per i partenariati nell'ambito della strategia Global Gateway, con cui l'UE mira a contribuire alla riduzione del divario degli investimenti in tutto il mondo. Inoltre, si sosterranno i paesi in via di sviluppo nei loro sforzi di adattamento e di conformità ai requisiti autonomi di sostenibilità dell'UE. Si svilupperà ulteriormente il dialogo politico e le azioni concrete in materia di ricerca e innovazione con l'Unione per il Mediterraneo e con l'Unione africana per promuovere la cooperazione in materia di energie rinnovabili e idrogeno verde⁵. La Commissione propone che gli investimenti in altri settori chiave del partenariato, come il digitale o i trasporti, siano ulteriormente allineati all'obiettivo dell'azzeramento delle emissioni nette. La Commissione continuerà a sostenere gli investimenti verdi nell'energia, nei trasporti e nella connettività digitale mediante l'attuazione di piani economici e di investimento per i Balcani occidentali, per il partenariato orientale e per il vicinato meridionale.

Sarà inoltre sviluppata una serie di nuove iniziative:

- collaboreremo con partner che condividono i nostri stessi principi per istituire un Club delle materie prime critiche inteso a garantire un approvvigionamento mondiale sicuro, sostenibile e a prezzi accessibili di materie prime essenziali per la nostra transizione verde e digitale, con una base industriale competitiva e diversificata. Partendo dalle iniziative internazionali esistenti, il Club elaborerà principi per riunire i paesi consumatori di materie prime e i paesi ricchi di risorse e promuovere la cooperazione, in modo da consentire ai paesi in via di sviluppo ricchi di risorse di progredire lungo la catena del valore;
- svilupperemo partenariati industriali per le tecnologie pulite / a zero emissioni nette⁶ per promuovere l'adozione di tecnologie a zero emissioni nette a livello mondiale e sostenere il ruolo delle capacità industriali dell'UE nel preparare il terreno per la transizione del pianeta verso l'energia pulita;
- elaboreremo una strategia in materia di crediti all'esportazione che comprenderà uno strumento dell'UE per il credito all'esportazione e un coordinamento rafforzato degli strumenti finanziari dell'UE. In tal modo sarà possibile promuovere la coerenza con politiche quali il Green Deal europeo o il Global Gateway con cui l'UE si è impegnata a investire in infrastrutture compatibili con percorsi per l'azzeramento delle emissioni nette.

L'apertura prospera solo se l'equità non muore. Paesi in tutto il mondo hanno sviluppato nuove iniziative a sostegno della transizione verde. Dove l'impronta pubblica sui mercati privati è eccessiva, le distorsioni creano condizioni di disparità ed emergono situazioni di concorrenza slea-

⁵ Nell'ambito di Orizzonte Europa sono state lanciate un'apposita "iniziativa per l'Africa" e un'"iniziativa per il Mediterraneo", ciascuna con un investimento totale dell'UE di circa 300 milioni di EUR.

⁶ Come elaborato dalla coalizione dei ministri del Commercio per il clima:
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_23_248.

le. Destano particolare preoccupazione le economie non di mercato. L'UE intende guidare una risposta forte per affrontare queste tendenze.

In primo luogo, la Commissione continuerà a utilizzare appieno gli strumenti di difesa commerciale per tutelare il mercato unico da pratiche commerciali sleali come il dumping e le sovvenzioni distorsive, con particolare attenzione ai settori fondamentali per conseguire l'obiettivo di azzeramento delle emissioni nette dell'UE. Prenderemo inoltre iniziative supplementari per evitare che i provvedimenti adottati siano elusi.

Con la proliferazione di incentivi verdi in tutto il mondo, la Commissione garantirà che le sovvenzioni estere non compromettano ingiustamente la competitività dell'industria europea. Il regolamento sulle sovvenzioni estere è entrato in vigore il 12 gennaio 2023 e rappresenta uno strumento supplementare per indagare sulle sovvenzioni concesse da paesi terzi, considerando il loro impatto specifico sul mercato interno. L'UE collaborerà con i partner per individuare e affrontare le sovvenzioni distorsive o le pratiche commerciali sleali relative al furto di proprietà intellettuale o al trasferimento forzato di tecnologia in economie non di mercato, come la Cina.

La Commissione promuoverà inoltre la reciprocità per l'accesso ai mercati degli appalti pubblici. Essa è pronta a utilizzare lo strumento per gli appalti internazionali per la prima volta nel 2023, a favore della parità di accesso delle imprese dell'UE ai mercati degli appalti nei paesi terzi.

Infine, in un momento di crescenti tensioni geopolitiche, l'UE e i suoi Stati membri dovrebbero agire insieme per difendere i loro interessi. Il quadro dell'UE per il controllo degli investimenti esteri diretti consente un coordinamento efficace per tutelare i principali attivi europei e proteggere la sicurezza collettiva. Stiamo riesaminando il funzionamento del meccanismo e valutando in che modo sia possibile migliorarne ulteriormente l'efficacia senza compromettere la nostra apertura agli investimenti esteri diretti. Nel contempo ci coordineremo con gli alleati, anche nell'ambito del programma di lavoro sulla sicurezza economica presentato dal Giappone, che detiene la presidenza del G7. Lo strumento anti-coercizione dell'UE, una volta adottato, fornirà mezzi adeguati per rispondere rapidamente alle intimidazioni economiche.

(omissis)

SOMMARIO: 1. Un nuovo Piano industriale per l'era a zero emissioni nette. – 2. Le principali componenti del nuovo Piano industriale. – 3. Gli aiuti di Stato tra emergenza e rischi di frammentazione del mercato interno. – 4. Multilateralismo e unilateralismo in materia commerciale. – 5. Il ritorno di una politica industriale europea.

1. Un nuovo Piano industriale per l'era a zero emissioni nette

Il primo febbraio 2023 è stata pubblicata la comunicazione della Commissione europea sul nuovo *Piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette*⁷. Si tratta solo dell'ultimo dei tanti tasselli che compongono la linea direttrice della Commissione degli ultimi anni, a partire dall'approvazione del *Green Deal* europeo⁸, finalizzata alla riconversione energetica del sistema produttivo del mercato interno⁹. Che l'ambizione della Commissione sia quella di definire una politica industriale europea in senso proprio sembra ormai piut-

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – *Un piano industriale del Green Deal per l'era a zero emissioni nette*, COM(2023) 62 final, 1 febbraio 2023.

⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019.

⁹ V. sul punto E. CHITI, *Managing the Ecological Transition of EU: the European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 19 ss.; F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, p. 13 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Le politiche di decarbonizzazione e i loro riflessi sulla costituzione economica e sulla governance europea e nazionale*, in *Diritto Pubblico*, 2021, p. 415 ss.

tosto evidente, sebbene il Piano industriale costituisca anche la risposta dell'Unione europea (UE) alle pressioni esterne provenienti dalle politiche di altri Paesi e, prima fra tutte, a quella derivante dal recente *Inflation Reduction Act* adottato dall'amministrazione Biden nell'agosto 2022. Nonostante ciò, il Piano industriale proposto dalla Commissione si inserisce nella più ampia cornice delle iniziative recentemente assunte per dare consistenza agli obiettivi del Green Deal e per imprimere un carattere maggiormente finalistico alle misure adottate dall'Unione relative all'industria europea.

Da questo punto di vista, il Piano industriale costituisce anche il tentativo della Commissione di conferire un certo grado di coerenza e uniformità alle molte iniziative intraprese negli ultimi anni. Si tratta di un'esigenza di primo piano, considerato anche l'assetto delle competenze di cui l'UE dispone per far fronte alle radicali trasformazioni in atto sul piano interno e internazionale.

In effetti, la stessa idea di una politica industriale europea si è fatta strada negli anni recenti a discapito di quanto originariamente previsto dai Trattati. È sufficiente in questa sede richiamare l'art. 173 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale costituisce la base giuridica per l'azione dell'Unione su questo fronte. La norma attribuisce all'UE una competenza di mero coordinamento e sostegno delle politiche nazionali degli Stati membri¹⁰, con il dichiarato obiettivo di «assicurare le condizioni necessarie alla competitività delle industrie dell'Unione». Una competenza, dunque, di natura meramente complementare, che in alcun modo limita le scelte di politica nazionale degli Stati¹¹. Inoltre, appare evidente la scelta dei redattori del Trattato di vincolare – e subordinare – le decisioni in materia di industria ai valori del libero mercato, come ribadito dal par. 3 dello stesso art. 173, il quale vieta l'introduzione di qualunque misura che possa considerarsi distorsiva della concorrenza¹². Nonostante questa impostazione, le forme e gli strumenti delle iniziative avviate a partire dal *Green Deal* si sono sensibilmente distanziati dal modello codificato nell'art. 173 TFUE. Anzi, è oggi ancora più evidente che una politica industriale europea passa per l'esercizio di molteplici competenze dell'Unione, di carattere ben più incisivo, specialmente nei settori del mercato interno, della tutela ambientale, della coesione economica, sociale e territoriale, dell'energia e dei trasporti, nonché della politica commerciale comune.

Va ricordato che, già nel marzo del 2020, la Commissione aveva lanciato una Nuova strategia industriale per l'Europa¹³, ma gli eventi successivi avevano messo in luce le fragilità e le dipendenze tecnologiche ed energetiche dell'Unione. In questo contesto si è poi affermata la nozione di autonomia strategica aperta, intesa come «un'azione interna ed esterna congiunta in diverse aree di intervento, che allinei e utilizzi tutti gli strumenti commerciali a sostegno degli interessi dell'UE e degli obiettivi strategici»¹⁴.

¹⁰ Va cioè ricondotta nell'alveo delle competenze c.d. del terzo tipo di cui all'art. 6 TFUE, volte a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri.

¹¹ Tanto che viene espressamente esclusa la possibilità di ricorrere a provvedimenti di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

¹² Sul punto cfr. G. SCALESE, *Articolo 173*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1566-1567.

¹³ Comunicazione della Commissione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM(2020) 102 final del 10 marzo 2020.

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – *Riesame della politica commerciale* –

Se, dunque, la strategia per l'industria europea che ha preso forma tra il 2019 e il 2020 aveva subito una battuta d'arresto, il nuovo Piano industriale sembrerebbe segnare il ritorno a una prospettiva programmatica di lungo periodo. L'analisi che segue tenterà dunque di ricostruire i principali elementi su cui si fonda il Piano industriale del *Green Deal* (par. 2), per valutarne le ricadute sul fronte del mercato interno (par. 3) e della politica commerciale comune (par. 4), al fine di trarre alcune osservazioni conclusive sugli sviluppi futuri (5).

2. Le principali componenti del nuovo Piano industriale

La Comunicazione della Commissione si inserisce nella più ampia prospettiva del *Green Deal* europeo, già in parte sviluppato con il pacchetto *Fit for 55* e il Piano RePowerEU¹⁵. L'obiettivo è quello di ulteriormente incentivare la transizione ecologica verso un'industria a zero emissioni nette (o *net-zero*), vale a dire un'industria le cui emissioni di gas a effetto serra siano prossime allo zero¹⁶. Tale transizione è presentata dalla Commissione come un'importante occasione di sviluppo economico e competitivo del mercato interno, sebbene – come evidenziato in precedenza – si tratti al tempo stesso di una risposta alle iniziative adottate nello stesso campo da alcuni dei principali concorrenti stranieri del sistema europeo. La Commissione, in effetti, traccia fin dall'inizio un confronto con le trasformazioni in corso nel mercato statunitense, sottolineando al tempo stesso le incertezze prodotte dalla decisione cinese di incrementare le sovvenzioni per l'industria tecnologica nell'ultimo piano quinquennale¹⁷. L'aspirazione, tuttavia, è che l'Unione possa anche offrire un modello di conversione industriale a livello globale, dettando uno standard per gli altri Stati che, nell'ambito dell'Accordo di Parigi, hanno dichiarato nei loro Contributi nazionali (NDC) l'obiettivo delle zero emissioni nette¹⁸.

I pilastri su cui poggia questa nuova politica industriale sono identificati dalla Commissione in una serie di interventi regolatori, nell'accesso più rapido ed esteso a forme di finanziamento, nell'acquisizione di nuove competenze per il mondo del lavoro e, infine, in diverse misure relative al commercio internazionale. È evidente, dunque, che l'iniziativa della Commissione guarda

Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva, COM(2021) 66 final del 18 febbraio 2021, p. 4.

¹⁵ Si rinvia, sul punto, all'ampio studio pubblicato su questa rivista da G. CAVALIERI-B. CELATI-S. FRANCA-M. GANDIGLIO-A.R. GERMANI-A. GIORGI-G. SCARANO, *Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, p. 409 ss.

¹⁶ Obiettivo spesso tradotto con i termini *carbon neutrality* o neutralità climatica. Tale obiettivo ha trovato conferma dal punto di vista giuridico nel regolamento 2021/1119 del 30 giugno 2021, con cui l'UE ha fissato la riduzione del 55% delle emissioni per il 2030 e l'azzeramento delle stesse per il 2050.

¹⁷ Piano industriale del *Green Deal*, COM(2023) 62 final, p. 2. Il finanziamento pubblico cinese per la decarbonizzazione sta producendo effetti particolarmente rilevanti, anche grazie al ruolo giocato dalle imprese pubbliche. Sul punto cfr. l'analisi di F. MACHEDA, *Politiche industriali e imprese pubbliche: le fondamenta della via cinese alla decarbonizzazione*, in *L'industria*, 2022, p. 581 ss.

¹⁸ Quarantotto Stati parte dell'Accordo di Parigi hanno confermato la loro volontà di raggiungere la neutralità climatica in documenti nazionali di carattere politico, mentre ventuno di essi hanno inserito tale obiettivo nella legislazione nazionale. Dati disponibili su <https://www.climatewatchdata.org/net-zero-tracker>.

contemporaneamente tanto al fronte interno quanto a quello esterno del mercato europeo, con l'ambizione di mantenere la più efficace coerenza possibile tra le politiche del mercato interno e le azioni della politica commerciale comune¹⁹.

Una prima parte del documento è dunque dedicata alle proposte di iniziativa legislativa. Queste riguardano innanzitutto un atto legislativo sull'industria *net-zero*, finalizzato a semplificare il quadro regolatorio relativo alla capacità produttiva di alcuni settori merceologici essenziali alla transizione ecologica. Il regolamento, presentato il 16 marzo 2023, istituisce un quadro di misure volte a innovare e incrementare la capacità di produzione di tecnologie a zero emissioni nette, nonché a garantire la libera circolazione di tali tecnologie una volta immesse nel mercato interno²⁰. Il regolamento dovrebbe altresì introdurre misure di razionalizzazione dei procedimenti amministrativi, con il fine ultimo di accelerare i procedimenti autorizzativi.

Successivo intervento normativo è rappresentato da un provvedimento volto a garantire un approvvigionamento di materie prime critiche (c.d. *Raw Materials Act*) e la sicurezza delle catene di fornitura per i produttori europei²¹. Infine, sempre nel marzo 2023, la Commissione ha già presentato un pacchetto di misure destinate a riformare il mercato europeo dell'energia²².

La conferma che si tratti di uno strumento di reazione alle politiche industriali e commerciali di altri Paesi si rinviene soprattutto nella sezione dedicata alle sovvenzioni e agli aiuti di Stato. La Commissione esplicita le preoccupazioni di Stati e operatori economici europei, sottolineando che i programmi di sovvenzioni adottati all'estero rischiano di compromettere l'equilibrio dei mercati internazionali²³. Questa la ragione che giustifica l'estensione e l'accelerazione dell'accesso a nuovi finanziamenti per l'industria *net-zero*. I canali di finanziamento individuati dalla Commissione sono essenzialmente tre: risorse degli Stati membri, risorse dell'Unione europea e investimenti privati.

Quanto alle prime, esse prendono la forma di aiuti di Stato, nell'ambito di un ulteriore affievolimento dei limiti normalmente imposti in questo settore agli Stati membri, in continuità con quanto già accaduto a partire dal periodo post

¹⁹ La politica commerciale comune, secondo quanto stabilito dall'art. 207 TFUE, è costituita da tutti i riflessi esterni dell'unione doganale: «le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni». Inoltre, è uno dei pochi settori che l'art. 3 TFUE attribuisce a una competenza integralmente esclusiva dell'Unione.

²⁰ COM(2023) 161 final, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo di produzione di prodotti delle tecnologie a zero emissioni nette (normativa sull'industria a zero emissioni nette), 16 marzo 2023.

²¹ COM(2023) 160 final, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro atto a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile di materie prime critiche e che modifica i regolamenti (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1724 e (UE) 2019/1020, 16 marzo 2023.

²² COM(2023) 148 final, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2019/943 e (UE) 2019/942 e le direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 per migliorare l'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione; COM(2023) 147 final, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) n. 1227/2011 e (UE) 2019/942 per migliorare la protezione dell'Unione dalla manipolazione del mercato nel mercato dell'energia all'ingrosso.

²³ Piano industriale del *Green Deal*, COM(2023) 62 final, p. 7.

pandemico e dallo scoppio del conflitto in Ucraina²⁴. È inoltre previsto che l'Unione intervenga con proprie risorse, principalmente quelle disponibili attraverso il Dispositivo per la ripresa e la resilienza²⁵. Infatti, sulla base dell'accordo raggiunto nel dicembre 2022 tra Parlamento e Consiglio, il supporto finanziario alla transizione ecologica potrà beneficiare di ulteriori risorse messe a disposizione attraverso REPowerEU. Gli Stati membri potranno così includere nuove misure nei loro piani nazionali di ripresa e resilienza da finanziare attraverso questo incremento²⁶. Anche il programma InvestEU sarà coinvolto, con la possibilità di garantire investimenti privati con risorse dell'UE in operazioni incardinate sulla Banca europea di investimenti (BEI). Infine, ulteriori risorse proverranno dal Fondo per l'innovazione.

Gli altri pilastri della nuova politica industriale sono rappresentati da un miglioramento delle competenze delle persone nei campi del digitale e della transizione ecologica e da un insieme di iniziative sul piano internazionale nell'ambito della politica commerciale comune (su cui v. *infra* al par. 4). Quanto al primo aspetto, la Commissione, nel sottolineare le opportunità offerte dalla transizione verde sul fronte occupazionale, propone un rafforzamento del monitoraggio di domanda e offerta delle competenze, insieme con un maggiore finanziamento per l'attuazione della strategia europea per le università²⁷. Inoltre, il Piano richiama la necessità di aggiornare i meccanismi di riconoscimento reciproco tra Stati membri delle qualifiche professionali in relazione a nuove competenze, anche con l'introduzione di procedure accelerate²⁸.

3. Gli aiuti di Stato tra emergenza e rischi di frammentazione del mercato interno

Come si è già osservato, una componente rilevante della nuova politica industriale presentata dalla Commissione è costituita da un più ampio e rapido accesso a canali di finanziamento derivanti da risorse nazionali degli Stati membri. Si tratta, cioè, di un ulteriore intervento per rendere più flessibili i vincoli derivanti dal diritto primario dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato.

Le premesse da cui muove la Commissione paiono volte a dimostrare che queste scelte si inseriscono in un solco di continuità con gli interventi che si sono succeduti a partire dall'emergenza pandemica. In particolare, però, la comunicazione si concentra sul *Quadro temporaneo di crisi*, adottato nel marzo 2022 per contrastare le difficoltà economiche determinate dal conflitto tra

²⁴ E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2022, p. 3 ss.

²⁵ Istituito con Regolamento (UE) 2021/241 del 12 febbraio 2021, in GU L 057 del 18 febbraio 2021.

²⁶ Contestualmente la Commissione ha anche pubblicato una guida relativa all'aggiornamento dei piani nazionali di ripresa e resilienza per l'integrazione delle misure finanziate attraverso REPowerEU. Cfr. Orientamenti sui piani per la ripresa e la resilienza nel contesto di REPowerEU (2023/C 80/01), in GU C 80/1 del 3 marzo 2023.

²⁷ Comunicazione della Commissione su una strategia europea per le università, COM(2022) 16 final, 18 gennaio 2022.

²⁸ Piano industriale del *Green Deal*, COM(2023) 62 final, p. 18.

Russia e Ucraina²⁹. Sulla base di quel modello, la Commissione ha infatti definito le priorità del nuovo *Quadro temporaneo di crisi e transizione* (TCTF), incentrato su una semplificazione degli aiuti per le energie rinnovabili e per la decarbonizzazione delle produzioni industriali, su nuovi regimi potenziati di finanziamento per tecnologie strategiche e su un incremento di aiuti per grandi progetti di produzione in catene del valore strategiche. A ciò si aggiunge una revisione del Regolamento generale di esenzione per categoria³⁰, finalizzata ad innalzare le soglie di notifica degli aiuti di Stato in determinati settori³¹.

Il 9 marzo 2023 la Commissione ha in effetti adottato il nuovo Quadro temporaneo, del quale pare opportuno richiamare gli aspetti essenziali. Innanzitutto, il Quadro sdoppia le linee di intervento sui due fronti della crisi ucraina e della transizione per un'industria a zero emissioni nette. Le misure a disposizione degli Stati membri sul primo fronte potranno trovare applicazione fino alla fine del 2023. Per quelle relative alla transizione è al momento fissata una scadenza a fine 2025.

Gli aiuti alla transizione saranno dunque considerati compatibili con i limiti imposti dall'art. 107 TFUE se rispetteranno i requisiti fissati dal nuovo Quadro temporaneo. Nello specifico, la Commissione fa riferimento ad aiuti che ricadano nella previsione di cui all'art. 107, par. 3, lett. c) del TFUE, vale a dire «aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»³². Gli aiuti ritenuti compatibili dovranno riguardare gli investimenti o il funzionamento per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili e lo stoccaggio di energia; la decarbonizzazione dei processi di produzione industriale attraverso l'elettificazione e/o l'uso di idrogeno rinnovabile e di idrogeno elettrolitico; la riduzione supplementare del consumo di energia elettrica; gli investimenti in settori strategici per la transizione verso un'economia a zero emissioni nette. La Commissione identifica quindi alcuni settori strategici, la cui rilevanza è divenuta particolarmente evidente nei tempi più recenti. Si pensi, ad esempio, all'approvvigionamento di materie prime critiche necessarie per la produzione di dispositivi e di componenti

²⁹ Il quadro temporaneo per la crisi ucraina, più volte prorogato, ha cessato di avere effetti il 27 ottobre 2022. Gli aiuti comunicati dopo questa data ma entro il 9 marzo 2023 ricadranno comunque nell'ambito di applicazione del nuovo quadro.

³⁰ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, in GU L 187/1 del 26 giugno 2014. Per tali categorie viene meno l'obbligo di previa notifica a carico degli Stati membri.

³¹ La maggiore flessibilità garantita agli Stati anche su questo piano riguarda alcuni settori chiave quali l'idrogeno, la cattura e lo stoccaggio del carbonio, i veicoli a zero emissioni e la prestazione energetica degli edifici, le infrastrutture di ricarica e rifornimento nonché gli aiuti alla formazione per le competenze. Le modifiche non sono ancora in vigore ma sono già contenute nella bozza di regolamento di modifica della Commissione, presentata nell'allegato della Comunicazione COM(2023) 1712 final del 9 marzo 2023.

³² V. Comunicazione della Commissione (2023/C 101/03), *Quadro temporaneo di crisi e transizione per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina*, in GU C 101/3 del 17 marzo 2023, sez. 2.5. Va rilevato che le misure adottate nell'ambito del precedente Quadro temporaneo di crisi continuano a fondarsi sulla lett. b) dell'art. 107, par. 3 TFUE, relativa ad aiuti destinati «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». Era stato avanzato qualche dubbio sul fatto che, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, la disposizione potesse costituire la base giuridica per interventi più ampi di politica industriale nel quadro della transizione ecologica. V. D. KLEIMANN-N. POITIERS-A. SAPIR-S. TAGLIAPIETRA-N. VÉRON-R. VEUGELERS-J. ZETTELMEYER, *How Europe should answer the US Inflation Reduction Act*, Policy Contribution Issue n. 04/23, Brueg.

chiave per la transizione *net-zero*, messo in seria difficoltà dalle politiche cinesi e statunitensi.

Che tale intervento si ponga in linea di stretta continuità con la recente prassi seguita dalla Commissione è fuor di dubbio. L'adozione di misure temporanee in materia di aiuti di Stato è divenuta sempre più frequente a partire dalla crisi economica del 2008-2012 e ha poi trovato una solida conferma nel periodo pandemico e nella risposta al conflitto in Ucraina. Tuttavia, la scelta di ricorrere a tali misure appare meno coerente rispetto agli ampi obiettivi programmatici del *Green Deal* e testimonia che ancora una volta l'intervento ha un carattere sostanzialmente emergenziale³³. Malgrado le dichiarazioni di intenti sulla volontà di rendere l'Unione «la patria della tecnologia pulita e dell'innovazione industriale sulla strada verso la neutralità climatica»³⁴, risulta invero evidente, anche dal testo della Comunicazione stessa, che ci si trova di fronte a uno scenario di elevata concorrenza con altri attori stranieri sul piano della transizione energetica e che la Commissione ha agito in questa direzione anche sotto la pressione di numerosi Stati membri. Basti pensare che il Piano industriale prevede l'introduzione di condizioni «adeguate per verificare se esistono rischi concreti di sviamento dell'investimento» al di fuori dello Spazio economico europeo (SEE)³⁵. E che, contestualmente, il Quadro temporaneo di crisi e transizione ha disposto che, per alcuni settori strategici³⁶, l'autorità che concede l'aiuto «deve verificare che non vi sia alcun rischio concreto che l'investimento produttivo abbia luogo al di fuori del SEE»³⁷. Oltre a ciò, è previsto che la Commissione possa approvare, in questo specifico contesto, aiuti superiori a quelli fissati in via generale dal Quadro temporaneo «fino a concorrenza dell'importo della sovvenzione che il beneficiario potrebbe ricevere sulla base di elementi dimostrabili per un investimento equivalente in un paese terzo al di fuori del SEE»³⁸. Tali previsioni esprimono la preoccupazione che le misure adottate da Paesi terzi possano non soltanto agevolare le loro produzioni nazionali, ma altresì attrarre capitali europei determinanti per la transizione *net-zero* dell'industria UE³⁹.

³³ Sulla necessità di interventi regolatori di più ampia portata, che consentano una maggiore convergenza tra le logiche della concorrenza e la tutela ambientale, cfr. le osservazioni di N. SPADARO, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2021, p. 431 ss., in part. pp. 359-360. Per una più ampia prospettiva sul punto si rinvia altresì a S. MARINO, *La tutela ambientale nella politica dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 43 ss.

³⁴ Cfr. il discorso della Presidente della Commissione europea tenuto in occasione del *World Economic Forum* di gennaio 2023, disponibile su https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_232.

³⁵ Piano industriale del *Green Deal*, COM(2023) 62 final, p. 9.

³⁶ Si tratta in particolare della produzione di dispositivi utili ai fini della transizione verso un'economia a zero emissioni nette, vale a dire batterie, pannelli solari, turbine eoliche, pompe di calore, elettrolizzatori e dispositivi per la cattura e lo stoccaggio del carbonio (*carbon capture usage and storage* o CCUS); oppure della produzione di componenti chiave progettati e utilizzati principalmente come input diretto per la produzione dei dispositivi di cui al punto i); oppure dell'estrazione o il recupero delle relative materie prime critiche necessarie per la produzione dei dispositivi e dei componenti chiave di cui ai precedenti punti i) e ii). V. sez. 2.8. del Quadro temporaneo.

³⁷ Quadro temporaneo di crisi e transizione, punto 85.

³⁸ Ivi, punto 86.

³⁹ Sul ricorso agli aiuti di Stato come strumento di protezione dalle imprese straniere sovvenzionate cfr. L. HORNKOHL, *Protecting the Internal Market From Subsidisation With the EU State*

Se è vero, da un lato, che la transizione verso un'industria a zero emissioni non può che essere sostenuta da un piano esteso di investimenti pubblici, non può però negarsi che il sistema ordinamentale europeo pone delle difficoltà aggiuntive rispetto ad altri ordinamenti nazionali.

In primis, vi è il rischio di una eccessiva frammentazione del mercato interno⁴⁰: ciò risulta particolarmente evidente proprio nell'ambito degli aiuti di Stato, laddove il sostegno a una transizione verde rimane inevitabilmente vincolato alle diverse capacità di spesa dei singoli Stati membri⁴¹. Anche nell'ambito dei Quadri temporanei precedenti si è invero assistito a una sensibile disparità nell'ampiezza e nell'incisività dei sussidi offerti dai diversi Stati membri⁴². Il rischio, dunque, che tali misure possano pregiudicare il c.d. *level playing field* (o condizioni di parità) nel mercato interno è certamente elevato⁴³. Questo aspetto, inoltre, non attiene solo alle disparità tra Stati membri, ma altresì alla diversa posizione in cui vengono a trovarsi grandi agglomerati multinazionali e imprese di dimensioni medio-piccole. Proprio in relazione alla possibilità di concedere aiuti più consistenti a fronte del rischio di delocalizzazione in un Paese terzo, è stato osservato che tale meccanismo potrebbe favorire eccessivamente le grandi imprese – la cui capacità di investimento in altri mercati è certamente più marcata – rispetto a imprese operanti sul solo territorio europeo⁴⁴.

A ciò deve aggiungersi che il Piano industriale ha posto l'accento sulla necessità che gli aiuti di Stato assumano anche la veste di agevolazioni fiscali. Dal momento che le politiche fiscali ricadono in competenze di natura nazionale, il ruolo del coordinamento a livello UE potrebbe ulteriormente affievolirsi. A questo proposito, la Commissione propone agli Stati membri di allineare le proprie politiche di incentivazione fiscale ad uno schema comune, per garanti-

Aid Regime and the Foreign Subsidies Regulation: Two Sides of the Same Coin?, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 137 ss.

⁴⁰ Rischio che era già stato evidenziato in relazione ai precedenti Quadri temporanei, specialmente a quello adottato per rispondere alla crisi economica conseguente alla pandemia da COVID-19. Cfr. C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati? Dal Temporary Framework al Recovery Plan nel "comune interesse europeo"*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2021, pp. 132-133.

⁴¹ Cfr. J. HAFELE-J. BARTH, *A five-point plan for EU Industrial Policy*, ZOE Institute for Future-fit Economies, Cologne, 2023. Rischio peraltro già espressamente riconosciuto dalla stessa Commissione europea in relazione alle misure adottate per far fronte alla crisi economica del 2012. Cfr. Comunicazione della Commissione, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*, COM(2012) 209 def.

⁴² I. AGNOLUCCI, *Will COVID-19 Make or Break EU State Aid Control? An Analysis of Commission Decisions Authorising Pandemic State Aid Measures*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, p. 3 ss.; D. LYPALO, *Bend it until it breaks: Flexibility of Temporary Crisis Framework in the context of the Russian Invasion of Ukraine*, in *eulawlive.com*, 6 febbraio 2023.

⁴³ La definizione di *level playing field* è quella richiamata dall'Avvocato generale nella causa C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd contro Commissione europea*, conclusioni dell'Avvocato generale del 29 aprile 2010, ECLI:EU:C:2010:229, punto 169: «sotto porre tutte le imprese nell'Unione europea a regole uniformi per quanto riguarda la disciplina della concorrenza, e di creare per esse condizioni di parità per la concorrenza nel mercato interno».

⁴⁴ Si veda a questo proposito la lettera aperta inviata da associazioni europee di imprese e ONG alla Commissione europea il 13 marzo 2023, disponibile su <https://www.balancedeconomy.net/wp-content/uploads/2023/03/Open-letter-state-aid-and-corporate-concentration-1.pdf>. V. anche P. STAVICZKY, *The European Answer to the Inflation Reduction Act: Has Unleashing State Aid Control Any Potential to Enhance the European Competitiveness?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2023, p. 78 ss.

re maggiore coerenza e prevedibilità delle stesse. Tale meccanismo, non ancora operativo, non avrebbe però carattere vincolante⁴⁵.

La seconda criticità è legata alla progressiva erosione dei principi fissati dai Trattati in tema di aiuti di Stato. Il timore manifestato da più parti è che la prassi della Commissione finisca in sostanza per diventare la regola, determinando un sovvertimento del sistema incentrato sulla generale incompatibilità degli aiuti di Stato con il diritto dell'UE, così come previsto dall'art. 107, par. 1 TFUE⁴⁶. Ciò comporta, altresì, una più elevata tensione tra le regole fondamentali del settore degli aiuti di Stato e i poteri della Commissione, che nel contesto di interventi emergenziali rischia di compromettere certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni da assumere⁴⁷.

Di queste criticità, ad ogni modo, la comunicazione sul Piano industriale del *Green Deal* sembra tenere conto. Il documento, infatti, aggiunge alla componente degli aiuti nazionali l'elemento del finanziamento centralizzato europeo, con la esplicita finalità di «evitare che livelli diversi di sostegno nazionale frammentino il mercato unico, agevolare la transizione verde in tutta l'Unione, evitare di aggravare le disparità regionali e colmare il divario tra i finanziamenti attualmente disponibili e il fabbisogno di finanziamento per espandere l'industria a zero emissioni nette»⁴⁸. Si tratta di una direzione auspicata da diversi Stati membri (inclusa l'Italia), che fa riferimento ai molteplici strumenti esistenti richiamati nel paragrafo precedente. La più rilevante novità, in questa prospettiva, sarebbe però rappresentata dalla istituzione di un Fondo per la sovranità europea (*European Sovereignty Fund*), con l'obiettivo di «preservare un vantaggio europeo nelle tecnologie critiche ed emergenti per le transizioni verde e digitale»⁴⁹. Il modello da seguire dovrebbe essere quello già sperimentato per i progetti di comune interesse europeo (c.d. IPCEI), ma bisognerà attendere la revisione del quadro finanziario, prevista per la seconda metà del 2023, per comprenderne esattamente la portata e il funzionamento. Molto dipenderà naturalmente dall'origine delle risorse finanziarie a disposizione del fondo: solo una elevata capacità di finanziamento potrebbe garantire il raggiungimento di un equilibrio competitivo tra i diversi Stati membri e, in una certa misura, sostituirsi al ricorso generalizzato ad aiuti nazionali⁵⁰. Al momento in cui si scrive, tuttavia, le probabilità che venga replicato un meccanismo di debito congiunto come quello che ha sostenuto il Next Generation EU sembra esclusa o, comunque, di difficile realizzazione⁵¹.

⁴⁵ Come osservato da più parti, il tentativo di coordinare le politiche fiscali nazionali attraverso gli obblighi in materia di aiuti di Stato ha mostrato più di una debolezza negli anni recenti. Per tutti v. G. PEROTTO, *How to Cope with Harmful Tax Competition in the EU Legal Order: Going beyond the Elusive Quest for a Definition and the Misplaced Reliance on State Aid Law*, in *Journal of European Legal Studies*, 2021, 309 ss.

⁴⁶ V. F. CAGOSSÌ, *Il Green Deal Industrial Plan: verso l'adozione dell'ennesimo quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato?*, in *BlogDUE*, 7 marzo 2023. V. anche, sul punto, le considerazioni di C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato ... o aiuti tra Stati?*, cit., p. 130.

⁴⁷ Sul punto v. le considerazioni di F. ROSSI DAL POZZO, *Aiuti di Stato e stato di emergenza tra solidarietà e condizionalità*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, 68-69.

⁴⁸ Piano industriale del *Green Deal*, COM(2023) 62 final, p. 10.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Cfr. O. FONTANA-S. VANNUCCINI, *Lo European Sovereignty Fund come veicolo della politica industriale europea*, Centro Studi sul Federalismo, Commento n. 261 dell'11 maggio 2023, che segnalano anche la possibilità che il Fondo svolga un ruolo – invero più ridotto – di sostegno allo sviluppo di tecnologie strategiche, sul modello delle agenzie già esistenti in altri Paesi.

⁵¹ EURACTIV, *Industrial policy: Will the EU have the money to finance its ambitions?*, 24

4. Multilateralismo e unilateralismo in materia commerciale

Il piano industriale proposto dalla Commissione presenta anche numerose ricadute sul fronte dei rapporti commerciali esterni e chiama in causa diversi aspetti del diritto del commercio internazionale. Innanzitutto, perché il ricorso a misure unilaterali di finanziamento pubblico deve comunque rimanere nei limiti imposti dagli obblighi internazionali dell'Unione in questo settore, segnatamente quelli derivanti dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e dagli accordi commerciali preferenziali. In secondo luogo, perché una politica industriale in senso stretto non può prescindere dal tenere in considerazione la concorrenza determinata da analoghe misure adottate da Stati terzi. Su questi aspetti, le considerazioni presentate dalla Commissione appaiono piuttosto generiche e, in larga misura, replicano un'impostazione già più volte avanzata in altre comunicazioni⁵².

Nella Comunicazione sul Piano industriale, la Commissione sottolinea in prima battuta la necessità di una cooperazione globale e di un uso del commercio internazionale come fattore di agevolazione della transizione energetica. Vengono dunque richiamate alcune importanti azioni già intraprese a livello internazionale, concentrate in particolare su due fronti: il sostegno al sistema multilaterale degli scambi commerciali incardinato nell'OMC e il rafforzamento della rete di accordi commerciali preferenziali (o di libero scambio), conclusi dall'UE con Stati terzi. Il primo elemento fa riferimento soprattutto al processo di riforma dell'Organizzazione, dato che alcune delle sue funzioni – in particolare quella di risoluzione delle controversie commerciali – sono bloccate ormai da tempo a causa del voto contrario statunitense⁵³. Il secondo, invece, attiene a uno dei principali strumenti della politica commerciale europea, rappresentato dagli accordi bilaterali di trattamento preferenziale conclusi con numerosi Stati terzi.

La rilevanza di questi accordi nel contesto della transizione energetica è cresciuta in misura considerevole negli ultimi anni, a partire dal momento in cui l'UE ha scelto di introdurre nel corpo delle previsioni pattizie i c.d. capitoli sul commercio e lo sviluppo sostenibile (*trade and sustainable development chapters* – *TDSC*)⁵⁴. Si tratta di specifiche disposizioni volte a vincolare en-

marzo 2023, disponibile su <https://www.euractiv.com/section/economy-jobs/news/industrial-policy-will-the-eu-have-the-money-to-finance-its-ambitions/>.

⁵² Soprattutto a partire dalle linee tracciate nel riesame della politica commerciale del 2021. Cfr. la Comunicazione della Commissione *Riesame della politica commerciale*, COM(2021) 66 final del 18 febbraio 2021.

⁵³ Sulla crisi dell'OMC e dell'Organo di risoluzione delle controversie si rinvia a G. SACERDOTI, *La crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio: Ragioni e prospettive di rilancio dopo la 12° Conferenza Ministeriale di giugno 2022*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 595 ss. Per un'analisi delle proposte di riforma avanzate dall'UE v. E. BARONCINI, *La proposta europea di riforma dell'OMC*, in P. MANZINI-M. VELLANO (a cura di) *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Wolters Kluwer/Cedam, Milano/Padova, 2021, pp. 135-166.

⁵⁴ La letteratura in materia è ormai molto ampia. Si rinvia, tra gli altri, a L. BARTELS, *Human Rights, Labour Standards, and Environmental Standards in CETA*, in S. GRILLER-W. OBWEXER-E. VRANES (a cura di), *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA: New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 202 ss.; G. ADINOLFI, *A Cross-cutting Legal Analysis of the European Union Preferential Trade Agreement's Chapters on Sustainable Development: Further Steps towards the Attainment of the Sustainable Development Goals?*, in C. BEVERELLI-J. KURTZ-D. RAESS (a cura di), *International Trade, Investment, and Sustainable Development Goals: World Trade Forum*, Cambridge University Press,

trambe le parti al rispetto di standard ambientali e di tutela dei lavoratori nell'ambito dei loro rapporti commerciali. L'assunzione di questi obblighi comporta una duplice conseguenza: da un lato, riduce la strutturale incomunicabilità normativa che ha spesso contraddistinto il diritto del commercio internazionale rispetto ad alcuni valori non commerciali, obbligando anche i partner commerciali extra-UE a rinunciare a parte del vantaggio competitivo derivante dall'applicazione, nei loro ordinamenti interni, di standard di tutela affievoliti; dall'altro lato, consente all'Unione di far valere eventuali violazioni di quegli stessi standard come violazioni dell'accordo commerciale, nell'ambito di procedure contenziose rafforzate rispetto al passato⁵⁵. In questo senso, i capitoli sullo sviluppo sostenibile costituiscono anche uno strumento di contenimento dell'autonomia regolatoria dei Paesi terzi⁵⁶.

Al consolidamento di questi due fronti si aggiungono anche nuove iniziative. La Commissione lavorerà alla creazione di un c.d. Club delle materie prime critiche, inteso a garantire un approvvigionamento sicuro e sostenibile. La piattaforma, di natura essenzialmente informale, dovrà elaborare «principi per riunire i paesi consumatori di materie prime e i paesi ricchi di risorse e promuovere la cooperazione». Obiettivo del nuovo piano sarà anche un maggiore sviluppo dei partenariati industriali per le tecnologie pulite, iniziativa già lanciata nel contesto della Coalizione dei ministri del commercio sul clima⁵⁷.

Un primo aspetto che va evidenziato rispetto a questa sezione del Piano industriale è la possibile contraddittorietà che essa segna rispetto alle misure adottate sul piano interno. Se gli sforzi – anche argomentativi – della Commissione paiono volti a confermare il sostegno ad un sistema fondato sulla cooperazione bilaterale e multilaterale, non può non vedersi come questo obiettivo rischi di essere pregiudicato dal ricorso a misure unilaterali di sostegno alla transizione energetica.

In prima battuta, le misure di ampliamento degli aiuti di Stato potrebbero far emergere nuove controversie nell'ambito della stessa OMC. Va infatti ricordato che, soprattutto a partire dall'istituzione dell'organizzazione nel 1994, la disciplina multilaterale sulle sovvenzioni ha trovato compiuta e più stringente sistemazione nell'Accordo sulle sovvenzioni e sulle misure compensative (ASMC)⁵⁸. Se la definizione di sovvenzione vietata non si discosta eccessivamente da quella prevista nel divieto di aiuti di Stato dell'ordinamento UE⁵⁹, i

Cambridge, 2020, p. 15 ss.; A. MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su "Commercio e sviluppo sostenibile" con la disciplina in materia commerciale*, in G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 235 ss.; M. BRONCKERS-G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 25 ss.

⁵⁵ Sul punto v. M. COLLI VIGNARELLI, *The European Trade Policy Review. The Effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU FTAs*, in *European Papers*, 2021, p. 1 ss.

⁵⁶ La prassi al momento offre due esempi rilevanti, riguardanti una controversia con l'Ucraina, relativa alle norme sulla deforestazione e una con la Corea del Sud, relativa alla tutela dei lavoratori. Cfr. Decisione del Panel arbitrale, *Ukraine – Export Prohibition on Wood Products*, 11 dicembre 2020; *Report of the Panel of Expert Proceedings Constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement*, 20 gennaio 2021.

⁵⁷ La Coalizione costituisce un vertice informale tra i ministri del commercio di vari Paesi e si è formata nel giugno 2022 su iniziativa di Ecuador, Unione europea, Kenya e Nuova Zelanda.

⁵⁸ Riforma che si rese necessaria proprio per le crescenti tensioni tra Stati Uniti e Comunità europea rispetto all'applicazione delle regole del precedente Accordo generale sulle tariffe e sul commercio del 1947 alle sovvenzioni unilaterali.

⁵⁹ Per una più ampia comparazione tra i due sistemi si rinvia a L. RUBINI, *The Definition of*

meccanismi regolati dall'ASMC impongono una certa cautela tanto nell'attuazione del nuovo Quadro temporaneo della Commissione che nell'utilizzo diretto di fondi europei. Non sembrano porsi particolari criticità in relazione ai c.d. divieti assoluti dell'AMSC, vale a dire divieti che colpiscono le misure nazionali di sostegno pubblico con una presunzione assoluta di incompatibilità rispetto alle norme pattizie⁶⁰. Ci si riferisce, in particolare, alle sovvenzioni all'esportazione e alle sovvenzioni condizionate all'uso preferenziale di merci nazionali, per le quali è peraltro esclusa la verifica della specificità (o selettività, secondo la terminologia UE). Le altre sovvenzioni sono vietate quando producano un danno all'industria nazionale di un altro membro, l'annullamento o la compromissione di vantaggi derivanti da concessioni tariffarie ovvero grave pregiudizio agli interessi di un altro membro⁶¹. Come è evidente, si tratta di un'impostazione finalizzata a ridimensionare notevolmente lo spazio di manovra degli Stati, anche tenuto conto della molteplicità di effetti che possono essere ricondotti al grave pregiudizio per un altro Stato membro⁶². A ciò deve aggiungersi che, allo stato attuale, l'ASMC non contempla la possibilità di ricorrere a una delle eccezioni generali previste dall'art. XX dell'Accordo generale sulle tariffe e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), le quali possono giustificare misure commerciali discriminatorie adottate per la tutela dell'ambiente e delle risorse esauribili⁶³. Qualche spiraglio potrebbe rinvenirsi, invece, nei regimi commerciali contenuti in alcuni accordi bilaterali conclusi dall'UE con Stati terzi. Se, per un verso, la regolamentazione di questi accordi appare più rigida, poiché vieta anche le sovvenzioni ai servizi, va ricordato che essi estendono le eccezioni generali del GATT in materia ambientale a qualunque tipo di sovvenzione⁶⁴.

In quest'ottica, il rischio di un sensibile incremento delle controversie commerciali sul piano internazionale è reso più probabile dallo strumento delle c.d.

Subsidy and State Aid WTO and EC Law in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁶⁰ Cfr. P. PICONE-A. LIGUSTRO, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2002, pp. 238-239.

⁶¹ Art. 5 dell'ASMC. L'impatto derivante dalla sovvenzione deve essere accertato in sede giudiziale dall'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC, sulla base di un'analisi condotta in concreto caso per caso e non limitata al solo dato testuale del provvedimento nazionale contestato. Cfr. M. MATSUSHITA-T.J. SCHOENBAUM-P.C. MAVROIDIS-M. HAHN, *The World Trade Organization – Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 337 ss.

⁶² La nozione di grave pregiudizio è ulteriormente dettagliata nell'art. 6, par. 3 dell'ASMC: "a) la sovvenzione ha l'effetto di dirottare o impedire le importazioni di un prodotto simile di un altro membro nel mercato del membro sovvenzionante; b) la sovvenzione ha l'effetto di dirottare o impedire le esportazioni di un prodotto simile di un altro membro dal mercato di un paese terzo; c) la sovvenzione ha come effetto la vendita dei prodotti sovvenzionati a prezzi sensibilmente inferiori rispetto a prodotti simili di un altro membro nello stesso mercato, ovvero un effetto di compressione o depressione dei prezzi o di riduzione delle vendite nello stesso mercato; d) la sovvenzione ha come effetto l'aumento della quota di mercato mondiale del membro sovvenzionante per quanto concerne un particolare prodotto di base o una materia prima sovvenzionata, rispetto alla quota media detenuta nel triennio precedente, e tale incremento segue un andamento costante nell'arco di tempo durante il quale sono state accordate sovvenzioni».

⁶³ Da questo punto di vista, la disciplina delle sovvenzioni risulta certamente più stringente rispetto ad altre normative OMC. V. N.R. JUNG, *Are There 'Exceptions' to the SCM Agreement? Applicability of the GATT Exceptions Vis-à-Vis the International Rules on Subsidies*, in *Journal of World Trade*, 2023, p. 457 ss.

⁶⁴ Sul punto cfr. L. RUBINI, *State Aid and International Trade Law*, in L. HANCHER-J.J.P. LOPEZ (a cura di), *Research Handbook on European State Aid Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 130-131.

misure compensative, vale a dire provvedimenti di carattere unilaterale adottati allo scopo di neutralizzare, nel proprio mercato, gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'importazione di prodotti esteri sovvenzionati. In tempi più recenti, tali misure hanno perfino interessato prodotti provenienti dal mercato europeo e ritenuti pregiudizievoli per i mercati di destinazione⁶⁵. Proprio a gennaio 2023 è entrato in vigore il regolamento europeo sulle sovvenzioni estere⁶⁶, il quale attribuisce ampi poteri alla Commissione nella verifica degli effetti distorsivi delle sovvenzioni estere per il mercato interno e nella determinazione di un ampio ventaglio di misure di compensazione, non più limitate ai soli prodotti importati⁶⁷. Peraltro, si è osservato che il regolamento potrebbe porsi in contrasto con gli obblighi di non discriminazione derivanti dal GATT, poiché non prevede esenzioni per finalità ambientali comparabili con quelle vigenti in materia di aiuti di Stato⁶⁸.

L'attuale scenario, dunque, determinerebbe un processo di reazioni e contro-reazioni che non soltanto potrebbero minare la certezza del quadro normativo nazionale ed europeo, ma altresì limitare l'efficacia delle misure adottate per sostenere in concreto la transizione energetica⁶⁹. I vantaggi derivanti da queste misure, infatti, potrebbero essere neutralizzati sia da sovvenzioni estere che alterino le condizioni di parità, sia da provvedimenti restrittivi della capacità degli operatori economici europei di interagire con i mercati stranieri. Da un'altra prospettiva, tuttavia, il ricorso sempre più frequente e strutturale a misure di carattere unilaterale potrebbe infondere nuova linfa ai processi di riforma del sistema economico internazionale⁷⁰. In particolare, riportando l'attenzione sulla necessità di una disciplina internazionale sulle sovvenzioni destinate a sostenere la transizione energetica⁷¹.

5. Il ritorno di una politica industriale europea

Il Piano industriale del *Green Deal* rappresenta senza dubbio un momento fondamentale nella costruzione di una politica industriale europea volta a gui-

⁶⁵ D. KLEIMANN ET AL., *How Europe should answer the US Inflation Reduction Act*, cit., pp. 5-6.

⁶⁶ Regolamento (UE) 2022/2560 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno, in GU L 330/1 del 23 dicembre 2022.

⁶⁷ Si tratta di misure particolarmente incisive, che giungono fino al divieto di aggiudicazione di appalti a favore di imprese sovvenzionate e a obblighi di notifica in casi di fusioni, acquisizioni o costituzione di joint venture tra imprese che abbiano beneficiato di contributi esteri.

⁶⁸ V. CROCHET, E. KNELLER, *Tilting the Playing Field*, in *EJIL:Talk!*, 11 gennaio 2023, disponibile su <https://www.ejiltalk.org/tilting-the-playing-field/>.

⁶⁹ Rischi rilevati già in passato dalla dottrina. Cfr. L. RUBINI, *Ain't Wastin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform*, in *Journal of International Economic Law*, 2012, p. 525.

⁷⁰ Tra questi va menzionato un accordo multilaterale su cambiamento climatico, commercio e sostenibilità, con il quale verrebbero anche introdotte restrizioni specifiche per le sovvenzioni all'industria dei combustibili fossili. Cfr. H. ASMELASH, *The Regulation of Environmentally Harmful Fossil Fuel Subsidies: From Obscurity to Prominence in the Multilateral Trading System*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 993 ss.

⁷¹ Questo è anche l'auspicio espresso anche da numerose organizzazioni internazionali. V. International Monetary Fund, Organisation for Economic Co-operation and Development, World Bank, and World Trade Organisation, *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, 2022, 7, disponibile su https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/repintcoosub22_e.pdf.

dare un complesso processo di riconversione e innovazione dell'industria degli Stati membri. Per certi aspetti, è anche un passaggio obbligato, in un contesto globale in cui iniziative analoghe (almeno nelle finalità) stanno determinando profonde trasformazioni economiche e una crescente concorrenza tra i principali mercati del mondo.

La diffusa diffidenza verso politiche di sostegno statale all'industria aveva determinato in passato un progressivo abbandono di qualunque programma che potesse essere considerato di stampo protezionistico⁷², in ossequio alle logiche di un mercato il più libero e aperto possibile. Certamente, l'Unione europea non costituisce un *unicum* nel panorama internazionale; anzi, come si è cercato di evidenziare in questo contributo, alcune scelte presentate nel Piano industriale dalla Commissione sono da imputare soprattutto alla necessità di reagire, in tempi rapidi, alle politiche industriali e commerciali di altri Stati. La Commissione, pur nell'aspirazione di voler fare dell'UE una guida nel processo di transizione ecologica, riconosce che il contesto attuale è caratterizzato da una forte competizione a livello internazionale: «Chi oggi per primo romperà gli indugi e saprà avviare rapidamente gli investimenti si garantirà un posto al tavolo nella nuova economia e creerà occupazione per lavoratori dotati di qualifiche aggiornate, rinnoverà il tessuto produttivo industriale, ridurrà i costi per le persone e le imprese e godrà di una posizione privilegiata per aiutare altre parti del mondo a decarbonizzare le proprie economie»⁷³. È dunque una fase di mutamento di alcuni dei paradigmi che hanno retto il sistema economico (e giuridico) degli ultimi decenni e che testimonia il ritorno, in molti Paesi, della politica «che non può essere nominata»⁷⁴. Tuttavia, il modello cui diversi Stati guardano non è certo quello del dirigismo industriale, bensì di un riorientamento degli obiettivi di sostegno economico, nell'ottica del rafforzamento della competitività delle imprese nazionali e della loro capacità di riconversione. In questo senso, appare ancora centrale quel riferimento dell'art. 173 TFUE a una politica industriale subordinata alle necessità della concorrenza, laddove quest'ultima assume una connotazione principalmente esterna in relazione ai mercati esteri⁷⁵.

Ciononostante, sembra piuttosto evidente che il Piano industriale tenta di imprimere un'accelerazione al processo avviato con il *Green Deal* e di dare ulteriore contenuto alle linee strategiche di politica industriale, confermando il ruolo del potere pubblico nella determinazione degli obiettivi di produzione e

⁷² Specialmente del protezionismo a livello industriale. V. L.M. GOODHART, *Industry-Level Protection*, in L.L. MARTIN (a cura di), *The Oxford Handbook of the Political Economy of International Trade*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 159.

⁷³ Piano industriale del *Green Deal*, COM(2023) 62 final, 1.

⁷⁴ R. CHERIF, F. HASANOV, *The Return of the Policy That Shall Not Be Named: Principles of Industrial Policy*, IMF Working Paper, WP/19/74, marzo 2019, secondo i quali l'interesse di alcuni Paesi occidentali al rafforzamento delle proprie politiche industriali sarebbe da attribuire all'esempio offerto dall'accelerato sviluppo economico di alcune economie del continente asiatico. Sul punto v. anche le considerazioni di D. RODRICK, *Green Industrial Policy*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2014, p. 469 ss.

⁷⁵ Non diversamente da quanto recentemente prospettato anche dalla Rappresentante per il commercio degli Stati Uniti, secondo la quale le recenti misure statunitensi rappresentano «a very specific American approach to industrial policy, which is not a planned economy, but how you can use more tools to create the incentives in the marketplace to create the outcomes that you want. And in the case of the Inflation Reduction Act, more innovation and adaptation to clean energy technologies». L'intervento è riportato per esteso su <https://ielp.worldtradelaw.net/2023/04/katherine-tai-on-protectionism-free-trade-and-industrial-policy.html>.

commerciali delle imprese europee. Come già osservato in dottrina, la nuova impostazione della Commissione, incentrata su obiettivi di lungo periodo, rafforza la connotazione principalmente finalistica della nuova politica industriale. Al tradizionale obiettivo del sostegno – invero limitato – allo sviluppo economico si sostituisce quello di un più ampio indirizzo delle scelte strategiche degli operatori economici europei⁷⁶.

Se gli obiettivi appaiono oggi più chiari e definiti, anche nella loro portata temporale, gli strumenti messi in campo rischiano, tuttavia, di replicare meccanismi di attuazione di carattere emergenziale o derogatorio rispetto al quadro giuridico delineato dai Trattati. Ciò è per un verso inevitabile, se si considera che le iniziative adottate dalla Commissione devono pur sempre rientrare nel perimetro dei poteri attribuiti alle istituzioni europee dagli Stati membri e che, di conseguenza, rimangono ad esse precluse revisioni profonde dell'architettura costituzionale europea⁷⁷. E che, inoltre, alle istituzioni dell'UE è demandato il coordinamento dell'esecuzione di quelle iniziative a livelli dei singoli ordinamenti nazionali. Tuttavia, è difficile non vedere il rischio di uno scollamento tra il carattere maggiormente strutturale e programmatico del nuovo Piano industriale e i margini di incertezza determinati dal ricorso a strumenti quali i quadri temporanei sugli aiuti di Stato.

Questi elementi sono strettamente collegati alle ricadute sul piano dei rapporti commerciali: nella misura in cui anche l'UE ha infine stabilizzato il ricorso a misure unilaterali per il perseguimento degli obiettivi di autonomia strategica, bisogna prendere atto della profonda rimodulazione che l'unilateralismo in materia commerciale comporterà per il sistema internazionale: da un lato, potenziale delegittimazione delle sedi multilaterali – prima fra tutte l'OMC – di cui, tuttavia, l'UE continua a sostenere la necessità; dall'altro lato, incertezza del quadro normativo generale in cui le imprese si troveranno a operare. Al tempo stesso, il ritorno all'unilateralismo è probabilmente una componente inscindibile di una politica industriale più forte e incisiva e non necessariamente deve essere guardato con sfavore. Come osservato in precedenza, esso può anche costituire la base per una nuova riforma delle regole internazionali, specialmente quando si configuri in termini di “unilateralismo ricostruttivo”⁷⁸, volto al perseguimento di obiettivi di interesse generale – non commerciali – e all'allineamento delle politiche economiche di altri Stati verso gli obiettivi condivisi della riconversione energetica e della neutralità climatica⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, voce *Industria*, in *Enciclopedia del diritto – I tematici*, vol. III-2022, Giuffrè, Milano, p. 654, in part. pp. 660-661.

⁷⁷ Per quanto già il piano *Next Generation EU* abbia dimostrato che, pur nella contingenza determinata dalla pandemia, l'attuazione di programmi di finanziamento a carattere redistributivo determina inevitabilmente modifiche in via di fatto dell'assetto costituzionale europeo. Sul punto cfr. P. LEINO-SANDBERG-M. RUFFERT, *Next Generation EU and its Constitutional Ramifications: A Critical Assessment*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 433 ss.

⁷⁸ Si tratta di una rivisitazione della teoria del c.d. unilateralismo costruttivo, proposta in relazione alle misure unilaterali adottate dagli Stati Uniti per costringere i propri partner commerciali a rispettare gli obblighi assunti in forza di accordi preferenziali. V. A.O. SYKES, *Constructive Unilateral Threats in International Commercial Relations: The Limited Case for Section 301*, in *Law and Policy in International Business*, 1992, p. 263 ss.

⁷⁹ A questo approccio, in ogni caso, andrebbero ricondotte le iniziative sul *Carbon border adjustment mechanism* e sul regolamento sui prodotti associati alla deforestazione. Sul punto cfr. G. VIDIGAL, *The Unilateralization of Trade Governance: Constructive, Reconstructive, and Deconstructive Unilateralism*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2023, p. 1 ss., il quale segnala, tuttavia, l'oscillazione delle politiche europee e statunitensi tra questo unilateralismo e quello “decostruttivo”, i cui obiettivi sono di natura eminentemente geopolitica.



COMMENTI

Il Tribunale dell'Unione europea annulla la decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria adottata dalla BCE nei confronti di Banca Carige

The Court of the European Union nullifies the extraordinary bank administration measure called for by the ECB against Banca Carige

di Marco Lonardi*

ABSTRACT

Mediante la pronuncia oggetto del presente contributo, il Tribunale dell'Unione europea ha annullato la decisione della BCE di assoggettare Banca Carige ad amministrazione straordinaria, in particolare offrendo una propria interpretazione in ordine alla portata applicativa delle misure della rimozione e dello scioglimento dei componenti degli organi con funzione di amministrazione e di controllo dell'istituto bancario. Il presente testo si propone di esaminare compiutamente il contenuto della decisione in parola, anche con riferimento alla vigente disciplina europea in materia di vigilanza prudenziale sul settore bancario.

By means of the ruling in question, the Court of the European Union has nullified the extraordinary bank administration measure called for by the ECB against the Italian Banca Carige, in particular by providing its own interpretation about the application range of the bank's administrative and supervision organs members' removal and termination measures. The present essay aims to carry out an in-depth analysis of the above mentioned verdict's content, by focusing implications and effects of the decision, also by paying specific attention to the in force European legislation about the prudential supervision on the banking system.

NOTA A SENTENZA DEL TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA (QUARTA SEZIONE AMPLIATA) DEL 12 OTTOBRE 2022, PRONUNCIATA NELLA CAUSA T-502/19¹

Massime

Dall'analisi testuale della formulazione delle condizioni per l'applicazione dell'articolo 69 octies-decies, comma 1, lettera b), del testo unico bancario e dell'articolo 70 di detto testo unico risulta che la loro enumerazione è tassativa e che esse sono alternative, come indicato dall'impiego

* Dottore in Giurisprudenza laureato *cum laude* presso l'Università degli Studi di Milano Statale, attualmente tirocinante presso la Sezione XV-B specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano nonché praticante avvocato.

¹ Trib. UE 12 ottobre 2022, causa T-502/19, Corneli c. Banca centrale Europea e Commissione europea, in curia.europa.eu.

della congiunzione disgiuntiva «o». Pertanto, la seconda disposizione prevede che lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo delle banche e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria siano possibili in quattro ipotesi, due delle quali sono previste dalla prima disposizione e devono, come indicato dal rinvio diretto a tale disposizione, essere interpretate nello stesso senso inteso nel contesto della «rimozione». L'analisi del testo rivela inoltre l'assenza di gerarchia tra tali condizioni (...). Dall'articolo 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera b), e dall'articolo 70 del testo unico bancario risulta dunque che la seconda disposizione non prevede lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo delle banche, e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria, nel caso in cui «il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo».

Estratto

«(...) da un lato, l'articolo 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera b), regola la «rimozione» degli organi amministrativi o di controllo delle banche i quali, una volta adottato tale provvedimento, devono essere sostituiti secondo le procedure previste dal diritto nazionale e dal diritto dell'Unione; dall'altro lato, l'articolo 70 disciplina lo «scioglimento» degli organi amministrativi o di controllo delle banche, scioglimento che comporta la sospensione delle funzioni delle assemblee e degli altri organi e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria.

Alla luce degli articoli 28 e 29 della direttiva 2014/59 che le disposizioni succitate mirano a recepire, le misure in questione non possono essere considerate equivalenti o alternative, dal momento che la prima è meno invasiva della seconda, la quale può essere adottata soltanto qualora la sostituzione degli organi amministrativi o di controllo delle banche secondo le procedure di diritto nazionale e di diritto dell'Unione non sia ritenuta sufficiente dall'autorità competente per porre rimedio alla situazione.

Le condizioni per l'applicazione dell'articolo 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera b), del testo unico bancario e dell'articolo 70 di detto testo unico sono anch'esse distinte (...).

Pertanto, la seconda disposizione prevede che lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo delle banche e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria siano possibili in quattro ipotesi, due delle quali sono previste dalla prima disposizione e devono, come indicato dal rinvio diretto a tale disposizione, essere interpretate nello stesso senso inteso nel contesto della «rimozione» (...). Dall'articolo 69 *octiesdecies*, comma 1, lettera b), e dall'articolo 70 del testo unico bancario risulta dunque che la seconda disposizione non prevede lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo delle banche, e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria, nel caso in cui «il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo».

(...) la BCE ha violato l'articolo 70 del testo unico bancario fondandosi sul «significativo deterioramento della situazione [della banca]», mentre invece tale condizione non era prevista da detta disposizione, per lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo della banca, l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria e l'estensione della sua durata per il periodo previsto nella decisione di proroga (...).

Tuttavia, (...) l'obbligo per il giudice di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale è limitato dai principi generali del diritto, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (...). Da ciò discende che l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale appena ricordato non può servire da fondamento a un'interpretazione in contrasto con i termini utilizzati nella disposizione nazionale di recepimento di una direttiva.

Orbene, tale sarebbe il risultato ottenuto se si applicasse detto metodo di interpretazione nel caso di specie. Infatti, il provvedimento adottato è quello previsto dall'articolo 70 del testo unico bancario e, di conseguenza, devono essere soddisfatte le condizioni per l'applicazione di quest'ultimo articolo. Il richiamo all'articolo 69 *octiesdecies* di detto testo unico nella decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria, che forse si spiega con il rinvio a tale articolo per due delle condizioni di applicazione menzionate all'articolo 70 dello stesso testo unico, non può modificare le norme applicabili ai fini dell'adozione delle misure in questione, né le condizioni della loro applicazione.

Il «deterioramento della situazione della banca» non è un'espressione generica, bensì una condizione prevista da un testo legislativo, che si riferisce a un elenco tassativo di quattro condizioni alternative. Tali condizioni espressamente previste dalla legge per l'adozione di una misura così invasiva – la più invasiva nel sistema di intervento precoce –, come l'assoggettamento di una banca ad amministrazione straordinaria, devono essere rispettate e quelle previste per l'adozione della misura meno invasiva non possono essere considerate sufficienti a giustificare l'adozione della misura più invasiva, senza riferimento concreto nel testo».

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. BCE, vigilanza prudenziale e amministrazione straordinaria. *Ratio* e disciplina di sistema. – 3. Il contesto in cui si inserisce la controversia. – 4. La legittimazione di parte ricorrente. – 5. La decisione del Tribunale – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Con decisione del 12 ottobre 2022, il Tribunale dell'Unione europea, decidendo su ricorso proposto ai sensi dell'art. 263 TFUE da un azionista di minoranza di Banca Carige, ha annullato la decisione della BCE – emessa in data 1° gennaio 2019 – di assoggettare il predetto istituto ad amministrazione straordinaria.

Si è trattato del primo caso in cui il giudice sovranazionale ha annullato una decisione della Banca Centrale assunta nel quadro normativo dell'Unione bancaria europea; in particolare – come meglio si vedrà in seguito – il Tribunale ha motivato la propria decisione nel senso che l'autorità bancaria centrale avrebbe errato in punto di applicazione della legge nazionale italiana, laddove ha ritenuto sussistente un presupposto (quello rappresentato dal significativo detrimento della situazione economica dell'istituto) contemplato dalla direttiva europea in materia di risanamento degli enti creditizi (*i.e.* Direttiva 2014/59/UE²), tuttavia non previsto dal TUB³, come integrato in sede di attuazione e recepimento dell'anzidetta direttiva.

Occorre sin da ora evidenziare che l'istituto dell'amministrazione straordinaria si inserisce nel novero delle procedure elaborate dal legislatore (italiano ed europeo) al fine di superare l'eventuale situazione di crisi in cui gli istituti bancari dovessero venire a trovarsi.

In particolare, a livello normativo sono state previste misure preventive utili ad intercettare eventuali segnali di allerta e preordinate, conseguentemente, a sottoporre l'istituto ad un processo di "bonifica", volto ad evitare che la situazione di crisi possa diffondersi all'interno dell'intero sistema bancario, in tal modo producendo effetti pregiudizievoli per risparmiatori e investitori, oltre che per l'economia in generale.

E tra le varie misure di intervento precoce disciplinate dal legislatore, l'amministrazione straordinaria si caratterizza per la sua invasività, in quanto suscettibile di produrre rilevanti implicazioni sull'assetto organizzativo delle imprese e degli istituti nei cui confronti essa viene disposta.

Orbene, traendo spunto dalla vicenda in parola, il presente contributo si propone di analizzare il sistema di protezione edificato dal legislatore con riguardo al settore bancario nel suo complesso, in particolare soffermandosi sulle caratteristiche tipiche della misura disposta dalla BCE nel caso concreto, di modo da comprenderne compiutamente *ratio* ed effetti.

In particolare – e come si avrà modo di evidenziare in maniera più puntuale

² Direttiva 2014/59/UE della del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012, del Parlamento europeo e del Consiglio (*Banking Recovery and Resolution Directive*, c.d. *Brrd*), in *G.U.U.E.*

³ D.Lgs. del 1 settembre 1993, n. 385 («Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», c.d. «Testo unico bancario» o «TUB»).

nei paragrafi che seguono –, il giudice sovranazionale, nel pronunciarsi in ordine alla controversia di cui sopra, ha delineato la portata applicativa della misura dell'amministrazione straordinaria, disciplinata – per quel che attiene alla normativa italiana – dall'art. 70 del testo unico bancario, individuandone presupposti e caratteri peculiari, anche con riguardo ai rapporti intercorrenti tra la disciplina sovranazionale e quella interna di recepimento.

2. BCE, vigilanza prudenziale e amministrazione straordinaria. Ratio e disciplina di sistema

Come anticipato, prima di procedere all'esame della decisione oggetto del presente contributo, pare opportuno soffermarsi – ancorché brevemente – sull'assetto normativo edificato a livello sovranazionale in materia di regolamentazione degli enti creditizi nonché sui meccanismi di controllo ivi previsti.

Muovendo da profili più generali, è chiaro che una compiuta regolamentazione del mercato bancario europeo costituisce uno snodo fondamentale per la creazione di un'autentica (ed efficiente) unione economica e monetaria⁴.

Ebbene, nella visione del legislatore europeo si rende necessario un sistema di norme tecniche vincolanti, tali da assicurare condizioni di parità e un elevato grado di tutela degli investitori e dei consumatori.

Ed è proprio in forza di tali considerazioni che appare giustificata la tendenza verso un assetto decisionale quanto più possibile accentrato, che vede nella BCE l'assoluta protagonista.

A ben vedere, l'Unione bancaria europea⁵, poggia essenzialmente su due pilastri fondamentali: anzitutto si caratterizza per un sistema comune di garan-

⁴ Sul tema, si segnalano, tra i molti, i seguenti contributi: L. SCIPIONE, *La pianificazione del risanamento e della risoluzione*, in *L'Unione bancaria europea*, 2016, p. 440; M. MACCHIA, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2016, p. 367; M. PELLEGRINI, *Piani di risanamento e misure di early intervention*, in *La Gestione delle Crisi Bancarie*, 2018, p. 216; A. ROSA, *L'accesso all'attività bancaria in Italia: una lettura sistematica tra diritto dell'Unione, disciplina nazionale e vigilanza unica*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 830; M. STELLA RICHTER, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 320; R. LENER–E. RULLI, *La vigilanza sui mercati finanziari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2019, p. 477; P. ROSSI, *Aiuti di Stato e banking resolution negli scenari di crisi pre e post COVID-19*, in *Concorrenza e Mercato. Antitrust, Regulation, Consumer Welfare, Intellectual property*, vol. 26-27, numero speciale COVID-19: Aiuti di Stato e diritto della concorrenza, (a cura di) F. DI PORTO–E. BANI, Giuffrè, Varese, 2020, pp. 236-237; E. BINDI–P. LUCARELLI–A. PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 553; F. ANNUNZIATA–M. LAMANDINI, *Questo è un nodo avviluppato: divagazioni sulla regolazione del mercato finanziario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2022, p. 34; S. MACCARONE, *Gli aiuti di Stato alle banche in crisi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.* 2022, p. 587; A. CUOMO, *Unus pro omnibus, omnes pro uno: the single supervisory mechanism as a unitary multilevel administration*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2022, p. 707.

⁵ Per una completa analisi dell'argomento, si rinvia a: G. SANTONI, *Osservatorio la nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2016, p. 619; F. MATTASOGLIO, *Dalla Banca d'Italia alla Banca Centrale Europea: come sono cambiate le modalità di finanziamento del debito pubblico*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, p. 1145; A. MAGLIARI, *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2016, p. 1331; N. SOLDATI, *L'evoluzione delle procedure ADR in ambito bancario e finanziario nella disciplina dell'Unione europea*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2016, p. 943; L. LIONELLO, *L'attuazione del progetto di Unione bancaria europea. Problematiche e prospettive di completamento*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, p. 603; R. D'AMBROSIO, *La stabilità finanziaria*

zia dei depositi (quale delineato dalla Direttiva 2014/49/UE⁶), finalizzato a facilitare l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di sistemi di garanzia dei depositi e nel tentativo di rafforzare la stabilità del settore bancario e la tutela dei depositanti⁷.

In secondo luogo – e soprattutto – non può che fondarsi su meccanismi comuni di vigilanza e di risoluzione⁸, rispettivamente disciplinati dal Regolamento UE n. 1024/2013⁹ e dalla già citata *Banking Recovery and Resolution Directive*¹⁰.

Come efficacemente affermato in dottrina, il suindicato regolamento¹¹ assume la cooperazione tra Banca centrale e autorità (nazionali e sovranazionali) di regolazione e controllo quale «paradigma operativo della Vigilanza Unica»¹², la quale, a sua volta, si colloca nell'alveo di un sistema necessariamente

tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione sui mercati finanziari, Sevif e Unione bancaria, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, p. 1469; A. NIGRO, *Il nuovo ordinamento bancario e finanziario europeo: aspetti generali*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 181; A. MAGLIARI, *La proposta di riforma delle autorità europee di vigilanza finanziaria. Verso un ulteriore accentramento delle funzioni di vigilanza a livello sovranazionale: prospettive e problemi*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2018, p. 391; G. WERTHER ROMAGNO *Considerazioni in tema di principi e obiettivi della Direttiva 2014/59/UE (Bank Recovery and Resolution Directive) in raffronto col D.Lgs. n. 180/2015, Europa e diritto privato*, 2019, p. 249; M. P. CHITI, *L'Unione bancaria europea e il diritto amministrativo. Questioni aperte*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 505; F. URBANI, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 830; M. GNES-A. MAGLIARI, *Cronache europee 2020*, in *Riv. it. dir. pubb.*, 2022, p. 394; V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in *Europa e diritto privato*, 2022, p. 665.

⁶ Direttiva 2014/49/UE della del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi, in *G.U.U.E.*

⁷ Ivi: punti 2 e 3.

⁸ I presupposti per la risoluzione sono stabiliti dalla disposizione di cui all'art. 32 della Direttiva *Brrd*, la quale fissa una serie di rigide condizioni alle quali subordinare il possibile avvio, da parte delle autorità competenti, di un'azione di risoluzione nei confronti degli enti stabiliti nell'Unione. Nello specifico, è anzitutto necessario che siano stati effettivamente dichiarati il rischio o la concreta sussistenza dello stato di dissesto dell'ente; in secondo luogo, l'azione di risoluzione deve risultare necessaria per l'interesse pubblico. Inoltre, laddove l'ente in dissesto necessita di un sostegno finanziario pubblico straordinario, e quest'ultimo, al fine di evitare o porre rimedio ad una grave perturbazione dell'economia di uno Stato membro, si concretizzi, alternativamente, in una garanzia dello Stato a sostegno degli strumenti di liquidità forniti da banche centrali alle condizioni da esse applicate, in una garanzia statale sulle passività di nuova emissione ovvero ancora in un'iniezione di fondi propri o nell'acquisto di strumenti di capitale a prezzi e condizioni che non conferiscono un vantaggio all'ente, le garanzie (o le misure equivalenti) «sono limitate agli enti solventi e sono subordinate all'approvazione finale nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato dell'Unione». Tali misure devono necessariamente avere natura cautelativa e (soprattutto) transitoria, dovendo altresì limitarsi a risanare gli effetti della perturbazione, senza poter essere impiegate per compensare le perdite future dell'ente, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità. In sostanza, nonostante le strette maglie della disposizione in esame, la quale prevede un rigido meccanismo di valutazione e attuazione del procedimento di risoluzione, è comunque ammessa la possibilità, da parte dei Governi centrali (sia pur a determinate condizioni), di intervenire mediante misure di aiuto, venendo di fatto evidenziato il ruolo da protagonista giocato (ancora una volta) dallo Stato nelle operazioni di salvataggio. Emerge dunque, anche in questo ambito, quel rinnovato *favor* verso l'intervento pubblico nell'economia, di cui si è ampiamente discusso nei capitoli che precedono.

⁹ 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, in *G.U.U.E.*

¹⁰ In argomento: R. LENER, *The implementation of BRRD and the banking crisis in Italy*, in *Riv. dir. soc.*, 2017, p. 723.

¹¹ Cfr. art. 3 del Regolamento (UE) n. 1024/2013 cit.

¹² A. GENOVESE, *La vigilanza finanziaria sugli emittenti bancari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2022, p. 497. L'autrice osserva altresì che detta cooperazione, in ogni caso, viene «decli-

te da intendersi “a formazione progressiva”¹³, pensato per ovviare ad un’eccessiva frammentazione del mercato bancario europeo.

In estrema sintesi, è possibile affermare che l’attività di controllo sul sistema bancario ha quale obiettivo precipuo quello di assicurare un’efficace gestione degli enti creditizi e delle imprese di investimento che si trovino in situazioni di crisi, in un’ottica di prevenzione dello stato di insolvenza o, comunque, di riduzione degli effetti negativi di un’eventuale dissesto mediante la preservazione delle funzioni degli enti interessati¹⁴.

Orbene, i poteri di vigilanza prudenziale in concreto esercitati dalla BCE, di concerto con le competenti autorità nazionali, si focalizzano essenzialmente sugli istituti o gruppi bancari c.d. “*significant*” (vale a dire caratterizzati da una maggiore rilevanza all’interno del sistema bancario europeo), in relazione a quanto disposto dall’art. 127, par. 6, TFUE.

Tale disposizione, sulla quale si fonda il predetto potere di supervisione, prevede l’attribuzione alla Banca centrale di specifici compiti «in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione».

Ebbene, una banca viene definita “*significant*” qualora sussistano uno o più dei seguenti requisiti (da intendersi come alternativi)¹⁵: (i) il valore totale delle attività della banca superi i 30 miliardi di Euro; (ii) la stessa assuma rilevanza per l’economia di uno Stato membro ovvero dell’Unione; (iii) il valore totale delle attività superi i 5 miliardi di Euro e, contestualmente, il rapporto tra le attività (o passività) transfrontaliere in più di un altro Stato membro e le attività (o passività) totali sia superiore al 20%; (iv) la banca abbia richiesto o ricevuto finanziamenti nel quadro del Meccanismo europeo di stabilità o della *European Financial Stability Facility*¹⁶.

Viceversa, il controllo sulle banche e sui gruppi meno significativi viene esercitato direttamente dall’autorità nazionale nell’ambito di un’attività di su-

nata diversamente a seconda dell’interlocutore coinvolto. Nel senso che sono previsti, con le altre Autorità Europee e con NCA, rapporti di cooperazione diversamente strutturati. Ex art. 3 del Regolamento di riferimento, la Banca Centrale Europea (BCE) è, in generale, chiamata a cooperare strettamente con tutte le autorità sovranazionali europee (EBA, ESMA, EIOPA e CESR, nonché con le altre autorità che fanno parte del SEVIF); invece, con le sole autorità nazionali responsabili per i mercati degli strumenti finanziari è previsto che, ove necessario, la BCE stipuli *memorandum* d’intesa aventi un determinato contenuto. Questi *memorandum* d’intesa sono a disposizione del Parlamento europeo, del Consiglio e delle Autorità competenti di tutti gli Stati Membri (...).

¹³ Il citato Regolamento (UE) 1024/2013, istitutivo del Meccanismo Unico di Vigilanza, costituisce, dunque, il fondamento normativo dei poteri di supervisione e vigilanza attribuiti alla BCE.

¹⁴ Sul tema, si veda anche: E. CHITI-F. RECINE, *The Single Supervisory Mechanism in Action. Institutional Adjustment and the Reinforcement of the ECB Position*, in *European Public Law*, 2018, p. 101.

¹⁵ I criteri per stabilire se una banca è ritenuta *significant* e, dunque, da sottoporre alla vigilanza diretta della BCE, vengono definiti nel regolamento quadro sull’MVU, vale a dire il Regolamento (UE) n. 468/2014 della Banca centrale europea, del 16 aprile 2014, che istituisce il quadro di cooperazione nell’ambito del Meccanismo di vigilanza unico tra la Banca centrale europea e le autorità nazionali competenti e con le autorità nazionali designate. Peraltro, la BCE effettua un riesame periodico di tutte le banche autorizzate all’esercizio dell’attività bancaria all’interno dell’Eurozona.

¹⁶ Trattasi dell’EFSF, vale a dire un veicolo finanziario temporaneo costituito dal Consiglio dell’Unione europea nel 2010 con l’obiettivo di mantenere la stabilità finanziaria nell’area Euro. Più in specie, si tratta di un fondo di garanzia al quale è stata attribuita la facoltà di emettere titoli garantiti *pro rata* dai Paesi membri, nel tentativo di fornire sostegno finanziario ad altri Stati appartenenti all’Eurozona.

pervisione unitaria, da svolgersi nel rispetto degli orientamenti e delle istruzioni generali impartite proprio dalla Banca centrale ¹⁷.

È evidente che mediante la strutturazione di un meccanismo unico di vigilanza, incardinato sul ruolo attribuito alla BCE – rispetto a cui le singole autorità nazionali svolgono funzioni decentrate ¹⁸ –, si è cercato (e tutt'ora si cerca) di garantire una piena uniformità di applicazione delle regole europee di controllo sul settore bancario ¹⁹.

Si rammenti che detto meccanismo unico (c.d. MUV) è stato introdotto e implementato sulla base dell'assunto secondo cui «le attività bancarie transfrontaliere (...) comportano un maggiore rischio di interdipendenza tra istituzioni finanziarie appartenenti formalmente a giurisdizioni diverse» ²⁰.

Come evidenziato in dottrina, il potere ispettivo rappresenta indubbiamente «un elemento essenziale dell'*enforcement* delle regole di vigilanza prudenziale che spetta ovviamente ai soggetti primariamente competenti all'esercizio della vigilanza ai sensi delle norme istitutive del MUV» ²¹.

Fatte queste premesse, veniamo ora al tema che qui più interessa.

La vigilanza “macro-prudenziale” può essere definita come l'approccio complessivo adottato in sede euro-unitaria al fine di assicurare la stabilità del sistema bancario e finanziario europeo, mediante la limitazione dei rischi aggregati all'interno del sistema medesimo. Nell'esercizio di tale vigilanza, la BCE potrà imporre agli istituti di credito il rispetto di determinati requisiti economici ed organizzativi, potrà fornire un proprio parere (financo presentando obiezioni) rispetto ad eventuali interventi predisposti dalle autorità nazionali, nonché adottare essa stessa misure, per l'appunto, di carattere prudenziale ²².

Invero, il novero dei poteri attribuiti alla Banca centrale in virtù di siffatto sistema appare alquanto ampio, ricomprendendo, oltre ai citati poteri di intervento diretto – da esercitarsi, in via preventiva, laddove venga ravvisato il rischio che, nei dodici mesi successivi, i soggetti vigilati possano incorrere in una violazione dei parametri imposti –, anche poteri di carattere cautelare e sanzionatorio ²³.

A ben vedere, la prudente gestione dei singoli intermediari e la stabilità del

¹⁷ Vedi anche: V. FERRARO, *I procedimenti amministrativi per la vigilanza prudenziale nei confronti delle imprese bancarie “significative”. La natura del potere discrezionale esercitato dalle autorità coinvolte in tali procedimenti e la partecipazione dei soggetti interessati*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2017, p. 1235.

¹⁸ Corte giust. 8 maggio 2019, causa C-450/17 P, Landeskreditbank Baden-Württemberg c. BCE, in *curia.europa.eu*.

¹⁹ M. PERASSI, *Meccanismo Unico di Vigilanza, a margine di uno studio sui poteri ispettivi dell'amministrazione europea*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2022.

²⁰ N. DOLCI, *Gli effetti della Vigilanza prudenziale sulla performance di esercizio delle banche italiane nell'ambito del nuovo modello di governance economica europea*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 635.

²¹ *Ibidem*.

²² Mediante l'attività di vigilanza (in specie macro-prudenziale), la BCE individua le criticità e vulnerabilità che caratterizzano il sistema finanziario sovranazionale e, in maniera del tutto consequenziale, seleziona (e conseguentemente applica) le misure di prevenzione che appaiano più idonee a prevenire o, quanto meno, limitare gli effetti di tali disfunzioni sull'economia reale. Sul punto si segnala il seguente contributo: R. LENER-P. LUCANTONI, *Sostenibilità ESG e attività Bancaria*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2023, p. 6.

²³ N. DOLCI, *Gli effetti della Vigilanza prudenziale sulla performance di esercizio delle banche italiane nell'ambito del nuovo modello di governance economica europea*, cit.

sistema bancario e finanziario nel suo complesso costituiscono obiettivi tra loro complementari.

È evidente che gli *input* della vigilanza prudenziale, quali scaturenti dall'assetto normativo vigente (non soltanto europeo, ma anche nazionale), incidono, a loro volta, sulle prospettive economiche e patrimoniali degli emittenti bancari²⁴.

Infatti, qualora un intermediario avente rilevanza sistemica si trovi in una situazione di crisi, gli effetti pregiudizievoli di quest'ultima potrebbero ripercuotersi sugli altri operatori del settore, con conseguenti riverberazioni negative sulla stabilità dei singoli intermediari, proprio in ragione della comune esposizione degli stessi a determinati fattori di rischio.

L'approccio adottato, dunque, si fonda sull'analisi dei possibili fenomeni di interconnessione tra operatori ed intermediari, contestualmente analizzando quelle che sono le fluttuazioni cicliche del sistema bancario, in un'ottica di prevenzione e monitoraggio costante²⁵.

Ed è proprio in tale contesto che si inserisce la misura dell'amministrazione straordinaria degli enti creditizi²⁶.

Anche alla luce delle recenti riforme che hanno investito l'istituto in parola (in particolare all'esito del recepimento all'interno del TUB della normativa sull'*early intervention* della BCE), lo stesso si pone come strumento particolarmente efficace, ancorché invasivo, ai fini della prevenzione delle crisi bancarie²⁷.

Tale strumento si sostanzia nell'attribuzione all'autorità di vigilanza (nel nostro Paese la Banca d'Italia) del c.d. *power of removal*, vale a dire della facoltà, al ricorrere di determinate condizioni²⁸, di disporre lo scioglimento degli organi aventi funzioni di amministrazione e di controllo delle banche²⁹.

²⁴ A. GENOVESE, *La vigilanza finanziaria sugli emittenti bancari*, cit.

²⁵ I poteri di intervento precoce spettanti alla BCE o alla Banca d'Italia, vengono graduati in relazione al livello di gravità della situazione di crisi in cui l'istituto versa; più in particolare, ove sia intervenuta violazione (o sussista il rischio di violazione) dei requisiti prudenziali, l'autorità potrà imporre alla banca (o alla *holding*, nel caso di gruppo bancario) un aggiornamento del (o la concreta attuazione di un) piano di risanamento, ovvero la modifica della forma giuridica, o ancora determinarsi all'esercizio dei poteri riconosciutigli, in via ordinaria, dagli artt. 53 *bis* e 67 *ter* TUB. Inoltre, nell'ipotesi in cui l'istituto sia incorso in gravi violazioni legislative, regolamentarie o statutarie ovvero ove vi sia un grave deterioramento della situazione della banca (e le misure *poc'anzi elencate* non paiano sufficienti), è altresì possibile disporre la rimozione di tutti i componenti dell'organo amministrativo, dell'organo di controllo e/o tutti o alcuni dei componenti dell'alta amministrazione ex artt. 69 *octiesdecies*, lett. b), e 69 *vicies-semel* TUB.

²⁶ Sull'argomento, tra i molti: A. CASTIELLO D'ANTONIO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nel nuovo quadro normativo. Profili sistematici*, in *Analisi giur. econ.*, 2016, p. 558; L. BELVISIO, *Banca d'Italia e Ministero dell'Economia e delle Finanze: una diarchia "effettiva" nella fase d'impulso dell'amministrazione straordinaria*, in *Riv. reg. merc.* 2015, p. 270; A. MINTO, *Le valutazioni della Vigilanza bancaria (e su queste, quelle dell'eventuale sindacato giurisdizionale) sottostanti la «previsione di gravi perdite patrimoniali» ai fini dell'assoggettamento ad amministrazione straordinaria*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 226; A. MOLITERNI, *Vigilanza creditizia e diritto amministrativo nella fase di avvio della procedura di amministrazione straordinaria*, in *Foro amm.*, 2011, p. 1918.

²⁷ Per un approfondimento si vedano: F. CORLETTI-A. LILLO, *La cessione dei crediti funzionale: una nuova teoria ricostruttiva? Il "caso AMCO" e la liquidazione delle banche venete*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2022, p. 897; L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei Fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 184; A. RIZZI, *La disciplina dell'amministrazione straordinaria nella sistematica della riforma della crisi d'impresa e del diritto concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 1267.

²⁸ In specie «laddove ricorrano le violazioni o le irregolarità di cui all'art. 69 *duodecies*, comma 1, lettera b) [del TUB], oppure sono previste gravi perdite del patrimonio ovvero quando lo

A questo riguardo, occorre altresì precisare che i presupposti dell'amministrazione straordinaria, quali individuati dal testo unico bancario, dovranno essere esaminati anche con riferimento a quelle che sono le linee guida offerte a livello sovranazionale dalla *European Banking Authority*, la quale ha enucleato alcuni *trigger events*³⁰, ossia "campanelli di allarme" al cui verificarsi dette autorità dovranno valutare la possibilità di avvalersi, in concreto, dei poteri d'intervento precoce alle stesse attribuite³¹.

Orbene, per effetto del provvedimento di assoggettamento ad amministrazione straordinaria³², sono sospese le funzioni delle assemblee, salvo il potere dei commissari straordinari, nominati dalla medesima autorità, di convocare l'assemblea dei soci, comunque previa approvazione della Banca d'Italia.

È appena il caso di evidenziare che, nonostante si tratti di una misura a carattere temporaneo (in specie avente durata annuale), è prevista la possibilità – beninteso, sempre che permangano i presupposti che ne abbiano determinato l'adozione – di prorogare la stessa anche più di una volta.

Detta facoltà comporta, per lo meno in astratto, il venir meno del carattere transitorio della misura, accentuandone, per converso, l'invasività.

Inoltre, ai sensi dell'art. 72, comma 1 *bis*, TUB (e salvo che il provvedimento di adozione della misura non disponga diversamente) ai commissari straordinari è demandato il compito di «accertare la situazione aziendale, rimuovere le irregolarità e promuovere le soluzioni utili nell'interesse dei depositanti e della sana e prudente gestione [dell'istituto]»³³.

È chiaro, dunque, che il commissariamento incide in misura assai rilevante sulla *governance* dell'ente, in ragione del fatto che, nell'ambito di un contemperamento di interessi effettuato *ex ante* dal legislatore, il benessere del sistema viene valutato come prevalente rispetto agli interessi particolari attinenti all'amministrazione dell'istituto di credito vigilato.

In estrema sintesi, anche all'esito del recepimento, all'interno del diritto italiano, della direttiva 2014/59/UE, la misura dell'amministrazione straordinaria

scioglimento è richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria».

²⁹ Sull'argomento, si segnala il seguente contributo: F. CIRAULO, *Il removal alla prova dei fatti. Note minime intorno al caso Credito di Romagna s.p.a.*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 199.

³⁰ L'insieme di questi eventi significativi include molteplici situazioni caratterizzate da un particolare rischio operativo, tra le quali si possono citare, a titolo di mero esempio, le attività di negoziazione rispetto alle quali non sia intervenuta alcuna autorizzazione, problematiche di natura informatica o criticità nella *governance* societaria ovvero, ancora, generiche crisi di liquidità.

³¹ E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, p. 317.

³² Si noti che prima dell'intervento della *Brrd* e delle conseguenti novellazioni del TUB, la decisione di disporre l'amministrazione straordinaria (come più volte evidenziato, oggi adottata dall'Autorità di vigilanza, BCE o Banca d'Italia) e non più, come era previsto dal TUB prima della *Brrd*, dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e implica la nomina di uno o più commissari straordinari e di un Comitato di sorveglianza con funzioni di controllo e consultive rispetto ai commissari.

³³ Più precisamente, l'art. 72 TUB, nel definire i poteri spettanti ai commissari, precisa che la Banca d'Italia può, in ogni momento, revocare ovvero sostituire i commissari nonché i membri del comitato di sorveglianza, potendone altresì modificare compiti e poteri. Peraltro, è all'atto della nomina (o successivamente, mediante apposite istruzioni) la Banca d'Italia può stabilire che determinati atti dei commissari debbano essere sottoposti ad una preventiva autorizzazione della stessa autorità ovvero imporre speciali cautele e limitazioni nella gestione.

ha assunto «una nuova collocazione sistematica»³⁴, in quanto la stessa è stata inserita nel novero delle varie misure – in concreto esperibili dall'Autorità di vigilanza – prodromiche alla prevenzione dell'intensificarsi della crisi, nell'ottica di una maggior tutela dei creditori³⁵.

Dunque, la finalità della misura, assorbente rispetto all'esigenza di garantire la normale operatività dell'istituto medesimo, appare quella di preservare la stabilità del sistema finanziario nel suo complesso³⁶.

Orbene, così individuato – ancorché sinteticamente – il contesto, anche normativo³⁷, in cui si colloca la controversia in esame, passiamo ora a trattare in maniera più specifica del contenuto della decisione oggetto della presente trattazione.

3. Il contesto in cui si inserisce la controversia

Come noto, Banca Carige – ente creditizio con sede in Italia e quotato in borsa – è sottoposta alla vigilanza prudenziale diretta della Banca centrale europea sin dal 2014, in ragione delle problematiche già ravvisate dalla Banca d'Italia all'esito dell'attività ispettiva da questa compiuta a partire dal 2013.

In specie, da tale attività di controllo emergeva un sistema di *governance* del tutto inadeguato.

Come è dato leggersi nell'Audizione della Banca d'Italia del 23 gennaio 2019, durante la sfavorevole congiuntura macroeconomica che ha caratterizzato gli anni successivi al 2008, il gruppo Carige avrebbe perseguito strategie creditizie fortemente espansive, tuttavia non supportate da un'appropriata pianificazione, per poi orientare la propria attività di credito verso clienti di grandi dimensioni, scontando gli effetti della crisi che ha investito i settori dell'immobiliare e dei trasporti³⁸.

Le numerose ispezioni si traducevano in interventi di vigilanza essenzialmente preordinati al risanamento del gruppo: nel 2012 veniva richiesto un piano di rafforzamento patrimoniale per 800 milioni di Euro (poi realizzato nel 2014); seguiva la progressiva sostituzione dei membri degli organi amministrativi, esecutivi e di controllo. In ultimo, veniva realizzato un ulteriore aumento di capitale per 850 milioni di Euro nel 2015, all'esito del quale la banca riusciva a riequilibrare la propria posizione patrimoniale³⁹.

Tuttavia, nonostante le iniziative di riassetto organizzativo e gli interventi di rafforzamento economico, a cagione delle ingenti perdite accumulate dall'istituto, nel 2016 la BCE riteneva opportuno adottare misure di intervento preco-

³⁴ In questi termini: E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, cit., p. 303.

³⁵ Ivi: p. 306.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Per un ulteriore approfondimento sul tema, si veda, *ex plurimis*: M. CLARICH, *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge bancaria del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 32.

³⁸ Audizione nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge C. 1486, di conversione in legge del decreto-legge n. 1 del 2019, recante misure urgenti a sostegno della Banca Carige Spa – Cassa di risparmio di Genova e Imperia del 23 gennaio 2019, in www.bancaditalia.it.

³⁹ Ivi, pp. 6-7.

ce, fissando taluni obiettivi che la banca avrebbe dovuto raggiungere nei tre anni successivi, in specie funzionalizzati al ripristino di una posizione patrimoniale adeguata e a garantire la copertura dei crediti deteriorati.

Più in particolare, la BCE individuava prudenzialmente i seguenti requisiti: a decorrere dal 1° gennaio 2017, l'istituto avrebbe dovuto mantenere un *CET-1 Ratio*⁴⁰ minimo del 9% nonché un coefficiente patrimoniale *SREP*⁴¹ complessivo minimo dell'11,25%.

Tanto premesso, al fine di conseguire detti obiettivi, il C.d.A. dell'istituto procedeva con l'approvazione di un piano di rafforzamento patrimoniale.

Nonostante l'intervenuta emissione di titoli, tuttavia, all'esito di un ulteriore accertamento, alla data del 1° gennaio 2018 l'ente risultava inosservante ai requisiti patrimoniali richiesti.

Talché, nel tentativo di incrementare il proprio capitale, Banca Carige poneva in essere plurimi tentativi di emissione di strumenti di capitale; tuttavia, tali tentativi non producevano i risultati sperati, a causa del limitato interesse manifestato dagli investitori.

Atteso che, nel settembre 2018, la banca segnalava ancora una volta coefficienti patrimoniali inferiori rispetto ai requisiti richiesti, la BCE domandava all'istituto la presentazione di un nuovo piano di conservazione (vedi *infra*).

Giunti a questo punto, è appena il caso di rammentare che l'assetto normativo europeo in tema di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi è delineato principalmente dalla direttiva 2013/36/UE⁴².

Mediante il predetto testo, sono stati individuati molteplici strumenti di intervento, la cui concreta attuazione è finalizzata a contrastare i rischi fisiologicamente connessi all'insorgere di squilibri finanziari, anche strutturali⁴³, che caratterizzano il settore bancario.

⁴⁰ Il *Common Equity Tier 1 Ratio* esprime il rapporto tra il capitale ordinario versato nell'istituto bancario e le attività ponderate per il rischio. Tale coefficiente rappresenta il principale indice di solidità di un istituto, in quanto indica la misura attraverso cui, mediante proprie risorse, una banca garantisce i prestiti concessi alla clientela, i quali vengono valutati in funzione del loro grado di deterioramento. Il CET-1 riflette dunque, le negatività determinate dai crediti deteriorati, quali esposizioni scadute o possibili inadempienze. In particolare, l'Autorità bancaria centrale ha disposto che i coefficienti CET-1 di ciascun istituto bancario operante entro i confini degli Stati membri debbano rispettare le soglie minime fissate a livello sovranazionale; scendere al di sotto del limite previsto può comportare l'avvio di una procedura di commissariamento, ponendo la BCE ordinare la predisposizione di strategie di rafforzamento patrimoniale.

⁴¹ Trattasi dei parametri individuati nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale (*Supervisory Review and Evaluation Process*, SREP), i quali forniscono un'indicazione in ordine alla situazione dell'intermediario in termini di requisiti patrimoniali e gestione del rischio.

⁴² Direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio 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.

⁴³ Al fine di garantire un adeguato livello di stabilità finanziaria, il legislatore euro-unitario, oltre ad aver elaborato un assetto di regole finalizzato ad assicurare una corretta allocazione del rischio e un'efficace attività di supervisione bancaria volta a salvaguardare gli investitori e gli intermediari, ha altresì elaborato un *corpus* di principi e norme preordinati al controllo e alla valutazione di quelli che sono i rischi suscettibili di incidere, anche solo potenzialmente, sul sistema finanziario complessivamente inteso. Si suole parlare, in generale, di vigilanza prudenziale. Tra i principali strumenti previsti a livello sovranazionale assume un posto di rilievo l'obbligo di istituire particolari riserve di capitale. A ben vedere, tale obbligo risponde alla necessità di prevenire eventuali disfunzioni sistemiche e di evitare interruzioni nel processo di erogazione del credito. Anzitutto, è appena il caso di citare la riserva di conservazione del capitale, la cui *ratio* è quella di preservare il livello minimo di capitale regolamentare durante contingenze caratterizza-

Più in particolare, ai sensi dell'art. 142 della direttiva, laddove l'ente creditizio non soddisfi il «requisito combinato di riserva di capitale»⁴⁴, esso sarà tenuto all'elaborazione di un piano di conservazione, il quale deve essere trasmesso – entro il termine di cinque giorni⁴⁵ decorrente dalla data in cui è stato accertato il mancato rispetto del requisito – all'autorità di vigilanza competente. Il piano dovrà indicare le misure che la banca intende adottare al fine ripristinare, entro un congruo arco temporale, il livello di capitale necessario a mantenere le riserve secondo la misura richiesta⁴⁶.

Qualora il piano di conservazione non venga approvato, l'autorità potrà imporre all'ente di aumentare i fondi propri sino a un determinato livello ed entro un determinato termine, oppure ancora decidere di avvalersi dei poteri di vigilanza⁴⁷ alla stessa attribuiti al fine di individuare ed applicare ulteriori limitazioni alle distribuzioni, più rigorose rispetto a quelle già previste in caso di dissesto.

Ebbene, il piano presentato da Carige non veniva approvato dalla BCE, la quale, pertanto, domandava la presentazione di una strategia volta a ripristinare e parimenti ad assicurare in maniera sostenibile l'osservanza dei requisiti entro il termine del 1° gennaio 2019.

Al fine di soddisfare i *desiderata* dell'Autorità, il C.d.A. di Banca Carige adottava un piano di rafforzamento patrimoniale articolato in due fasi: i) anzitutto, nell'emissione di obbligazioni subordinate Tier 2⁴⁸; ii) nel successivo aumento di capitale, da sottoporre alla preventiva approvazione degli azionisti.

te da particolari tensioni di mercato. Si tratta di una riserva obbligatoria (pari al 2,5% dell'esposizione complessiva al rischio della banca) e costituita da capitale primario di classe 1. Obbligatoria è altresì la riserva di capitale anticiclica, la cui imposizione consente l'accumulo di risorse da destinare alla copertura delle perdite; detta riserva, anch'essa costituita da capitale primario di classe 1, corrisponde al prodotto tra l'esposizione complessiva al rischio dell'ente e il coefficiente anticiclico specifico della banca. Si aggiungono la riserva di capitale espressamente istituita per fronteggiare rischi sistemici non coperti da altri accantonamenti prudenziali e la riserva di capitale per gli enti a rilevazione sistemica globale.

⁴⁴ Vale a dire, l'importo totale del capitale primario di classe 1 necessario per soddisfare il requisito relativo alla riserva di conservazione del capitale aumentato delle seguenti riserve, ove applicabili: i) riserva di capitale anticiclica specifica della banca; ii) riserva di capitale per gli enti a rilevazione sistemica globale (*global systemically important institution buffer*, G-SII *buffer*); iii) riserva di capitale per per gli altri enti a rilevanza sistemica (*other systemically important institution buffer*, O-SII *buffer*); iv) riserva di capitale a fronte del rischio sistemico. Rientrano del "capitale di classe 1", in generale, le voci di capitale di qualità maggiore quindi, ad esempio, il capitale versato, le riserve o gli utili non distribuiti.

⁴⁵ È comunque possibile l'individuazione, da parte dell'autorità stessa, di un termine più lungo, in ogni caso non superiore a dieci giorni.

⁴⁶ Ai sensi del comma 2 dell'art. 142 della citata direttiva 2013/36/UE, il piano di conservazione del capitale deve includere «a) le stime delle costi e dei ricavi e uno stato patrimoniale previsionale; b) le misure per aumentare i coefficienti patrimoniali dell'ente; c) un piano e un calendario per aumentare i fondi propri finalizzato a soddisfare pienamente il requisito combinato di riserva di capitale; d) ogni altra informazione che l'autorità competente ritenga necessaria (...)». Essa autorità approverà il piano unicamente qualora quest'ultimo sia valutato idoneo, sulla scorta di un giudizio prognostico, a consentire la conservazione ovvero la raccolta di capitale sufficiente per permettere all'ente di soddisfare il requisito combinato di riserva di capitale cui è soggetto entro un periodo adeguato.

⁴⁷ Di cui all'art. 102 direttiva 2013/36/UE cit.

⁴⁸ Secondo la definizione che viene data dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa sul proprio sito istituzionale, le obbligazioni subordinate costituiscono «titoli in cui il pagamento delle cedole ed il rimborso del capitale, in caso di particolari difficoltà finanziarie dell'emittente, dipendono dalla soddisfazione degli altri creditori non subordinati (o subordinati di livello inferiore)». Invero, i livelli di subordinazione di un titolo sono molteplici, e a ciascun livello corrisponde un particolare grado di rischio. Il livello più basso è rappresentato dalle ob-

Nonostante l'effettiva attuazione della prima fase del predetto piano, concretizzatasi mediante la sottoscrizione delle obbligazioni da parte – principalmente – dello Schema volontario d'intervento del Fondo bancario di tutela dei depositi, gli azionisti di maggioranza manifestavano la propria opposizione avverso un aumento di capitale da effettuarsi con le modalità dello scambio di obbligazioni subordinate con azioni di nuova emissione.

Sicché, all'esito della mancata approvazione della proposta, diversi membri del C.d.A. rassegnavano le proprie dimissioni; seguiva la cessazione dell'intero organo gestorio, conformemente alle disposizioni statutarie (nonché alla previsione di cui all'art. 2386 c.c.).

A seguito del verificarsi di tali avvenimenti, con decisione del 1° gennaio 2019 (la decisione oggetto del ricorso) la BCE assoggettava la banca ad amministrazione straordinaria, con conseguente scioglimento del collegio sindacale e del consiglio di amministrazione (i cui membri venivano sostituiti da commissari straordinari, aventi il compito di dare corso a tutti gli interventi necessari a far sì che la banca tornasse a rispettare i requisiti patrimoniali; trattasi del c.d. "commissariamento").

Peraltro, gli effetti di tale determina si riverberavano sulla negoziazione dei titoli emessi o garantiti, la quale veniva sospesa dalla Consob sino alla vigenza della decisione ovvero fino a quando, anche in esito alle ulteriori ed eventuali iniziative poste in essere dalle competenti autorità di vigilanza prudenziale, non fosse stato «ripristinato un completo quadro informativo sui titoli, emessi o garantiti» dall'istituto.

Alla pronuncia di assoggettamento ad amministrazione straordinaria facevano seguito tre decisioni di proroga (datate 29 marzo, 30 settembre e 20 dicembre 2019), a mezzo delle quali la durata della misura veniva estesa sino al 31 gennaio 2019.

Si noti che parte ricorrente domandava l'annullamento non soltanto della delibera di assoggettamento ad amministrazione straordinaria, bensì di tutti gli atti consequenziali e successivi a detta pronuncia, ivi comprese le suindicate proroghe.

4. La legittimazione di parte ricorrente

Fatte queste premesse, veniamo ora al contenuto della pronuncia in esame.

Preliminarmente, pare opportuno domandarsi se, nel caso che ci occupa,

bligazioni Lower Tier 2, le quali differiscono da un'obbligazione ordinaria unicamente in ragione del fatto che quest'ultima gode di priorità in ipotesi di liquidazione dell'emittente. Allo stesso livello di subordinazione delle precedenti si collocano altresì le obbligazioni Tier 3, aventi, tuttavia, un termine scadenza inferiore. Caratterizzate da un maggior livello di rischio sono invece le obbligazioni Upper Tier 2: esse prevedono la possibilità per l'emittente di «bloccare il pagamento delle cedole in caso di profitti insufficienti o in caso di sospensione dei pagamenti di dividendi sulle azioni ordinarie». Le cedole bloccate vengono, tuttavia, cumulate e corrisposte nel momento in cui vengono meno le condizioni che abbiano determinato la sospensione del pagamento.

In ultimo, la tipologia di obbligazione più rischiosa è costituita dalle Tier 1. Trattasi, in particolare, di titoli privi di scadenza (l'emittente ha comunque facoltà di rimborso anticipato dopo dieci anni dall'emissione). Orbene, dal momento che il pagamento delle cedole può essere annullato, appare immediatamente evidente l'elevato grado di rischio in capo al sottoscrittore (<https://www.consob.it/web/investor-education/obbligazioni-subordinate>).

parte ricorrente fosse effettivamente legittimata a proporre ricorso avverso la decisione della BCE, attesa la sua qualità di azionista minoritario dell'istituto.

Come noto, la legittimazione processuale attiva viene disciplinata dall'art. 263, par. 4, TFUE, ai sensi del quale, al fine della proposizione del ricorso di annullamento è necessario che il ricorrente, persona fisica o giuridica, sia direttamente e individualmente interessato dalla decisione avverso cui intende proporre istanza.

In particolare, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, è "persona direttamente interessata" il soggetto nei cui confronti l'atto controverso produca o sia suscettibile di produrre effetti diretti (da intendersi come effetti direttamente incidenti sulla sua situazione giuridica), senza che residui alcun potere discrezionale ai destinatari incaricati della sua attuazione⁴⁹. In altri termini, l'atto dovrà presentare un tipico carattere di automaticità, nel senso che lo stesso sia suscettibile di produrre effetto unicamente in forza della normativa euro-unitaria, senza che sia necessaria l'interposizione di alcuna norma intermedia.

Si aggiunga che i predetti requisiti devono intendersi come cumulativi.

È immediatamente percepibile come, nel caso che qui ci occupa, le decisioni di cui è stato chiesto l'annullamento appaiano idonee ad operare un'incidenza diretta sulla sfera giuridica della ricorrente, in specie modificando l'assetto dei diritti di cui la stessa, in qualità di azionista della banca, dispone.

Detto altrimenti, attesa l'avvenuta modifica – ancorché temporanea⁵⁰ – del «rapporto giuridico»⁵¹ intercorrente tra banca e azionista quale determinato dalle decisioni controverse e senza che sia intervenuto alcun atto intermedio, la ricorrente appare del tutto legittimata a proporre ricorso, potendosi la stessa qualificare come persona "direttamente interessata".

Difatti, conformemente alle prescrizioni statutarie, agli azionisti della banca spetta il diritto di eleggere gli organi amministrativi e di controllo dell'istituto, potendo altresì gli stessi, laddove detengano determinate quote del capitale, presentare liste di candidati per l'elezione dei membri del C.d.A. nonché dell'organo di controllo. Parallelamente, essi hanno il potere di convocare l'assemblea generale degli azionisti e di stabilire l'ordine del giorno. A ben vedere, le decisioni oggetto del ricorso hanno determinato quale effetto quello di sospendere tali prerogative⁵².

Ulteriore conseguenza delle decisioni adottate dalla BCE, come puntualmente evidenziato dall'organo giudicante, è rappresentata dall'effetto limitativo della responsabilità dell'organo gestorio (generalmente disciplinata dall'art. 2932 c.c.) ai soli casi di dolo o colpa grave, in ossequio a quanto disposto dal-

⁴⁹ In questo senso: Corte giust. 5 novembre 2019, cause C-663/17 P, C-665/17 P e C-669/17 P, BCE e altri c. Trasta Komerbanka e altri, punto 103, in *curia.europa.it*.

⁵⁰ A questo proposito, si noti che la giurisprudenza dell'Unione europea non fa distinzione tra effetti (incidenti e potenzialmente pregiudizievoli) a carattere definitivo e temporanei. È lo stesso Tribunale ad evidenziare, nella pronuncia in esame, che «nella giurisprudenza nulla indica che debbano essere escluse dalla tutela giurisdizionale le situazioni in cui si pregiudichi, per un periodo limitato, la situazione giuridica di una parte».

⁵¹ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punto 35.

⁵² In ossequio a quanto disposto dal comma 2 dell'art. 70 del TUB, soltanto i commissari straordinari possono convocare l'assemblea generale e stabilire l'ordine del giorno, previa approvazione della BCE ai sensi dell'art. 72, comma 6, TUB (ai sensi del quale «Il potere di convocare l'assemblea dei soci e gli altri organi indicati all'articolo 70, comma 2, spetta esclusivamente ai commissari previa approvazione della Banca d'Italia. L'ordine del giorno è stabilito in via esclusiva dai commissari e non è modificabile dall'organo convocato»).

l'art. 72, comma 9, TUB; la predetta norma dispone altresì che le azioni civili promosse nei confronti dei commissari straordinari debbano essere proposte previa autorizzazione della BCE, con ciò circoscrivendo ulteriormente il potere di esercizio dell'azione avverso possibili atti di *mala gestio*.

Si rammenti, peraltro, che il comma 5 del citato art. 72 legittima all'esercizio delle azioni sociali di responsabilità avverso i membri dei disciolti organi dell'istituto bancario unicamente i commissari straordinari, con conseguente venir meno del diritto sancito dagli artt. 2393 e 2393 *bis* c.c. in favore degli azionisti.

Si tratta, come noto, della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità avverso gli amministratori, peraltro esperibile anche da tanti soci quanti rappresentino almeno un quinto del capitale sociale (ovvero la diversa misura prevista dalle disposizioni statutarie, comunque non superiore al terzo), nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, da quanti rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto⁵³.

Vieppiù. Nel caso di specie, parte ricorrente faceva parte di una categoria di soggetti individuati ovvero (agevolmente) individuabili al momento dell'adozione degli atti impugnati (*id est*: gli azionisti della banca).

Difatti gli azionisti, detenendo quote nel capitale dell'istituto – e con conseguente attribuzione in loro favore di correlati diritti –, si distinguono in ragione dell'esclusività della loro posizione all'interno dell'assetto societario.

Si aggiunga che tali diritti si riverberano sulla *governance* societaria (su tutti si veda il diritto di voto); pertanto, una decisione che riorganizzi – ancorché temporaneamente – l'assetto amministrativo della compagine è tale da incidere sulle modalità di estrinsecazione degli stessi rispetto alle prerogative gestorie (e dunque sulla situazione giuridica dei detentori dei predetti diritti).

Come già ricordato nel paragrafo precedente, il secondo comma dell'art. 70 TUB dispone espressamente che «le funzioni delle assemblee (...) sono sospese per effetto del provvedimento di amministrazione straordinaria»: ne deriva che una delle conseguenze di tale provvedimento è proprio quella di sospendere la possibilità per gli azionisti di esprimere le proprie posizioni in sede collegiale⁵⁴.

Talché, a maggior ragione, il requisito processuale dell'incidenza individuale può dirsi soddisfatto.

A questo proposito, si noti che l'art. 263, par. 4, TFUE dispone che «chi non sia destinatario della decisione controversa è interessato individualmente da quest'ultima qualora essa lo colpisca a causa di determinate qualità personali ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità, e quindi lo identifichi alla stessa stregua dei destinatari»⁵⁵.

Dunque, il Tribunale UE ha correttamente ritenuto che la pronuncia della BCE abbia inciso su diritti essenziali degli azionisti, quale categoria individuata o, per lo meno, individuabile al momento dell'adozione della decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria e di relativa proroga, con ciò dovendosi ritenere la sussistenza della *legitimitas ad causam* in capo alla ricorrente.

Del resto, come più volte evidenziato, il ricorso di annullamento è stato

⁵³ Art. 2393 *bis*, commi 1 e 2, c.c.

⁵⁴ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punto 62.

⁵⁵ In questi termini anche Corte giust. 15 luglio 1963, causa 25/62, Plaumann c. Commissione, in *G.U.U.E.*

proposto da quest'ultima nella sua qualità di detentrica di una quota nel capitale della banca, adducendo gli effetti prodotti dalla decisione sui diritti a lei stessa spettanti, dunque facendo valere un interesse personale da tenere ben distinto dall'interesse dell'impresa⁵⁶.

Ne consegue che, nella fattispecie in esame, non pare possibile ritenere che, laddove le decisioni impugnate fossero annullate, vi sarebbe identità di effetti tra quello che in concreto l'annullamento produrrebbe sulla situazione degli azionisti e quello che, per converso, andrebbe ad incidere sulla posizione dell'istituto⁵⁷.

Come afferma l'organo giudicante, infatti, «fondando il proprio ricorso sull'effetto prodotto dalle decisioni controverse sui suoi propri diritti, la ricorrente può vantare un interesse a chiedere l'annullamento di dette decisioni che non si confonde con quello della banca, bensì se ne distingue»⁵⁸.

5. La decisione del Tribunale

Anzitutto, nell'affrontare la preliminare questione afferente alla ricevibilità del ricorso, il giudice adito ricorda che, ai sensi dell'art. 76, lett. d), del Regolamento di procedura del Tribunale dell'Unione – il quale, a sua volta, richiama la prescrizione stabilita nell'art. 21 dello Statuto della CGUE –, è necessario che l'oggetto della controversia sia contenuto e circoscritto entro i termini del ricorso, con la precisazione per cui i ricorsi di annullamento sono proponibili unicamente avverso atti pregiudizievoli esistenti⁵⁹.

Orbene, venendo al caso di specie, se la decisione di assoggettamento e la prima proroga possono legittimamente costituire oggetto del ricorso, in quanto già esistenti al tempo della proposizione del medesimo, lo stesso non può dirsi con riguardo alle decisioni di proroga successive alla prima, essendo esse proroghe state adottate posteriormente al deposito dell'atto.

Infatti, come affermato dall'organo giudicante, la genericità della formula utilizzata da parte ricorrente («ogni atto consequenziale e successivo») non consente una puntuale individuazione, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni sopra richiamate, dell'oggetto del ricorso, atteso che, come detto, l'oggetto della lite deve essere ben individuato nel testo del ricorso e che quest'ultimo dovrà altresì essere corredato di una copia dell'atto controverso di cui si domanda l'annullamento.

Neppure può dirsi che, nel caso di specie, parte ricorrente abbia ritualmente formulato istanza di adattamento del ricorso ai sensi dell'art. 86 del Regolamento di procedura del Tribunale.

Detta norma, infatti, dispone che, nell'ipotesi in cui l'atto di cui si chiede l'annullamento venga sostituito o modificato da altro pronunciamento avente il

⁵⁶ Si vedano, *ex multis*: Trib. UE 20 giugno 2000, causa T-597/97, Euromin SA c. Consiglio dell'Unione europea, in *eur-lex.europa.eu*; Trib. UE 12 novembre 2015, causa T-499/12, HSH Investment Holdings Coinvest e HSH Investment Holdings FSO c. Commissione in *curia.europa.eu*, quali espressamente richiamate dal punto 79 della pronuncia in esame.

⁵⁷ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punto 82.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Trib. UE 5 ottobre 2017, causa T-149/15, Ben Ali c. Consiglio dell'Unione europea, in *eur-lex.europa.eu*.

medesimo oggetto, «il ricorrente, prima della chiusura della fase orale o prima della decisione del Tribunale di statuire senza fase orale» ha facoltà di adattare il ricorso di modo da tenere in considerazione l'elemento sopravvenuto.

Beninteso, questa facoltà di integrazione potrà essere esercitata unicamente seguendo l'*iter* procedurale previsto dalla summenzionata disposizione, pena l'irricevibilità delle domande: in specie, l'adattamento dovrà avere luogo mediante atto separato ed entro i termini previsti dall'art. 263, comma, 6 TFUE.

Esaurita la narrazione in ordine alle questioni preliminari sottoposte al vaglio del giudice europeo, veniamo ora al merito della controversia.

Parte ricorrente sosteneva che, nel fondare la propria decisione sull'art. 70, comma 1, TUB, la BCE fosse incorsa in un errore di diritto: più in particolare, la situazione finanziaria dell'istituto non sarebbe stata tale da giustificare l'assoggettamento dello stesso ad una misura così invasiva quale l'amministrazione straordinaria, in grado di comportare un significativo deterioramento della posizione della banca.

Ed invero il Tribunale, muovendo dalla necessaria distinzione tra la misura della rimozione e quella dello scioglimento degli organi amministrativi o di controllo della banca – quest'ultima, evidentemente più invasiva, applicabile unicamente laddove la sostituzione dei predetti organi, secondo le procedure di diritto nazionale ed europeo, non possa ritenersi sufficiente per porre rimedio alla situazione – ha accolto le deduzioni di parte ricorrente⁶⁰.

Tuttavia, prima di procedere con l'analisi del ragionamento svolto dall'organo giudicante, occorre circoscrivere la portata applicativa delle misure suindicate, di modo da coglierne gli aspetti peculiari.

Anzitutto, qualora si verifichino «gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie»⁶¹, gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero laddove il deterioramento della situazione della banca risulti particolarmente significativo – beninteso, purché l'attuazione del piano di risanamento, l'adozione di un piano finalizzato a negoziare la ristrutturazione del debito⁶² o l'esercizio dei poteri di intervento di cui agli artt. 53 *bis* e 67 *ter* non appaiano sufficienti – la Banca d'Italia potrà disporre la rimozione di tutti i componenti degli organi con funzione di amministrazione e di controllo dell'istituto bancario⁶³.

Quanto, invece, alla misura dello scioglimento degli organi bancari aventi funzione di amministrazione e controllo (come detto, disciplinata ai sensi dell'art. 70, comma 1, TUB – il quale recepisce l'art. 29 della direttiva (UE) 2014/59), la stessa può essere disposta dalla Banca d'Italia qualora siano

⁶⁰ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punti 91-92.

⁶¹ Art. 68 *octiesdecies*, comma 1, lett. b), TUB, il quale ha recepito l'art. 28 della direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014.

⁶² Misure descritte dall'art. 69 *noviesdecies* TUB, quale richiamato dalla lett. a) dell'art. 68 *octiesdecies* TUB.

⁶³ Detta procedura, compiutamente descritta dall'art. 69 *viciesseme* TUB, prevede che la Banca d'Italia, disponendo la rimozione, possa contestualmente ordinare il rinnovo di tutti i componenti degli organi della banca (o di una società capogruppo di un gruppo bancario), fissando la data da cui decorreranno gli effetti della rimozione medesima. Viene altresì concessa alla Banca d'Italia la facoltà di ordinare la rimozione di uno o più componenti dell'alta dirigenza. Spetterà poi alla Banca d'Italia approvare la nomina dei componenti dei nuovi organi o della nuova alta dirigenza, la quale nomina viene comunque effettuata dal competente organo della banca o della società capogruppo, salva la possibilità di disporre in ogni momento l'amministrazione straordinaria della banca o della capogruppo artt. 70 e 98 TUB.

previste gravi perdite del patrimonio ovvero quando lo scioglimento sia richiesto con istanza motivata dagli organi amministrativi ovvero dall'assemblea straordinaria, nonché ove ricorrano «le violazioni o le irregolarità di cui all'art. 69-*octiesdecies*, comma 1, lettera b)»⁶⁴.

Orbene, nonostante taluni aspetti di similarità, primo fra tutti la legittimazione della Banca d'Italia ad adottare entrambe le misure poc'anzi descritte, le disposizioni di cui sopra si riferiscono a due ipotesi ben distinte.

È lo stesso Tribunale dell'Unione ad evidenziare che se, da un lato, la rimozione implica la sostituzione degli organi amministrativi e di controllo, per altro verso lo scioglimento «comporta la sospensione delle funzioni delle assemblee e degli altri organi e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria»⁶⁵.

Ciascuna misura, pertanto, presenta degli effetti tipici peculiari, tali da connotarla in maniera specifica.

Ne deriva l'impossibilità, secondo il giudice dell'Unione, di considerare le misure in parola come equivalenti ovvero alternative, potendo lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo essere disposta «soltanto qualora la sostituzione degli organi (...) secondo le procedure di diritto nazionale e di diritto dell'Unione non sia ritenuta sufficiente dall'autorità competente per porre rimedio alla situazione»⁶⁶.

Inoltre, dalla lettura delle disposizioni sopra richiamate sarebbe altresì possibile individuare differenze con riferimento alle condizioni la cui sussistenza è necessaria ai fini della loro applicazione; talché, la distinzione tra le due misure appare ancor più accentuata.

Peraltro, come evidenziato nella pronuncia del Tribunale, l'enumerazione delle predette condizioni assume carattere di tassatività⁶⁷.

Dall'impiego, nel testo delle disposizioni, della congiunzione disgiuntiva "o", consegue altresì che le predette condizioni debbano essere intese come alternative, peraltro non legate da alcun rapporto gerarchico.

Secondo l'organo giudicante, a tale conclusione è possibile giungere anche, e *a fortiori*, facendo riferimento agli artt. 28 e 29 della direttiva 2014/59, i quali sono recepiti dalle suindicate norme del testo unico bancario⁶⁸.

⁶⁴ Cfr. art. 70, comma 1, TUB.

⁶⁵ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punto 90.

⁶⁶ Ivi: punto 91.

⁶⁷ È pur vero che detta tassatività appare, per certi versi, mitigata dall'ampiezza della formulazione utilizzata, la quale è tale da ricomprendere un ampio spettro di situazioni critiche (potendosi annoverare tra le ipotesi che, in astratto, legittimano l'adozione delle misure pressoché ogni situazione critica che richieda un intervento sulla *governance* dell'istituto).

⁶⁸ Infatti, proprio l'art. 28 prevede, in tema di rimozione dell'alta dirigenza e dell'organo di amministrazione, prevede che detta misura possa essere disposta qualora «si verifichi un significativo deterioramento della situazione finanziaria di un ente oppure vi siano gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o dello statuto dell'ente o gravi irregolarità amministrative, e se le altre misure attuate in conformità dell'articolo 27 non siano sufficienti ad invertire tale processo». Ebbene, le condizioni stabilite dalla predetta disposizione sono individuate con espresso riguardo alla misura della rimozione, non potendo le stesse essere estese ad altre misure, in ossequio ad un principio di tassatività che rende ancor più ragionevole l'orientamento fatto proprio dal Tribunale nell'Unione mediante la pronuncia in parola. Inoltre, ai sensi della norma successiva, «gli Stati membri provvedono a che le autorità competenti possano nominare uno o più amministratori temporanei dell'ente, qualora la sostituzione dell'alta dirigenza o dell'organo di amministrazione ai sensi dell'articolo 28 sia ritenuta insufficiente da parte dell'autorità competente per porre rimedio alla situazione». Pertanto, in ossequio ad un principio di proporzionalità, le competenti autorità possono nominare un amministratore temporaneo in sostitu-

Ed invero, l'autonomia (nonché tassatività) dei presupposti indicati dalle norme appare pacifica, non solo in ragione della formulazione letterale delle norme, ma altresì alla luce del carattere invasivo dell'istituto in parola, il quale, lo si è detto, si sostanzia in una gestione coattiva dell'impresa, tale da incidere sulla libertà d'iniziativa economica dell'ente⁶⁹.

Muovendo da tali considerazioni, il Tribunale ha ritenuto che nel novero delle ipotesi che giustificano la misura dello scioglimento degli organi amministrativi o di controllo delle banche e l'instaurazione dell'amministrazione straordinaria di cui all'art. 70 TUB non possa ricomprendersi il caso in cui «il deterioramento della situazione della banca o del gruppo bancario sia particolarmente significativo», in quanto trattasi di una fattispecie espressamente e tassativamente prevista quale condizione per l'applicazione della rimozione.

E difatti, nel caso di specie, la BCE, assoggettando l'istituto ad amministrazione straordinaria, contestualmente disponendo lo scioglimento degli organi con funzioni amministrative e di controllo e la loro sostituzione con tre commissari straordinari e un comitato di sorveglianza, avrebbe erroneamente ritenuto che ricorressero «le condizioni di cui agli articoli 69 *octiesdecies* e 70 del testo unico bancario (...), ossia un significativo deterioramento della situazione»⁷⁰ dell'istituto, valutando la misura appropriata e l'esercizio del potere di cui all'art. 70 TUB proporzionato a fronteggiare le problematiche che, in quel momento, caratterizzavano la banca.

In estrema sintesi, nonostante le due misure in parola presentino caratteri di sostanziale identità con riguardo al comune presupposto (necessario per la loro applicazione) della sussistenza di gravi irregolarità o di gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari e statutarie, le stesse differiscono per quel che attiene all'ulteriore profilo relativo alla «valutazione di sintesi della situazione economico finanziaria della banca»⁷¹.

In maniera analoga, le successive decisioni di proroga venivano adottate adducendo a motivazione la persistenza del significativo deterioramento della situazione dell'istituto sottoposto a vigilanza, nonché l'asserita proporzionalità e adeguatezza dell'esercizio del potere di cui all'art. 70 TUB rispetto alle circostanze.

Orbene, in ossequio all'interpretazione offerta dall'organo giudicante, il presupposto del deterioramento della situazione della banca non deve intendersi come un'espressione generica; per converso, dovrà leggersi alla stregua di una «condizione prevista da un testo legislativo, che si riferisce a un elenco tassativo di quattro condizioni alternative (...) espressamente previste dalla legge per l'adozione di una misura così invasiva – la più invasiva nel sistema di intervento precoce –, come l'assoggettamento di una banca ad amministrazione straordinaria»⁷².

zione (lo si ribadisce, temporanea) dell'organo gestorio dell'ente, «ovvero in affiancamento temporaneo all'organo di amministrazione stesso» (art. 29, comma 1).

⁶⁹ E. CECCHINATO, *L'amministrazione straordinaria delle banche tra vigilanza prudenziale e gestione della crisi*, cit., p. 316.

⁷⁰ In questi termini si è pronunciata la BCE (punto 2.1 della decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria, quale testualmente richiamato dal punto 97 della pronuncia in commento).

⁷¹ S. AMOROSINO, *Il Tribunale UE annulla la decisione della BCE di assoggettare Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, p. 269.

⁷² Proprio in questi termini si è pronunciato il Tribunale dell'Unione europea (punto 108 della decisione).

Sicché, dette condizioni dovranno necessariamente essere rispettate ai fini della sottoposizione ad amministrazione straordinaria. Viceversa, mancando un riferimento concreto nel testo normativo, quelle previste per l'adozione della misura meno invasiva (la rimozione) non potranno considerarsi sufficienti a giustificare l'adozione della misura più invasiva.

Sulla scorta di tali considerazioni, il Tribunale ha concluso nel senso che la BCE abbia effettivamente commesso un errore di diritto nella determinazione della base giuridica utilizzata per adottare le decisioni impugnate.

Più in specie, detto errore sarebbe consistito nella violazione dell'art. 70 TUB, avendo essa Autorità fondato l'esercizio del potere ivi previsto su un presupposto che, viceversa, non è previsto dalla predetta disposizione quale condizione per lo scioglimento degli organi amministrativi o di controllo della banca e per la conseguente sottoposizione dell'istituto ad amministrazione straordinaria.

D'altronde, l'impiego – da parte del legislatore – di formule differenti per la designazione dei presupposti giuridici propri della misura della rimozione da un lato e dell'amministrazione straordinaria dall'altro, non pare lasciar spazio a dubbi⁷³.

Neppure il giudice ha ritenuto fondata l'eccezione formulata dalla resistente secondo cui la BCE, agendo in qualità di autorità competente ai sensi della normativa bancaria, sarebbe tenuta ad applicare, oltre al diritto nazionale, tutte le norme del diritto euro-unitario, ivi comprese le disposizioni della citata direttiva 2014/59, la quale prevede l'assoggettamento ad amministrazione straordinaria anche in caso di deterioramento significativo della situazione dell'ente creditizio considerato.

Giunti a questo punto occorre, tuttavia, un'ulteriore chiosa esplicativa.

Come noto, il principio di legalità impone alle istituzioni dell'Unione l'obbligo di rispettare le norme che le disciplinano.

Relativamente alla vigilanza prudenziale, detto obbligo viene specificamente sancito dal Regolamento (UE) n. 1024/2013⁷⁴.

Più in particolare, l'art. 4, par. 3, del summenzionato regolamento dispone che «ai fini dell'assolvimento dei compiti attribuiti e allo scopo di assicurare standard elevati di vigilanza, la BCE applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive».

Orbene, con riguardo alla portata interpretativa ed applicativa di tale disposizione, il Tribunale ha significativamente enunciato che detta norma non può essere intesa come comprendente due fonti distinte di obblighi, vale a dire «il diritto dell'Unione nel suo insieme, ivi comprese le direttive, al quale si dovrebbe aggiungere la legislazione nazionale che le recepisce»⁷⁵.

Infatti, un'interpretazione di questo tipo presupporrebbe una divergenza tra le disposizioni nazionali e le direttive, con la conseguenza che i due tipi di atti andrebbero a vincolare la BCE quali fonti normative distinte⁷⁶, in evidente contrasto con quanto disposto dall'art. 288, par. 3, TFUE⁷⁷.

⁷³ S. AMOROSINO, *Il Tribunale UE annulla la decisione della BCE di assoggettare Banca CARIGE ad amministrazione straordinaria*, cit., p. 274.

⁷⁴ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, cit.

⁷⁵ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punto 112.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Ai sensi del quale: «La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

Peraltro, secondo costante e consolidata giurisprudenza, le direttive non sono suscettibili di creare obblighi a carico di un privato⁷⁸.

Ne consegue che nell'ipotesi in cui il diritto dell'Unione sia composto da direttive, dovrà essere applicata la legislazione nazionale di recepimento delle stesse.

In forza delle superiori considerazioni, il giudice europeo ha, dunque, ritenuto che «un'interpretazione libera dei testi normativi che consenta di rimodelare le condizioni per l'applicazione di disposizioni concepite in modo distinto nella direttiva 2014/59 e nel diritto nazionale»⁷⁹ non consente di porre rimedio all'errata applicazione dell'art. 70 TUB, quale occorso nel caso di specie.

6. Considerazioni conclusive

Se, da un lato, l'interpretazione della normativa del testo unico bancario offerta dal giudice europeo appare corretta, soprattutto con riferimento al dato testuale delle disposizioni di cui agli artt. 69 *octiesdecies* e 70 TUB, dall'altro, un tale orientamento si pone in potenziale contrasto con quelle che sono le indicazioni offerte dal legislatore dell'Unione.

Come si è avuto modo di osservare, il giudice adito ha censurato la decisione dell'autorità bancaria centrale per avere la medesima fondato la propria decisione su un criterio – quello del deterioramento significativo – non contemplato dalla normativa italiana tra i presupposti per l'adozione della misura dell'amministrazione straordinaria (e conseguente sostituzione dei membri dell'organo gestorio con commissari appositamente nominati).

Invero, nonostante l'interpretazione offerta dal Tribunale sia – come detto – da condividere sotto il profilo dell'*iter* logico-argomentativo seguito, ancorché la stessa appaia caratterizzata da un certo formalismo, è altresì evidente che si tratta di un orientamento suscettibile di disvelare alcune contraddizioni all'interno sistema.

Infatti, se all'interno della normativa nazionale è possibile rinvenire una distinzione piuttosto netta tra le singole misure, per lo meno per quel che concerne l'ambito applicativo delle stesse, a livello sovranazionale i confini appaiono più nebulosi e le differenze sembrano affievolirsi.

In altri termini, a livello sovranazionale la BCE, che pure dovrebbe attenersi alla disciplina nazionale del Paese in cui ha sede l'ente vigilato, è guidata da principi più generali, i quali rendono meno marcate la peculiarità dei presupposti propri dell'una o dell'altra misura, lasciando – così pare – maggiore libertà di scelta nell'individuazione dell'intervento da adottare nel caso concreto.

Senonché, attesa la necessità per la BCE di uniformarsi alla disciplina interna dei singoli Stati membri, una tale differenza può portare – come anticipato – ad antinomie di sistema.

Inoltre, circoscrivendo l'analisi ai soli aspetti processuali, perplime che un

⁷⁸ *Ex plurimis*: Corte giust. 26 febbraio 1986, causa C-152/84, M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, punto 48, in *eur-lex.europa.eu*; Corte giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Küçükdeveci c. Swedex GmbH, punto 46, in *curia.europa.eu*.

⁷⁹ Trib. UE 12 ottobre 2022 cit., punto 113. Sul tema delle direttive si veda altresì la nota sentenza Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. c. Repubblica italiana, in *eur-lex.europa.eu*.

azionista di minoranza, titolare di una partecipazione assai ridotta nel capitale sociale dell'istituto, sia legittimato a chiedere l'annullamento di una decisione di assoggettamento ad amministrazione straordinaria, senza neppure addurre a motivo di doglianza di avere subito un qualche pregiudizio diretto di natura patrimoniale⁸⁰.

Ebbene, dilatando la platea di soggetti legittimati a ricorrere all'autorità giudiziaria, con conseguente incremento dei contenziosi, si aumenta altresì la possibilità che intervengano pronunce di accoglimento. In tal modo, si rischia di pregiudicare l'efficace attuazione delle misure in concreto disposte dalla BCE nell'ambito della citata attività di vigilanza macro-prudenziale, le quali soggiacerebbero ad un'aura di sostanziale incertezza.

Beninteso: con ciò non si vuole affermare che gli azionisti di minoranza siano privi di interesse. Anzi, tale interesse sussiste ed è evidente, proprio in ragione delle considerazioni svolte nei paragrafi che precedono.

Piuttosto, ci si domanda se non sia opportuno garantire alle decisioni della BCE una maggiore stabilità e certezza, proprio al fine di consentire alle misure preventive in concreto adottate una più pregnante incidenza e forza applicativa, anche in ragione delle finalità che la vigilanza prudenziale – di cui le predette misure costituiscono un'estrinsecazione – persegue.

Rispetto ai rimedi consistenti nell'invalidazione, ad esempio, si potrebbero privilegiare quelli risarcitori⁸¹, così da assicurare, ad un tempo, tutela giurisdizionale agli interessati e, dall'altro lato, garantire maggior stabilità e certezza nelle decisioni afferenti il controllo sul settore bancario.

⁸⁰ G. SANDRELLI, *A tempo scaduto: la sentenza del tribunale UE nel caso Carige*, in *www.lavoce.info*, 2022.

⁸¹ *Ibidem*.



COMMENTI

Il principio “do no significant harm” come strumento strategico. La nozione di “attività economica sostenibile” e le prospettive di innovazione nei contratti pubblici

The ‘do no significant harm’ principle as a strategic tool. The ‘sustainable economic activity’ and issues for the innovation in public contracts

di Matteo Pignatti*

ABSTRACT

La transizione verso un modello economico sostenibile sottende profili economici e giuridici quali: l'efficiente utilizzo delle risorse e delle materie prime, del processo produttivo e della *supply chain*; la riduzione delle importazioni e la dipendenza economica da altri Stati (da cui può derivare una incidenza di questi nei processi decisionali e sulla sovranità degli Stati importatori); la definizione di strategie per favorire lo sviluppo economico in Europa e la sua competitività (fondata sull'“innovazione”) nel contesto economico globale; la previsione di istituti giuridici volti a supportare il passaggio verso un “nuovo sistema”, coerenti e di semplice utilizzo (per rendere l'ordinamento “attraente” a nuovi investimenti), nonché capaci di garantire la certezza di rapporti giuridici e la tutela delle libertà economiche (per favorire l'iniziativa economica).

L'articolo si propone di analizzare la rilevanza del principio “do no significant harm”, la sua incidenza sull'iniziativa economica e sulla nozione stessa di attività economica, al fine di valutarne i risvolti giuridici nell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche e nel ruolo della pubblica amministrazione nella gestione del ciclo di vita di un bene.

The transition to a sustainable economic model subtends economic and legal profiles such as: the efficient use of resources and raw materials, the production process and the supply chain; the reduction of imports and economic dependence on other states (from which the latter may have an impact on the decision-making processes and sovereignty of importing states); the definition of strategies to foster economic development in Europe and its competitiveness (based on ‘innovation’) in the global economic context; the provision of legal institutions aimed at supporting the transition to a ‘new system’, consistent and user-friendly (to make the system ‘attractive’ to new investments), as well as capable of guaranteeing the certainty of legal relations and the protection of economic freedoms (to encourage economic initiative).

The article proposes to analyse the relevance of the ‘do no significant harm’ principle, its impact on economic initiative and on the very notion of economic activity, in

* Ricercatore presso il Centro Alti Studi per la Difesa – School of Advanced Defence Studies, Rome. Email: matteo.pignatti@casd.difesa.it; irad.ucd.ric6@casd.difesa.it.

order to assess its legal resolutions in the contractual activity of public administrations and in the role of the public administration in managing the life cycle of an asset.

REGOLAMENTO (UE) 2020/852, RELATIVO ALL'ISTITUZIONE DI UN QUADRO CHE FAVORISCE GLI INVESTIMENTI SOSTENIBILI E RECANTE MODIFICA DEL REGOLAMENTO (UE) 2019/2088, ARTT. 3 E 17

Estratto

Art. 3. Criteri di ecosostenibilità delle attività economiche

Al fine di stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento, un'attività economica è considerata ecosostenibile se:

- a) contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9, in conformità degli articoli da 10 a 16;
- b) non arreca un danno significativo a nessuno degli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9, in conformità dell'articolo 17;
- c) è svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all'articolo 18; e
- d) è conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 3, dell'articolo 11, paragrafo 3, dell'articolo 12, paragrafo 2, dell'articolo 13, paragrafo 2, dell'articolo 14, paragrafo 2, o dell'articolo 15, paragrafo 2.

Art. 17. Danno significativo agli obiettivi ambientali

1. Ai fini dell'articolo 3, lettera b), si considera che, tenuto conto del ciclo di vita dei prodotti e dei servizi forniti da un'attività economica, compresi gli elementi di prova provenienti dalle valutazioni esistenti del ciclo di vita, tale attività economica arreca un danno significativo:

- a) alla mitigazione dei cambiamenti climatici, se l'attività conduce a significative emissioni di gas a effetto serra;
- b) all'adattamento ai cambiamenti climatici, se l'attività conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi;
- c) all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine, se l'attività nuoce:
 - i) al buono stato o al buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee; o
 - ii) al buono stato ecologico delle acque marine;
- d) all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se:
 - i) l'attività conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali quali le fonti energetiche non rinnovabili, le materie prime, le risorse idriche e il suolo, in una o più fasi del ciclo di vita dei prodotti, anche in termini di durabilità, riparabilità, possibilità di miglioramento, riutilizzabilità o riciclabilità dei prodotti;
 - ii) l'attività comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti, ad eccezione dell'incenerimento di rifiuti pericolosi non riciclabili; o
 - iii) lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente;
- e) alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento, se l'attività comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo rispetto alla situazione esistente prima del suo avvio; o
- f) alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi, se l'attività:
 - i) nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi; o
 - ii) nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, comprese quelli di interesse per l'Unione.

2. Nel valutare un'attività economica in base ai criteri indicati al paragrafo 1, si tiene conto dell'impatto ambientale dell'attività stessa e dell'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi da essa forniti durante il loro intero ciclo di vita, in particolare prendendo in considerazione produzione, uso e fine vita di tali prodotti e servizi.

SOMMARIO: 1. L'economia circolare e le motivazioni per un cambiamento sistemico orientato a forme di innovazione sostenibile. – 2. Il principio del “*do no significant harm*” nel PNRR. La nozione di “attività economica sostenibile” nel nuovo contesto giuridico-economico e nei contratti pubblici. – 3. Gli strumenti giuridici per l'economia circolare nei contratti pubblici: la disciplina europea ed il suo utilizzo strategico. – 4. Le prospettive innovative per l'utilizzo dei contratti pubblici nelle politiche di sviluppo europee.

1. L'economia circolare e le motivazioni per un cambiamento sistemico orientato a forme di innovazione sostenibile

Considerazioni economico-ambientali¹ e di carattere giuridico-politici² rendono necessari cambiamenti nel modello di sviluppo economico per favorire l'innovazione, la leale cooperazione tra gli Stati membri³ e la competi-

¹ Si consideri l'aumento del consumo di materie prime, alcune delle quali definite come "critiche", (quali la biomassa, i combustibili fossili, i metalli e i minerali), l'aumento della produzione di rifiuti, l'aumento della popolazione. Si v. OECD, *Global Material Resources Outlook to 2060*, 2018; Banca Mondiale, *What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050*, 2018. Cfr. anche l'analisi svolta dall'OECD, *Raw materials use to double by 2060 with severe environmental consequences*, 2018, in <https://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/raw-materials-use-to-double-by-2060-with-severe-environmental-consequences.htm>. A livello europeo cfr.: Commissione UE, *Critical Raw Materials for Strategic Technologies and Sectors in the EU. A Foresight Study*, 2020; Commissione UE, *Study on the EU's list of Critical Raw Materials*, 2020; Commissione UE, *Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, 6 luglio 2021, in https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9f5e7e95-df06-11eb-895a-01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF.

² Speculazioni economiche sulle materie prime e l'utilizzo del potere economico dato dalle esportazioni come strumento per incidere sulle decisioni (politiche e/o economiche) degli Stati importatori, speculazioni sugli investimenti finanziari, avvengono nel mercato internazionale globalizzato (sfruttando l'innovazione tecnologica negli scambi commerciali, la durata dei procedimenti delle Istituzioni UE e nazionali per l'adozione di misure a tutela del Mercato Interno e/o degli Stati membri) e all'interno del Mercato Interno (eludendo i principi UE posti a sua tutela e la leale cooperazione tra gli Stati membri) condizionando la sovranità degli Stati. Sulla nozione di sovranità economica, come capacità di uno Stato di operare una politica economica indipendente: G. DE ANGELIS, *Sovranità economica e legittimità politica nell'unione economica e monetaria: un modello analitico*, in *Ragion pratica*, 2019, 491 e s. Si v. M. PASSALACQUA, *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, Padova, 2022. Sulla sovranità economica e circa gli effetti dell'economia e della globalizzazione sulla nozione di sovranità cfr.: G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5 del 2012, 461 s.; G.M. ROBERTI, *Crisi del debito sovrano e sovranità economica*, in *AA.VV., Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, 2013, 205 e s.; A. REPOSO, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 2015, 7-8; G. DI GASPARE, *Sovranità, sovranismi e governance economica dell'eurozona*, in *Forum di quad. cost.*, 2019; S. CASSESE, *Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento*, sul sito della Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e Diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000. Per una analisi della generale nozione di sovranità cfr.: M.S. GIANNINI, voce *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, vol. XLIII, 224 e s. Cfr. anche *La sovranità in un mondo globalizzato* l'intervento di M. Draghi (all'epoca Presidente della BCE), in occasione del conferimento della Laurea *ad honorem* in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna, 22 febbraio 2019, sul sito della Banca Centrale Europea. In relazione alla sovranità tecnologica si v.: Commissione UE, *Relazione di previsione strategica 2021*, 8 settembre 2021, 4. In dottrina: F. CAPRIGLIONE, *Diritto ed economia. La sfida dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2021, 3, 4 e s.; B. CELATI, *La sostenibilità della trasformazione digitale: tra tutela della concorrenza e "sovranità tecnologica europea"*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2021, 3, 252 e s.; G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Dir. pub.*, 2022, 809 e s. Si v. le problematiche connesse alla tassazione delle transazioni finanziarie nel mercato dell'energia all'interno del *Title Transfer Facility* (TTF). Sulla crisi e sulle carenze strutturali dell'economia europea cfr. Commissione UE, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 2010, 5, in cui si evidenzia l'importanza delle tematiche ambientali e la necessità del raggiungimento dei relativi obiettivi in punto di riduzione di gas a effetto serra, di innalzamento della quota di fonti di energia rinnovabile e di miglioramento dell'efficienza energetica; Commissione UE, *Un'imposizione fiscale più intelligente dell'energia nell'UE: proposta di revisione della direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici*, 13 aprile 2011. E. DI GIULIO, *Gas: impennate dei prezzi e il rebus di Amsterdam*, in *Riv. en.*, 2022, accessibile in <https://www.rivistaenergia.it/2022/09/gas-impennate-dei-prezzi-e-il-rebus-di-amsterdam/>.

³ Si v. quanto accaduto in relazione alle esportazioni di grano dall'Ungheria a seguito del conflitto tra Ucraina e Russia. In materia ambientale, nell'ordinamento giuridico italiano la tutela

tività del Mercato Unico e nell'economia globale⁴.

L'economia circolare rappresenta un'alternativa all'economia lineare⁵ in quanto mira a mantenere i prodotti e i materiali all'interno di cicli chiusi consentendo l'utilizzo delle materie prime per un periodo più lungo, mediante il loro reinserimento (e rivalorizzazione) all'interno di un ciclo produttivo (senza richiedere l'utilizzo di nuove materie prime)⁶. Questo approccio è volto alla ri-

della concorrenza è stata espressamente prevista tra i principi che devono essere osservati nella gestione dei rifiuti (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 178, introdotto dal d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, attuativo della l. 4 ottobre 2019, n. 117, art. 16). Il rispetto di tale principio deve essere letto in relazione ai settori economici caratterizzati dalla presenza di un unico operatore (Autorità Nazionale Anticorruzione, Camera dei deputati – Senato Repubblica XIII legislatura, seduta del 30 gennaio 2019, in <http://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/stenografici/pdf/39/audiz2/audizione/2019/01/30/leg.18.stencomm.data20190130.U1.com39.audiz2.audizione.0010.pdf>, 5 e 7 e s.), ove ci si riferisce al settore degli imballaggi che vede il monopolio del sistema del Consorzio nazionale imballaggi – CONAI e dei suoi sei consorzi di filiera. Cfr. anche: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – AGCM, 22 marzo 2021, AS1730, *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, 41 e s. in relazione alla mancata apertura del mercato nazionale ad un sistema di EPA, si v. caso A476 del 17 luglio 2014, in cui era stata avuta un'istruttoria sulla base dell'ipotesi che CONAI avesse posto in essere, anche nell'interesse del Consorzio nazionale per la raccolta, il riciclaggio e il recupero degli imballaggi in plastica – COREPLA, un'unica articolata strategia nell'organizzazione dell'avvio a riciclo di questi rifiuti, per ostacolare l'ingresso e l'operatività nel mercato di un sistema autonomo (P.A.R.I.) gestito dal segnalante Aliplast SpA. Sulla leale cooperazione: TUE, artt. 4, par. III e 13. In dottrina, ex multis: P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, 277-278; P. DE PASQUALE- M. CARTABIA-C. IANNONE, *Art. 4 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 28 e s.; M. CONDINANZI, *Leale cooperazione*, in *Europa. Un'utopia in costruzione*, Roma, 2018, 122-131; F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra stati membri e unione europea studio sulla partecipazione all'unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020; F. BATTAGLIA, *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 2020.

⁴ Tale competitività è volta a garantire la sovranità economica degli Stati UE nel mercato globale. Cfr. Commissione UE, *Relazione di previsione strategica 2021. Capacità e libertà di azione dell'UE*, 8 settembre 2021, 4 e s. L'innovazione, come strumento volto a garantire lo sviluppo economico del mercato europeo è strettamente connesso alla transizione digitale, mediante lo sviluppo di un "ecosistema di intelligenza artificiale che consenta alla sua società e alla sua economia nel loro complesso di godere dei benefici apportati dalla tecnologia"; Commissione UE, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, 19 febbraio 2020, 2 e s.; Commissione UE, *Relazione di previsione strategica 2021. Capacità e libertà di azione dell'UE*, cit., 4 e s. B. CELATI, *La sostenibilità della trasformazione digitale: tra tutela della concorrenza e "sovranità tecnologica europea"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 252 e s. G.F. FERRARI, *Le nuove frontiere del diritto della globalizzazione. Riflessioni di sintesi*, in *DPCE Online*, 2021, 871 e s.

⁵ Nell'economia lineare le materie prime vengono avviate alla produzione, trasformate in prodotti di consumo, per divenire poi rifiuto. Circle Economy – PGGM – KPMG – WBCSD – EBRD, *Linear Risks*, 2018, in <https://www.circle-economy.com/resources/linear-risks-how-business-as-usual-is-a-threat-to-companies-and-investors>.

⁶ Cfr. il diagramma di Sankey, in cui si evidenzia come i flussi di materiali che passano attraverso l'economia dell'UE e che alla fine vengono scaricati di nuovo nell'ambiente o reimmessi nel processo economico. Il Diagramma è accessibile sul sito web di Eurostat in https://ec.europa.eu/eurostat/cache/sankey/circular_economy/sankey.html?geos=EU27&year=2019&unit=G_T&materials=TOTAL&highlight=0&nodeDisagg=0101100100&flowDisagg=false&translateX=125.99877451072382&translateY=18.762409946764052&scale=0.8485281374238572&language=EN&xyz=89&material=TOTAL. V. anche Parlamento Europeo, *Economia circolare: definizione, importanza e vantaggi*, 2015, accessibile in <https://www.europarl.europa.eu/news/it/headlines/economy/20151201STO05603/economia-circolare-definizione-importanza-e-vantaggi>; Commissione UE, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, 11 marzo 2020. In dottrina: E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 493-529; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici: verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163; Id., voce *Economia Circolare (Diritto Pubblico)*, *Dig. Disc. pubbl.*, aggiornamento 2021, p. 161

generazione, che mediante una “progettazione” innovativa dei beni o delle modalità di prestazione dei servizi, consente di fare fronte ai fabbisogni della società (riducendo i consumi di materie prime)⁷. Si sostituisce il concetto di fine vita con quello di ripristino, si ricorre ad energia rinnovabile, si riduce l'uso di sostanze chimiche tossiche, che compromettono il riutilizzo e il ritorno alla biosfera, e si persegue la riduzione dei rifiuti attraverso la definizione di nuovi materiali, prodotti e processi.

L'economia circolare costituisce elemento essenziale della transizione ecologica⁸ e risulta interconnessa alla nozione di “sviluppo sostenibile”, potendo considerarsi un modello economico capace di contribuire a garantire trasversalmente un equilibrio tra sviluppo economico, sociale e ambientale⁹.

Il piano d'azione europeo del 2020, costituisce uno degli elementi principali del *Green Deal* europeo¹⁰, della nuova agenda europea per la crescita sostenibile¹¹ coordinato con quanto definito nel contesto internazionale¹², per rag-

ss.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 801-835; C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse. L'anello mancante per un'economia circolare*, in F. de Leonardis (a cura di) *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019, 91-114. Per una prospettiva economica: J. ZOTTI-A. BIGANO, *Write circular economy, read economy's circularity. How to avoid going in circles*, in *Econ. Pol.*, 2019, 1 e s.

⁷ K. RAWORTH, *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist*, Cornerstone, 2018. Circa la riduzione dei consumi si v.: Commissione UE, *Study on modelling of the economic and environmental impacts of raw material consumption*, 2014, in https://ec.europa.eu/environment/enveco/resource_efficiency/pdf/RMC.pdf.

⁸ Si v. F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2021, 779 e s., in cui si analizza la nozione di transizione ecologica, il rapporto con altri termini utilizzati a livello internazionale, europeo e nazionale ed il suo ruolo nello sviluppo economico.

⁹ A livello internazionale si v. Nazioni Unite, *Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, in *unic.org/it/agenda-2030/*, in cui sono previsti i 17 *Sustainable Development Goals* – SDGs, tra cui l'obiettivo 12 “Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo”. Commissione UE, *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, 24 febbraio 2021. La nozione di “sviluppo sostenibile” appare come un concetto di portata molto più ampia che ricomprende al suo interno azioni che non risultano necessariamente ricomprese in un modello di economia circolare. Ad esempio gli interventi a carattere sociale, pur rientrando nel concetto di sostenibilità, non sono ricompresi tra le attività di un modello economico circolare. Commissione UE, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, cit., 17-18. Cfr. anche: Energy&Strategy Group, *Circular Economy Report 2021*, 2021, <https://www.energystrategy.it/es-download/>.

¹⁰ Commissione UE, *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019; Commissione UE, *European Green Deal: Commission proposes transformation of EU economy and society to meet climate ambitions*, 2021. In dottrina: M. PASSALACQUA, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, in M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., 14 e s.; E. Chiti, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2022, 468 e s.; F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, *Riv. Reg. Mercati*, 2022, 13 e s.; F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, p. 777 ss.

¹¹ Sul fondamento giuridico delle azioni UE in materia di sostenibilità si v. Trattato sull'Unione europea (TEU), art. 3, che afferma la responsabilità interna ed esterna dell'UE alla salvaguardia di questo principio. La necessaria connessione tra le politiche e l'integrazione di esse è solidamente ancorata agli articoli 7 e 11 del TFEU, che esigono l'integramento della protezione ambientale in tutte le aree di intervento politico. Commissione UE, *Analisi annuale della crescita sostenibile 2022*, 24 novembre 2021. In dottrina: T. TÁTRAI-O. DIÓFÁSI-KOVÁCS, *European Green Deal – the way to Circular Public Procurement*, in *ERA Forum*, 2021, pp. 523-539.

¹² Si v. ONU, *Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, in <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Cfr. anche OECD, *International Programme for Action on Climate*, accessibile in <https://www.oecd.org/climate-action/ipac/>.

giungere l'obiettivo di neutralità climatica dell'UE nel 2050 e per fermare la perdita di biodiversità.

In tale contesto gli interventi in chiave di sostenibilità ambientale, incidono sull'ordinamento giuridico ed il sistema economico su diversi profili tra loro interconnessi. In ambito giuridico rilevano la disciplina dell'iniziativa economica privata, la gestione dei rapporti giuridici nella catena di distribuzione e tra produttori e clienti, la prevenzione ed il contrasto a condotte elusive della concorrenza, i rapporti con la pubblica amministrazione (sia in termini di semplificazione degli adempimenti burocratici, nella definizione di modelli di sviluppo collaborativo), la regolazione ed effettività della disciplina dei rapporti finanziari. Il sistema economico richiede un intervento coordinato sulle infrastrutture esistenti e lo sviluppo di nuove con una partecipazione attiva degli operatori economici, una revisione dei processi (di approvvigionamento, produttivi e di distribuzione) orientata alla riduzione dell'impatto sull'ambiente (e che conseguentemente consenta una riduzione delle materie prime importate e la dipendenza da queste).

L'innovazione e l'attività di ricerca e sviluppo¹³ rappresentano elementi costitutivi di tale sistema¹⁴ e parametri per la valutazione del raggiungimento dei suoi obiettivi¹⁵.

¹³ La promozione della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dell'innovazione rientra tra gli obiettivi dell'Unione europea sanciti all'interno dei Trattati. La strategia "Europa 2020" individuava nell'attività di ricerca e sviluppo uno dei fattori per perseguire "una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" e, più recentemente, l'innovazione è stata posta al centro delle iniziative della strategia per i contratti pubblici della Commissione UE e nelle misure di ripresa e resilienza. Il termine "innovazione", originariamente inteso come la "trasformazione di un'idea: in un prodotto (bene o servizio) o processo, manifatturiero o distributivo, nuovo o significativamente migliorato", può essere declinato in differenti modi assumendo molteplici profili nei singoli settori. Si v. TFUE, art. 179. Gli artt. da 180 a 190 individuano le azioni, le attività, i programmi da svolgere per raggiungere tale obiettivo e determinano la portata e le modalità di attuazione del programma quadro pluriennale per il coordinamento delle attività degli Stati Membri. Commissione UE, *Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010; Commissione UE, *Making Public Procurement work in and for Europe*, 3 ottobre 2017, in ec.europa.eu/docsroom/documents/25612; Commissione UE, *Public procurement for research and innovation*, settembre 2005. Più recentemente cfr. Commissione UE, *Study supporting the interim evaluation of the innovation principle Final report*, 2019, in www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/11/KI0219819ENN.en_.pdf. In dottrina: J. ZILLER, *Ricerca e innovazione*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo europeo – Parte speciale*, 2007, III, 1655; M. MAZZUCATO, *Mission-Oriented Research & Innovation in the European Union A problem-solving approach to fuel innovation-led growth*, 2018, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/mazzucato_report_2018.pdf; M. PIGNATTI, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE Online*, 2021, pp. 1745-1771.

¹⁴ Commissione UE, *Innovation principle makes EU laws smarter and future-oriented, experts say*, 25 novembre 2019; Commissione UE, *Circular Economy Research and Innovation. Connecting economic & environmental gains*, 2017; Ellen MacArthur Foundation, *Upstream Innovation. A guide to packaging solutions*, 2020, in <https://plastics.ellenmacarthurfoundation.org/upstream>. In dottrina: F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, cit., p. 163 ss.

¹⁵ Commissione UE – Eurostat, *Which indicators are used to monitor the progress towards a circular economy?*, in ec.europa.eu/eurostat/web/circular-economy/indicators, la metodologia elaborata dall'Eurostat per valutare il livello di economia circolare adottata da uno Stato si basa su 4 macrocriteri: 1 – produzione e consumi; 2 – gestione dei rifiuti; 3 – materie prime secondarie; 4 – concorrenza e innovazione. Il concetto di innovazione è preso in considerazione sulla base: degli investimenti privati (es. posti di lavoro e rapporto della produzione/PIL) e brevetti relativi al riciclaggio di materie prime. A livello internazionale cfr.: OECD, *Government at a Glance 2019*, in www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019_8ccf5c38-en, p. 133 ss.

La diffusione di nuove tecnologie e le attività di impresa a emissioni zero costituiscono obiettivi primari che non devono far venire meno la progressiva riduzione delle emissioni anche nei settori in cui alte emissioni sono difficili da abbattere mediante lo sviluppo coerente del Mercato Interno e il progresso tecnologico¹⁶. Nuovi strumenti finanziari sono stati adottati per sostenere la sostenibilità ambientale¹⁷.

La “finanza di transizione” si sta sviluppando tra i governi e gli operatori economici quale strumento per generare effetti sulle imprese (incentivando al cambiamento, riducendo il rischio connesso al cambiamento verso il nuovo sistema), ma la sua definizione quale requisito per l'accesso al credito può ulteriormente orientare il mercato¹⁸.

Esempi di tali fenomeni sono evidenti a livello internazionale, ove la creazione di gruppi di investimento (investitori istituzionali, fondi di *private equity*, banche commerciali, sviluppatori di progetti) ha lo scopo di sostenere gli sforzi politici globali e affrontare le sfide del mercato nella finanza verde e sostenibile¹⁹.

A livello europeo, la creazione di gruppi di esperti per supportare la fase di

¹⁶ Si v. la proposta di un “*Green Deal Industrial Plan*”, con cui l'Unione europea si propone di intervenire sulla disciplina delle materie prime (per garantire l'accesso a materiali essenziali per la produzione di tecnologie), e del mercato dell'energia elettrica (al fine di ridurre i costi nel Mercato Interno e evitare che la dipendenza dai paesi esportatori influenzi le scelte politiche degli Stati membri), e limitare la delocalizzazione all'estero di imprese europee innovative e mantenere attrattiva e competitiva l'industria dell'Unione europea in settori essenziali, tutelando l'economia e gli interessi europei dalle iniziative di politica industriale degli Stati Uniti (*Inflation Reduction Act – IRA*, sottoscritto il 16 agosto 2022 è il terzo atto legislativo approvato dagli Stati Uniti d'America dalla fine del 2021 con l'obiettivo principale di incidere sulla competitività economica e la produttività industriale. La *Bipartisan Infrastructure Law – BIL*, il *CHIPS & Science Act* e l'*IRA* hanno priorità parzialmente sovrapposte e insieme introducono 2 mila miliardi di dollari in nuove spese federali nei prossimi dieci anni) e della Cina (Asian Development Bank, *The 14th Five-Year Plan of the People's Republic of China – Fostering High-Quality Development*, 2021, 7, in cui è previsto “a new target to increase the share of the strategic emerging industries (i.e., advanced manufacturing, including high-end machinery and equipment, advanced materials, and electric vehicles) from 11.5% of GDP in 2019 to over 17% by 2025”). Cfr.: Commissione UE, *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*, 1 febbraio 2023. La proposta della Commissione UE è stata discussa dal Consiglio europeo in occasione della riunione straordinaria del 9 febbraio 2023. il *Joint Statement* tra il Presidente J. Biden e la Presidente U. von der Leyen, 10 marzo 2023, accessibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_23_1613, in cui si afferma “*The EU-U.S. Task Force on the Inflation Reduction Act has productively deepened our partnership on these common goals, and has taken practical steps forward on identified challenges to align our approaches on strengthening and securing supply chains, manufacturing, and innovation on both sides of the Atlantic*”), riconoscendo la rilevanza delle catene di approvvigionamento connesse alle materie prime “critiche”.

¹⁷ L. CASANO, *Ripensare il “sistema” delle politiche attive: l'opportunità (e i rischi) della transizione ecologica*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 997.

¹⁸ Tra gli strumenti finanziari a livello internazionale cfr. *vanilla transition bonds, key performance indicator-linked fixed income securities*. Per una loro descrizione e degli attori coinvolti a livello internazionale si v. OECD, *Transition finance: Investigating the state of play*, 2021, in https://www.oecd-ilibrary.org/environment/transition-finance-investigating-the-state-of-play_68becf35-en. A livello europeo, in relazione agli *European Green Bond*, cfr. https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/european-green-bond-standard_en e la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle obbligazioni verdi europee del 6 luglio 2021, COM(2021) 391 final, accessibile in https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e77212e8-df07-11eb-895a-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF. In dottrina: F. CAPRIGLIONE, *Il sistema finanziario verso una transizione sostenibile*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2021, 2, 241 e s.; E. FRANZA, *La nuova strategia in materia di finanza sostenibile e proposte normative in tema di European Green Bond e tassonomia*, in *Riv. Dir. Eco.*, 2022, pp. 45-68.

¹⁹ OECD Centre on Green Finance and Investment (CGFI), in <https://www.oecd.org/cgfi/>.

transizione²⁰, l'ideazione di una Unione dei mercati di capitali (come strumento per favorire la crescita economica mediante investimenti privati)²¹, la definizione di una tassonomia delle attività economiche sostenibili (in cui il profilo ambientale risulta predominante su quello sociale)²² e del principio del “*do no significant harm*”²³ è volta a definire una base giuridica comune in materia di investimenti finanziari in un Mercato Interno che sempre più deve rapportarsi con il fenomeno della globalizzazione.

A livello nazionale investitori qualificati hanno istituito appositi uffici per favorire l'accesso al credito di startup innovative in termini di economia circolare, per sostenerle nei loro percorsi di scalabilità e internazionalizzazione supportandole nelle loro iniziative²⁴.

Parallelamente a tali profili, la crisi economica e l'insorgere dell'emergenza sanitaria (COVID-19) all'inizio del 2020 ed il conflitto in Ucraina del 2022 sono ulteriori fattori che hanno contribuito a mutare le prospettive economiche e sociali²⁵.

²⁰ Si v. il *Technical Expert Group on Sustainable Finance*, costituito dalla Commissione UE per valutare l'introduzione degli EU Green Bond, cfr. https://ec.europa.eu/info/publications/sustainable-finance-technical-expert-group_en.

²¹ Si v.: Commissione UE, *Un'Unione dei mercati dei capitali per le persone e le imprese: nuovo piano di azione*, 24 settembre 2020. Per una analisi dell'evoluzione della proposta: Consiglio UE, *Unione dei mercati dei capitali*, in <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/capital-markets-union/>.

²² Regolamento (UE) n. 852/2020, *relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088*. S. ANTONIAZZI, *Transition to the Circular Economy and Services of Economic General Interest: An Overview of the Issues*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 16 ss.

²³ Regolamento (UE) n. 852/2020, art. 17, 1. alla mitigazione dei cambiamenti climatici se conduce a significative emissioni di gas a effetto serra; 2. all'adattamento ai cambiamenti climatici se conduce a un peggioramento degli effetti negativi del clima attuale e del clima futuro previsto su sé stessa o sulle persone, sulla natura o sugli attivi; 3. all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine se è dannosa per il buono stato dei corpi idrici (superficiali, sotterranei o marini) determinandone il loro deterioramento qualitativo o la riduzione del potenziale ecologico; 4. all'economia circolare, compresi la prevenzione e il riciclaggio dei rifiuti, se conduce a inefficienze significative nell'uso dei materiali o nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali, o se comporta un aumento significativo della produzione, dell'incenerimento o dello smaltimento dei rifiuti oppure se lo smaltimento a lungo termine dei rifiuti potrebbe causare un danno significativo e a lungo termine all'ambiente; 5. alla prevenzione e alla riduzione dell'inquinamento se comporta un aumento significativo delle emissioni di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo; 6. alla protezione e al ripristino della biodiversità e degli ecosistemi se nuoce in misura significativa alla buona condizione e alla resilienza degli ecosistemi o nuoce allo stato di conservazione degli habitat e delle specie, compresi quelli di interesse per l'Unione. In dottrina: L. AMMANNATI, *Transizione energetica, “just transition” e finanza*, cit., 304 e s.; S. QUADRÌ, *Nuovi orizzonti per una finanza realmente sostenibile*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2022, p. 406 ss.

²⁴ Questo è il caso dell'*Intesa Sanpaolo Innovation Center*. Nel dicembre 2015 Intesa Sanpaolo è entrata a far parte della Ellen MacArthur Foundation, prima come *Financial Services Global Partner* e poi come *Strategic Partner*, accedendo al network del più autorevole player di *Circular Economy* a livello internazionale, accanto a *Global Partner*. A fine 2018 è stato lanciato, in collaborazione con *Cariplo Factory*, il *Circular Economy Lab*, quale luogo di aggregazione della community legata ai temi di economia circolare e veicolo di sperimentazione di nuovi modelli di business per aziende corporate, PMI, startup e player pubblici. Attualmente, l'*Intesa Sanpaolo Innovation Center* ha creato sul territorio una rete di relazioni con imprese, incubatori, centri di ricerca, università e realtà locali e internazionali per facilitare l'incontro di domanda e offerta d'innovazione. Attraverso i suoi laboratori viene generato *know-how* e sviluppati nuovi asset e business quali la digitalizzazione e l'economia circolare. Cfr. <https://www.intesasarpaoinnovationcenter.com/it>.

²⁵ *Ex multis*, cfr. in relazione alla cd. “crisi energetica”: A. VITA, *Climate change e crisi energetica, quali prospettive*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, p. 568 ss.

L'incidenza sui bilanci pubblici degli Stati ha richiesto una reazione urgente e coordinata, nell'Unione Europea e a livello nazionale, per far fronte alle enormi conseguenze economiche nonché gli effetti asimmetrici tra gli Stati membri²⁶. Lo sviluppo di economie solide, sostenibili e resilienti basate sull'innovazione (declinata nelle sue più ampie accezioni) sono fattori individuati per favorire la ripresa economica in maniera efficace e in modo equo e inclusivo²⁷.

Per sostenere lo sviluppo economico, l'Unione Europea ha definito sostegni finanziari per gli Stati membri attraverso il ricorso al debito per accelerare l'attuazione di riforme nazionali²⁸. Tale strumento può essere coordinato con altre forme di finanziamento per produrre effetti trasversali (quali il fondo *InvestEU* ed i fondi strutturali)²⁹, per consentire un uso strategico delle azioni pubbliche e costituire una leva economica capace di incidere sul mercato (ad es. le *policies* europee da anni sono orientate all'utilizzo dei contratti pubblici quale leva economica per il perseguimento di obiettivi secondari, che stanno sempre più diventando componenti primari)³⁰.

²⁶ Commissione UE, *Relazione 2020 in materia di previsione. Previsione strategica: tracciare la rotta verso un'Europa più resiliente*, 9 settembre 2020; G. LUCHENA, *Crisi energetica e aiuti di stato*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2022, suppl. 1, p. 129 ss.

²⁷ Commissione UE, *New European Bauhaus. Beautiful, Sustainable, Together*, 15 settembre 2021; L. AMMANNATI, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2022, suppl. 1, p. 289 ss.

²⁸ Il piano *NextGenerationEU* intende costituire uno strumento per consentire all'Unione europea di assumere prestiti sui mercati finanziari a tassi più favorevoli rispetto a molti Stati membri ridistribuendo gli importi. Con l'obiettivo di raccogliere circa 672,5 miliardi di euro (312,5 sovvenzioni, i restanti 360 miliardi prestiti a tassi agevolati) fino al 2026 alle migliori condizioni finanziarie (5% del PIL dell'UE), la Commissione UE si propone di ricorrere ad una strategia di finanziamento diversificata, determinando il sostegno finanziario a ciascuno Stato sulla base di un contributo finanziario massimo che sarà erogato in funzione del conseguimento dei risultati in riferimento ai traguardi e agli obiettivi del piano per la ripresa e la resilienza. Cfr. Regolamento (UE) n. 2021/241, 12 febbraio 2021, *che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*; Commissione UE, *The EU as a borrower – investor relations*, accessibile in https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/eu-borrower-investor-relations_it; Commissione UE, *NextGenerationEU – Strategia di finanziamento*, 2021, in https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/about_the_european_commission/eu_budget/2021.1966_it_002_21.05.pdf. In dottrina: F. CAPRIGLIONE, *Covid-19. Quale solidarietà, quale coesione nell'UE?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2020, 167-227; L. CIPRIANI, *Covid-19 e finanza UE. Il recovery fund e le altre misure a confronto come piano di rinascita per l'Europa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, p. 5.

²⁹ Tale Regolamento (UE) n. 523/2021, *che istituisce il programma InvestEU*. Sul programma si v. https://europa.eu/investeu/home_en. Circa i fondi strutturali, il riferimento è al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo, al Fondo di coesione, al Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e al Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca.

³⁰ Alle finalità sociali ed ambientali, si sono aggiunte negli anni *policies* per guidare le imprese europee (in particolare le start-up e le piccole e medie imprese – PMI) ad accedere al mercato dei contratti pubblici creando opportunità per una loro crescita. In particolare si deve distinguere il concetto di *green public procurement* dal *circular procurement* che ne costituisce una evoluzione: Commissione UE, *Appalti Pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018, in https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_it.pdf. Si v.: OCED, *Reforming Public Procurement*, 2019, in <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/1de41738-en.pdf?expires=1643360539&id=id&accname=ocid57004426&checksum=7EB9D60AB76A7C2190ADF18B818E2B9D>, 13-33; Commissione UE, *Buying green! A handbook on green public procurement*, 2016; Comitato Economico e Sociale Europeo, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema "Verso appalti pubblici circolari"*, 9 giugno 2021. Per l'analisi di un caso cfr. la consultazione svolta dall'AGID per la definizione del bando da 4 milioni di euro della Regione Calabria sul riutilizzo delle materie prime seconde: AGID, *Nuove tecnologie di lavorazione delle materie prime seconde per il loro riutilizzo*, 2022, in <https://appaltiinnovativi.gov.it/consultazioni/nuove-tecnologie-di-lavorazione-delle-materie-prime-seconde>.

Si intende quindi favorire la crescita economica degli Stati membri consentendo a questi di superare le carenze strutturali delle proprie economie nazionali, garantendo, nel tempo, una maggiore competitività anche nel contesto internazionale, riducendo le disuguaglianze e le divergenze nell'Unione Europea e accompagnando il processo di transizione verso i c.d. “sei pilastri” del dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza. La transizione verde, la trasformazione digitale, la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con piccole e medie imprese forti), la coesione sociale e territoriale, la salute e resilienza economica, sociale e istituzionale e le politiche per la prossima generazione sono identificati quali obiettivi per lo sviluppo economico del Mercato Interno ³¹.

Le misure previste, accompagnate da riforme strutturali (volte a garantire l'efficienza e l'efficacia degli interventi), si propongono di sostenere (nel medio termine) gli investimenti in innovazione quale strumento di politica industriale ³².

Questi interventi delineano un “nuovo sistema” con propri profili giuridico-economici e sociali (alcuni dei quali richiamano esperienze economiche pas-

seconde-per-il-loro-riutilizzo-2. S. ARROWSMITH-P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press, 2009; R. CARANTA-M. TRYBUS (a cura di), *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Djøf Publishing, Copenhagen, 2010; S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la competitività non di prezzo anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. Eco.*, 2015, 355; C. FELIZIANI, *I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. Eco.*, 2017, 2; M. MAZZUCATO, *Mission-oriented public procurement: lessons from international examples*, in *UCL Institute for Innovation and Public Purpose*, 2020, <https://www.ucl.ac.uk/bartlett/public-purpose/publications/2020/dec/mission-oriented-public-procurement-international-examples>; G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit.; I. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Dir. Comm. Int.*, 2020, 243 e s.; I. A. NICOTRA-C. SAGONE, *Green Public Procurement: a look into the past to meet future challenges*, in *Federalismi.it*, 2022; R. CAVALLI PERIN-M. LIPARI-G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, p. 9 ss.

³¹ Regolamento (UE) n. 241/2021, art. 3. Tali obiettivi sono ricompresi, nell'ordinamento giuridico italiano, nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che si sviluppa lungo sei missioni coerenti con i pilastri per la ripresa e resilienza definiti a livello europeo. Le sei missioni sono individuate in: 1 – digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura; 2 – rivoluzione verde e transizione ecologica; 3 – infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4 – istruzione e ricerca; 5 – inclusione e coesione; 6 – salute. Si v. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR, 2021, accessibile in https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf. Cfr. anche: Italia Domani (<https://italiadomani.gov.it/it/home.html>). Circa l'attuazione del PNRR si v. il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, avente ad oggetto la *Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108. In dottrina: F. BASSANINI, *Le riforme, il “vincolo esterno europeo” e la governance del PNRR: lezioni da un'esperienza del passato*, in *Astrid*, 2021; L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *AIPDA FORUM Next Generation EU*, 1° aprile 2021; M. CLARICH, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Corriere Giur.*, 2021, 8-9, 1025; M. MACCHIA, *La governance del piano di ripresa*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 733 e s.; C.A. MAURO, *La sharing economy nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) tra Stato e mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, p. 83 ss.

³² In relazione alle azioni connesse all'economia circolare si v. la Missione 2 del PNRR (Rivoluzione verde e transizione ecologica). Le sue quattro componenti concernono rispettivamente: C1 – Agricoltura sostenibile ed economia circolare; C2 – Transizione energetica e mobilità sostenibile; C3 – Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; C4 – Tutela del territorio e della risorsa idrica. In dottrina: R. DIPACE, *Politiche e strumenti amministrativi per lo sviluppo economico*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 903 ss.

sate), che definisce le scelte di sviluppo politico-economico dell'Unione Europea.

Tale mutamento trova nell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche un settore in cui il mercato si rapporta con il settore pubblico, e su cui incidono trasversalmente altre discipline, quali quella dei marchi, delle etichette e dei rifiuti.

Presi in considerazione le modalità per un'efficiente ed efficace realizzazione della transizione ecologica e i profili di giuridici connessi all'applicazione del principio del DNSH in materia di contratti pubblici, si intende chiarire come un approccio sistemico ed integrato per favorire l'effettività del "nuovo sistema" rende necessario ripensare la nozione di contratto pubblico, degli elementi che lo connotano e degli strumenti previsti dalla disciplina europea e nazionale. Un approccio sistemico e una pianificazione, un coordinamento e la condivisione degli interventi strategici definiti mediante una collaborazione sinergica nel Mercato Interno risulta necessaria per il raggiungimento di obiettivi nei tempi individuati³³.

2. Il principio del “do no significant harm” nel PNRR. La nozione di “attività economica sostenibile” nel nuovo contesto giuridico-economico e nei contratti pubblici

L'armonizzazione nell'Unione Europea dei criteri per rendere possibile un approccio economico e giuridico comune in termini di sostenibilità, rappresenta un elemento essenziale per orientare gli Stati membri nell'adozione dei propri interventi³⁴.

Un'attività economica è considerata sostenibile (dal punto di vista ambientale) se contribuisce in modo sostanziale al perseguimento di almeno di uno dei sei obiettivi ambientali senza però arrecare un danno significativo a nessuno di essi³⁵.

Al fine di armonizzare il più possibile l'impatto della sostenibilità sulla nozione di attività economica, il diritto europeo ha definito i macro-criteri con cui considerare raggiunto un “contributo significativo”³⁶ e quando, invece, sussista un “danno significativo”³⁷.

Il dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza ha vincolato gli interventi previsti ed attuati dagli Stati membri alla transizione ecologica³⁸, estendendo

³³ Tale approccio comporta una “re-ingegnerizzazione delle procedure amministrative” si v. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR, *cit.*, 92 e s. Circa i recenti interventi normativi in tema di procedimenti ambientali e paesaggistici e di quelli autorizzatori per gli impianti alimentati ad energia rinnovabile l'ordinamento giuridico italiano, si v. M. COCCONI, *Ambiente ed energia rinnovabile*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, p. 742.

³⁴ Regolamento (UE) n. 852/2020, introdotto nell'ordinamento giuridico europeo la tassonomia delle attività economiche eco-compatibili (cioè una classificazione delle attività che possono essere considerate sostenibili in base agli obiettivi ambientali dell'Unione Europea).

³⁵ Regolamento (UE) n. 852/2020, art. 3.

³⁶ Regolamento (UE) n. 852/2020, artt. 10-15.

³⁷ Regolamento (UE) n. 852/2020, art. 17.

³⁸ Il 37% delle risorse apportate dall'UE sono vincolate al perseguimento di obiettivi di transizione ecologica. Regolamento (UE) n. 241/2021, considerando n. 23 e artt. 16, par. 2 (b), 18, par. 4(e); 19, par. 3(e).

l'applicazione del principio del “non arrecare un danno significativo agli obiettivi ambientali”, in inglese “*Do No Significant Harm – DNSH*” alle misure adottate dagli Stati in attuazione del proprio PNRR³⁹.

L'applicazione del principio DNSH a ciascuna misura adottata e la necessità di effettuare una valutazione in termini assoluti parrebbe non considerare una ponderazione di costi e benefici derivanti da interventi che potrebbero guidare le attività economiche verso una maggiore sostenibilità. In tale senso, l'approccio adottato dal PNRR non consentirebbe il ricorso a tecnologie che si limitano a ridurre le emissioni, senza tuttavia azzerarle (es. i termovalorizzatori)⁴⁰. Tale orientamento, se impone l'adozione di vincoli attuativi conformi alle politiche di sostenibilità ambientale particolarmente stringenti, non consente l'adozione di misure “intermedie” che, pur non essendo totalmente conformi al carattere assoluto del DNSH nell'ambito del PNRR, contribuirebbero a ridurre l'impatto ambientale.

In tal senso, la rivalutazione effettuata dalla Commissione UE circa la compatibilità con il principio DNSH dell'energia nucleare e dell'energia derivante da gas naturale, pare rispondere ad esigenze di compromesso⁴¹.

Nell'ordinamento giuridico italiano, tale approccio pare ulteriormente sostenuto dall'espressa introduzione nella Costituzione italiana⁴² di concetti quali la

³⁹ Circa l'ambito soggettivi di applicazione cfr. Regolamento (UE) n. 852/2020, art. 1, c. II, “Il presente regolamento si applica: a) alle misure adottate dagli Stati membri o dall'Unione che stabiliscono obblighi per i partecipanti ai mercati finanziari o gli emittenti in relazione a prodotti finanziari o obbligazioni societarie resi disponibili come ecosostenibili; b) ai partecipanti ai mercati finanziari che mettono a disposizione prodotti finanziari; c) alle imprese soggette all'obbligo di pubblicare una dichiarazione di carattere non finanziario o una dichiarazione consolidata di carattere non finanziario ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 19 bis o dell'articolo 29 bis della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio”; Regolamento (UE) n. 241/2021, art. 5, par. 2, in cui si prevede espressamente che “Il dispositivo finanzia unicamente le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo»”.

⁴⁰ Commissione UE, *Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio “non arrecare un danno significativo” a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza*, 12 febbraio 2021, in cui sono riportate alcune indicazioni, ad es. “un investimento nella «costruzione di nuovi inceneritori di rifiuti» sebbene possa evitare «il conferimento in discarica» non è conforme al principio DNSH in quanto «comporta un aumento significativo dell'incenerimento di rifiuti»; C. DE VINCENTI, *Green Investments: Two possible Interpretations of the “Do No Significant Harm” Principle*, in *policy brief Luiss*, 2022. *Contra*: E. BRUTI LIBERATI, *La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza Ucraina*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2022, 3 e s., ove viene criticata “la promozione di investimenti nell'attuale tecnologia nucleare o in nuove infrastrutture del gas”.

⁴¹ Cfr. il Regolamento delegato (UE) n. 2139/2021, 4 giugno 2021, che integra il regolamento (UE) 2020/852 fissando i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale, che è rivolto ai primi due obiettivi della tassonomia e in cui l'energia nucleare e l'energia derivante da gas naturale erano esclusi dal rispetto del DNSH e le modifiche apportate con il Regolamento delegato 9 marzo 2022 – C(2022) 631 final con cui sono state invece reintrodotte tra le forme energetiche che garantiscono il rispetto del principio europeo.

⁴² Costituzione Italiana, art. 41. L. Cost. 11 febbraio 2022, n. 1, in vigore dal 9 marzo 2022. Il progetto di legge costituzionale (A.C. 3156), approvato con la maggioranza qualificata in data 8 febbraio 2022, interviene sugli artt. 9 e 41 Cost., introducendo previsioni per la tutela dell'ambiente. All'art. 9 Cost., la tutela dell'ambiente assume carattere di principio fondamentale (collegato alla biodiversità e agli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni). All'art. 41 Cost., si interviene sul secondo comma stabilendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, premettendo questi due limiti a quelli già vigenti, ovvero la sicurezza, la libertà e la dignità umana. La seconda modifica investe, a sua volta, il terzo comma dell'art. 41, riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività

tutela l'ambiente, la biodiversità⁴³ e gli ecosistemi⁴⁴, collegando tale previsione con la volontà di condizionare l'iniziativa imprenditoriale, indirizzandola ad un nuovo sistema di sviluppo economico.

L'iniziativa economica e le attività economiche si connotano così di caratteristiche connesse alla "sostenibilità"⁴⁵, alla "bioeconomia"⁴⁶, all'"economia circolare"⁴⁷ ed alla "sharing economy"⁴⁸. Le peculiarità di questi concetti vanno a

economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche ambientali. Servizi studi e degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, 7 febbraio 2022, in http://documenti.camera.it/eg18/dossier/pdf/AC0504c.pdf?_1645116742764; Per una analisi della rilevanza dell'ambiente nel testo della Costituzione si v. Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378; Corte Cost., 23 gennaio 2009, n. 12; Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58. In dottrina si v.: A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, vol. XXI, 593 s.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 15 s.; R. BIFULCO, *Una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Corti supreme e salute*, 2019, p. 305 ss.; G. ARCONZO, *La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale: il rilievo costituzionale dello sviluppo sostenibile alla luce della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Il dir. dell'economia*, 2021, p. 157 ss. Sulla funzionalizzazione dell'iniziativa economica per il perseguimento di fini pubblici cfr. le problematiche approfondite in G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 621 ss.; V. BUONOCORE, *Di alcune norme del codice civile in tema di impresa in rapporto al principio di utilità sociale di cui al 2° comma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, p. 194 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, p. 26 ss. Contro la tesi (e la stessa possibilità) della funzionalizzazione dell'impresa: S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 33; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in F. GALGANO (diretto da) *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, I, Padova, 1977, p. 513. Circa i rischi della riforma costituzionale: A. L. DE CESARIS, *Ambiente e Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2021, 3 e s.; L. CASETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 2021, p. 2 ss.

⁴³ Sulla rilevanza costituzionale della biodiversità cfr.: Corte Cost. 8 aprile 2020, n. 106; Corte Cost. 20 maggio 2020, n. 134; Corte Cost. 1° dicembre 2020, n. 281; Corte Cost., 7 luglio 2021, n. 177, in materia di politiche sull'agricoltura; Corte Cost., 9 febbraio 2021, n. 74; Corte Cost., 24 marzo 2021, n. 86; Corte Cost., 12 maggio 2021, n. 141; Corte Cost. 9 giugno 2021, n. 144.

⁴⁴ Si segnala l'utilizzo del termine al plurale, ad indicare molteplici contesti naturali in cui sono altresì incluse le attività dell'uomo (es. in relazione all'incidenza dei comportamenti sui contesti naturali o gli ecosistemi urbani). Cfr. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, cit., 467 e s.; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. Cost.*, 2021, 299 e s. Sulla nozione di ecosistemi si v. Corte Cost. 19 maggio 2020, n. 177; Corte Cost., 12 maggio 2021, n. 113; Corte Cost., 24 marzo 2021, n. 86; Corte Cost. 14 gennaio 2021, n. 21 e Corte Cost. 23 maggio 2019, n. 179. Corte Cost., 14 gennaio 2009, n. 12, in cui si distingue la nozione di ambiente da quella di ecosistema chiarendo che "col primo termine si vuole, soprattutto, fare riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé".

⁴⁵ A livello internazionale si v. Nazioni Unite, *Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, in <http://unic.org/it/agenda-2030/>, in cui sono previsti i 17 *Sustainable Development Goals* – SDGs, tra cui l'obiettivo 12 "Garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo". Commissione UE, *Plasmare un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici – La nuova strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici*, 24 febbraio 2021. La nozione di "sviluppo sostenibile" appare come un concetto di portata molto più ampia che ricomprende al suo interno azioni che non risultano necessariamente ricomprese in un modello di economia circolare. Ad esempio gli interventi a carattere sociale, pur rientrando nel concetto di sostenibilità, non sono ricompresi tra le attività di un modello economico circolare.

⁴⁶ F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici: verso uno Stato circolare?*, cit., p. 163 ss.

⁴⁷ Ellen MacArthur Foundation, *Towards the circular economy Vol. 3: Accelerating the scale-up across global supply chains*, 2014. Per un'analisi sull'evoluzione dell'economia circolare *ex multis*: F. DE LEONARDIS, voce *Economia Circolare (Diritto Pubblico)*, cit., p. 161 ss.; R. FERRA-

caratterizzare, in vario modo, le politiche economiche degli Stati ed i rapporti economici.

L'incidenza del principio del DNSH sulla nozione di attività economica assume un'accezione peculiare nel settore dei contratti pubblici⁴⁹, e in maniera particolare in quelli connessi al PNRR, in cui il rispetto del DNSH costituisce un obbligo⁵⁰.

Se inizialmente l'attività della pubblica amministrazione era utilizzata come strumento per incidere sulle scelte del mercato delle imprese⁵¹, il nuovo paradigma pone al centro degli interventi direttamente il mercato e l'attività economica. Questa viene posta in diretta connessione con gli obiettivi di politica economica definiti a livello internazionale producendo effetti sull'economia e sul diritto.

La presenza di differenze nella disciplina nazionale a tutela dell'ambiente impone agli operatori economici vincoli che rilevano su differenti piani. Dal punto di vista produttivo, le aziende sono chiamate a rispondere a parametri diversi nel Mercato Interno⁵². Dal punto di vista giuridico la mancanza di ar-

RA, *L'ambiente*, in *AIPDA FORUM Next Generation EU*, 1° aprile 2021. Sulle politiche UE: Commissione UE, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, cit., 17-18. Cfr. anche: Energy&Strategy Group, *Circular Economy Report 2021*, 2021, <https://www.energystrategy.it/es-download/>. E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 493-529; F. de Leonardis, voce *Economia Circolare (Diritto Pubblico)*, cit., p. 161 ss.; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 801-835; C. FELIZIANI, *I rifiuti come risorse. L'"anello mancante" per un'economia circolare*, in F. DE LEONARDIS (a cura di) *Studi in tema di economia circolare*, cit., 91-114. Per una prospettiva economica: J. ZOTTI-A. BIGANO, *Write circular economy, read economy's circularity. How to avoid going in circles*, in *Econ. Pol.*, 2019, p. 1 ss.

⁴⁸ Ellen MacArthur Foundation, *Business-to-business asset sharing: FLOOW2*, in <https://ellenmacarthurfoundation.org/circular-examples/business-to-business-asset-sharing>. Sulla distinzione tra *sharing economy* e *circular economy*: A. RINNE, *Circular Economy Innovation & New Business Models Dialogue*, 2013, in https://www3.weforum.org/docs/WEF_YGL_CircularEconomyInnovation_PositionPaper_2013.pdf. C.A. MAURO, *La sharing economy nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) tra Stato e mercato*, in *Riv. trim. dir. eco.*, 2022, 1, p. 83 ss.

⁴⁹ Nei contratti pubblici, lo svolgimento di un'attività economica si rapporta con l'azione della pubblica amministrazione. G.M. RACCA, *Le innovazioni necessarie per la trasformazione digitale e sostenibile dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it* 2022, p. 191 ss.

⁵⁰ d.l. n. 77 del 2021, art. 47, conv. con l. 29 luglio 2021, n. 108, *Pari opportunità, generazionali e di genere, nei contratti pubblici PNRR e PNC*.

⁵¹ A titolo esemplificativo si v. l'utilizzo del valore economico degli acquisti pubblici, quale leva economica, per incidere sulle politiche industriali. Ex multis: G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C.S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, pp. 171-193.

⁵² La definizione di parametri comuni per quantificare i costi del ciclo di vita di un bene costituisce un elemento necessario, almeno nel Mercato Interno, per evitare la diffusione di differenti regimi giuridici e conseguenti distorsioni al suo interno. L'analisi del ciclo di vita del bene, dell'opera o del servizio, deve tenere in considerazione le esternalità positive e negative che una data attività economica produce. La Commissione UE ha elaborato alcune metodologie e strumenti per il calcolo dei costi del ciclo di vita in alcuni settori economici quali macchinette distributrici di cibi e bevande, computer e monitor, illuminazione interna e esterna, cfr. <https://ec.europa.eu/environment/gpp/lcc.htm>. Sono disponibili anche strumenti: per calcolare sia le emissioni di CO2 nei contratti di appalto (sviluppato all'interno del progetto SMART-SPP) – <http://www.smart-spp.eu>; per la gestione ambientale (del Consiglio Svedese) – <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/lcc/lcc-kalkyler/>; per il calcolo dell'intero costo del ciclo di vita (elaborato nel progetto BUY SMART – <http://www.buysmart.info>). Nella definizione del costo del ciclo di vita si deve anche tenere conto che i costi futuri non hanno lo stesso peso di quelli so-

monizzazione completa tra gli ordinamenti giuridici nazionali si presta a utilizzi distorsivi della concorrenza (riducendo l'interesse per gli operatori economici all'ingresso in altri mercati nazionali o concentrando la loro attività in quelli con discipline di maggiore favore).

Nell'ambito dei Piani nazionali di ripresa e resilienza, i vincoli del DNSH hanno comportato un'autovalutazione dei singoli Stati sull'impatto delle riforme e degli investimenti sulla protezione dell'ambiente. Le schede di autovalutazione aventi ad oggetto l'obiettivo di mitigazione dei cambiamenti climatici (realizzate per ciascun investimento) contengono l'indicazione del contributo sostanziale mediante un processo definito in due fasi⁵³ per dimostrare il rispetto del principio di DNSH (e quindi l'inserimento della misura nel PNRR)⁵⁴. Gli impegni assunti dai singoli Stati in fase di autovalutazione sono stati tradotti in precise avvertenze sulle missioni previste⁵⁵ ed il mancato rispetto del principio DNSH nella loro attuazione potrà comportare la revoca di procedimenti e l'applicazione di meccanismi di sospensione dei pagamenti.

stenuti oggi, dato che la società attribuisce agli impatti positivi e negativi maggior peso oggi che non in futuro (100 € investiti oggi al 5% di interesse annuo varranno 105 € entro un anno. Pertanto 105 € spesi nell'arco di un anno "valgono" solo 100 € al momento). Si tratta del valore attuale netto, che può essere preso in considerazione nel confrontare i costi del ciclo di vita applicando un tasso di attualizzazione sociale ai costi futuri. Il tasso è diverso a seconda del paese, tuttavia, è compreso di norma tra il 3% e l'8% (adeguato per eliminare gli effetti dell'inflazione). Sui vincoli in un contesto di sostenibilità ambientale si v. anche: Direttiva 2009/33/CE, del 23 aprile 2009, *relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada*. La direttiva sui veicoli puliti obbliga le amministrazioni aggiudicatrici a tenere conto degli impatti energetici e ambientali nell'acquisto di veicoli per il trasporto su strada, nelle specifiche o nei criteri di aggiudicazione. Essa contiene un metodo per la loro monetizzazione, al fine di valutare i costi di esercizio durante il ciclo di vita. Questo modello attribuisce un valore monetario a vari tipi di emissione, ossia anidride carbonica (CO₂), ossido di azoto (NO_x), idrocarburi diversi dal metano (NMHC) e particolato. Alle emissioni durante il ciclo di vita di ciascun veicolo oggetto di appalto si attribuisce un costo, che si aggiunge ad altre spese indirette come il prezzo d'acquisto, i carburanti e la manutenzione.

⁵³ Una prima fase ha comportato l'analisi degli effetti diretti e indiretti primari della misura in oggetto su ciascuno degli obiettivi ambientali il cui esito, ove abbia portato ad un impatto nullo o trascurabile sull'obiettivo considerato o in grado di contribuire in modo completo o sostanziale alla realizzazione di quell'obiettivo ha consentito una valutazione DNSH in forma semplificata mediante una breve motivazione. Qualora la misura abbia richiesto, invece, una valutazione sostanziale del rispetto del principio del DNSH per almeno uno degli obiettivi, si è proceduto ad una seconda fase per gli obiettivi ambientali corrispondenti.

⁵⁴ Tale percorso è stato necessario anche qualora una particolare misura disponesse di una valutazione dell'impatto ambientale (VIA) in conformità della direttiva 2011/92/UE, di una valutazione ambientale strategica (VAS) in conformità alla direttiva 2001/42/CE, o di una verifica di sostenibilità/climatica come stabilito negli Orientamenti della Commissione sulla verifica della sostenibilità ai sensi del Regolamento (UE) n. 523/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 marzo 2021 che istituisce il programma InvestEU e che modifica il Regolamento (UE) n. 1017/2015. Pur apportando informazioni utili, la VIA, la VAS o la verifica possono, infatti, non trattare tutti gli aspetti necessari a coprire gli elementi individuati dall'articolo 17 ("Danno significativo agli obiettivi ambientali") del Regolamento (UE) n. 852/2020. Si v. Italia domani, *Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 5 ottobre 2022, I, 99 e s. U. BARELLI, *Il PNRR ed il principio "Do No Significant Harm" (DNSH)*, in *Riv. giur. amb. online*, 2023, p. 1 ss.

⁵⁵ Per l'Italia, *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente*, accessibile in https://www.rgs.mef.gov.it/_Documenti/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2021/32/Allegato-alla-Circolare-del-30-dicembre-2021-n-32_guida_operativa.pdf, 28 e s. Cfr. anche Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, circolare 30 dicembre 2021, n. 32, *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente*; e la circolare 13 ottobre 2022, n. 33, *Aggiornamento Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente (cd. DNSH)*.

La corretta definizione delle modalità di valutazione per garantire il rispetto del DNSH costituisce elemento per la corretta gestione delle risorse e l'attuazione delle misure dalle singole amministrazioni pubbliche⁵⁶.

Una futura applicazione generalizzata e armonizzata del principio DNSH potrebbe comportare una integrazione comune in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri al fine di evitare che la sua attuazione diversificata comporti il rischio di creare posizioni di vantaggio o svantaggio tra gli operatori economici. L'ulteriore specificazione del principio DNSH secondo criteri comuni e definiti sulla base di parametri di *performance* verificabile renderebbe possibile collegare lo svolgimento di un'attività economica al perseguimento di un obiettivo di sostenibilità, rendendo quest'ultimo parte e fine dell'attività economica svolta dalle imprese⁵⁷.

Benché tale auspicio paia molto complesso da attuare negli ordinamenti giuridici nazionali (considerate le dinamiche politiche, economiche e giuridiche tra gli Stati membri), l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche può costituire stimolo ed incentivo ad adeguarsi a tali parametri di sostenibilità rendendo effettiva tale connotazione nella nozione di "attività economica".

3. Gli strumenti giuridici per l'economia circolare nei contratti pubblici: la disciplina europea ed il suo utilizzo strategico

I vincoli derivanti dal principio DNSH si riflettono sull'intero ciclo dei contratti pubblici conclusi nell'ambito del PNRR.

Le fasi preliminari alla procedura di scelta del contraente, quale momento caratterizzato da una discrezionalità tecnica volta alla successiva elaborazione dei documenti di gara, costituisce attività essenziale nella corretta analisi di mercato (che deve valutare le specificità dei singoli mercati di riferimento) e definizione dell'oggetto del contratto che deve tenere in considerazione le misure del PNRR per indirizzare fin dall'origine gli interventi⁵⁸.

⁵⁶ A titolo esemplificativo, il *Plan National de Relance et de Résilience* del Governo francese, accessibile in <https://www.economie.gouv.fr/plan-national-de-relance-et-de-resilience-pnrr>, finanziato da sovvenzioni europee e risorse nazionali, si inserisce nel piano *France Relance* che prevede interventi quantificati in 100 miliardi di Euro. Il testo contiene una valutazione DNSH per ogni misura del PNRR. L'allegato 4.1 del Pnrr francese riporta in sette pagine il riepilogo e la sintesi del rispetto del principio Dsnh per l'intero Pnrr, compresi l'aggiornamento digitale dello Stato, il finanziamento alle imprese, la cultura, i giovani e la formazione professionale. Diversamente il Piano spagnolo si limita a richiamare l'applicazione del principio e la disciplina europea, cfr. https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf.

⁵⁷ La mancanza di una corrispondenza tra i vincoli delle normative nazionali ed il rispetto del principio DNSH costituisce l'occasione per ridefinire parametri comuni in ambito europeo. Tale opportunità è ancora più evidente nel PNRR ove il rispetto del DNSH si concilia con le finalità di sviluppo economico fondato sull'innovazione sostenibile e digitale. Si v. *ex multis*, i contributi in: M. PASSALACQUA, *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit.

⁵⁸ Si v. Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, circolare 30 dicembre 2021, n. 32, cit., in cui si prevede che "una volta attivati gli appalti, sarà utile che il documento d'indirizzo alla progettazione fornisca indicazioni tecniche per l'applicazione progettuale delle prescrizioni finalizzate al rispetto del DNSH, mentre i documenti di progettazione, capitolato e disciplinare dovrebbero riportare indicazioni specifiche finalizzate al rispetto del principio affinché sia possibile indicare anche negli stati di avanzamento dei lavori una descrizione dettagliata sull'adempimento delle condizioni imposte dal rispetto del principio".

La pianificazione degli acquisti richiede infatti un approfondimento sui reali fabbisogni dell'amministrazione (valutando eventuali alternative al contratto di appalto pubblico di forniture⁵⁹), sulle peculiarità dei singoli mercati di riferimento. In questo modo è possibile valutare la ridefinizione di un contratto come "servizio" (anziché fornitura) lasciando la proprietà del prodotto o di un bene utilizzato in capo all'aggiudicatario (ponendo in capo all'amministrazione aggiudicatrice una tariffa per l'uso)⁶⁰. In tale fase può essere valutata l'opportunità di inserire obblighi a carico dell'aggiudicatario circa il recupero, il riutilizzo e il riciclo dell'eventuale materiale di consumo utilizzato nella prestazione del servizio (es. toner per stampanti; prodotti utilizzati per i servizi di pulizia), dei beni connessi ad una fornitura o degli scarti derivanti dalla realizzazione di un'opera.

La fase di programmazione comporta anche l'analisi del sistema di approvvigionamento utilizzato nel suo complesso, delle peculiarità del mercato di riferimento, individuando gli aspetti critici e definendo le pratiche che rispondano meglio ai fabbisogni in un contesto di sviluppo economico fondato sulla sostenibilità. Ciò consente di declinare le scelte effettuate nelle strategie di gara e nelle condizioni contrattuali maggiormente idonee alle caratteristiche della singola amministrazione e dell'ambito territoriale su cui l'intervento può produrre effetti (esternalità positive). Tale approccio incide sulle modalità di progettazione dei beni derivanti dai processi produttivi e sulla catena di distribuzione, valutando le peculiarità dei singoli fabbisogni e dei mercati di riferimento⁶¹.

Le consultazioni preliminari di mercato assumono un ruolo rilevante, consentendo alle amministrazioni aggiudicatrici di acquisire indicazioni tecnico-operative dagli operatori economici (anche su aspetti di sostenibilità ambientale, dei principi dell'economia circolare e del DNSH)⁶². La partecipazione risulta un elemento rilevante per la definizione di soluzioni innovative capaci di produrre benefici per l'ambiente e la società⁶³. Tuttavia il timore degli operatori economici di perdere un proprio *know-how* e la diffidenza della pubblica am-

⁵⁹ Il presupposto per l'inserimento di un acquisto in una pianificazione degli acquisti è che questo risulti effettivamente necessario (e quindi non sostituibile con alternative contrattuali all'acquisto, non sia possibile un riutilizzo, o non si possa procedere con il riciclo, recupero).

⁶⁰ C.d. sistemi di prodotto-servizio.

⁶¹ *Tale fase deve prendere in considerazione le alternative già offerti nel mercato e le possibili innovazioni che potrebbero essere apportate, nonché effettuando un raffronto con il fabbisogno della domanda.*

⁶² A. MINO LOPEZ, *Preliminary Market Consultations in Innovative Procurement: A Principled Approach and Incentives for Anticompetitive Behaviors*, G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., p. 389 ss.

⁶³ Il coinvolgimento dei principali *stakeholder* (associazioni di categoria, centri di ricerca, portatori di interessi diffusi) mediante la realizzazione di consultazioni di mercato o giornate informative destinate alla collettività. In tali occasioni risulta importante prestare attenzione alle informazioni messe a disposizione che devono garantire la parità di trattamento e non creare posizioni di vantaggio nel mercato (circostanza che costituirebbe una condotta elusiva della concorrenza). Cfr. Nordic Council of Ministers, *Circular Public Procurement in the Nordic Countries*, 2017, 29, in cui è descritta l'esperienza della città di Oslo che ha predisposto 30 procedure di appalto pubblico circolare con l'obiettivo di ridurre il consumo di beni coinvolgendo la cittadinanza. L'amministrazione comunale ha sviluppato misure per migliorare la condivisione e creare luoghi per il riutilizzo e il riciclaggio e incoraggiare un minor spreco di cibo. Un esempio di attuazione della strategia è il programma "*Reusing with care*", sul riutilizzo di mobili e attrezzature ICT che è destinato a tutte le agenzie all'interno del comune. Un risultato positivo è stato la nascita di due diversi fornitori di formazione professionale (ETP) e la promozione dell'uso di seconda mano, meno rifiuti e meno consumi.

ministrazione all'uso di strumenti giuridici differenti rispetto a quelli di più tradizionali, hanno disincentivato il suo utilizzo.

L'interazione con il mercato può favorire la progettazione dei beni volta a garantire un ciclo di vita lungo (ad es. in relazione ai beni non soggetti ad una rapida evoluzione tecnologica), l'aggiornamento del bene o il ripristino di alcune sue funzioni (per beni con caratteristiche a rapido progresso tecnologico) o la previsione di forme di riparazione e ricondizionamento, ovvero la possibilità di riportare i prodotti allo stato originale per re-inserirli nel mercato (attraverso il riacquisto, il ritiro o lo scambio)⁶⁴. I processi produttivi possono essere così strutturati sulla base di fattori quali: la valorizzazione delle componenti biologiche, la differenziazione tra componenti consumabili e durevoli di un prodotto (estendendo la vita di quest'ultimo), la rigenerazione, recupero e riciclo di un bene, la previsione di forme di condivisione (*sharing economy*) o la gestione di beni mediante prestazioni di servizi (quale alternativa all'acquisto della proprietà). Ognuno di tali processi può incidere sugli strumenti giuridici utilizzati per disciplinare i rapporti che si costituiscono tra le parti coinvolte e, ove l'acquirente sia un'amministrazione pubblica, nei contratti pubblici.

La definizione di modelli fondati sulla rigenerazione, il recupero ed il riciclo comporta problematiche di tipo economico (connesse alla creazione di una "catena di restituzione", oltre che di una "catena di distribuzione")⁶⁵ e giuridico (es. la gestione dei diritti di proprietà, la disciplina delle condizioni contrattuali connesse alla restituzione del residuo, il mantenimento della qualità delle risorse che compongono il bene al fine di rispettare i possibili requisiti normativi) che richiedono di essere affrontati mediante la definizione di specifiche tecniche⁶⁶, criteri di valutazione delle offerte e strumenti e condizioni contrattuali conformi alle politiche di sviluppo economico.

I documenti di gara devono infatti indirizzare l'attività economica degli operatori economici verso soluzioni conformi al principio DNSH e contestualmente stimolare un contesto competitivo di sviluppo economico⁶⁷.

⁶⁴ G.F. CARTEI-L. DE LUCIA (a cura di), *Contenere il consumo di suolo. Saperi ed esperienze a confronto*, Napoli, 2014; P. LACY-J. RUTQVIST-B. LAMONICA, *Circular Economy: dallo spreco al valore*, EGEA, Milano, 2016, in cui si rileva che nel 2014, il settore dei servizi per la riparazione di beni ICT e articoli elettronici negli USA ha fatturato 20 miliardi di dollari; nel 2011, i settori dei beni rigenerati, hanno incassato almeno 43 miliardi di dollari, supportando 180.000 posti di lavoro. Per una ricostruzione del processo evolutivo cfr. F. DE LEONARDIS, voce *Economia Circolare (Diritto Pubblico)*, cit., 169. Cfr. anche il progetto EcoATM (<https://www.ecoatm.com/>), attraverso cui sono state adottate delle postazioni automatizzate predisposte all'acquisto di dispositivi elettronici usati (cellulari e tablet). Il consumatore inserisce il proprio dispositivo nel macchinario, che lo identifica, elabora un preventivo e gli propone la transazione. Nel 2014, le 1.100 postazioni negli USA hanno permesso di recuperare 250 tonnellate di dispositivi composti da materiali potenzialmente tossici, più di 30 tonnellate di rame e 700 chili di argento.

⁶⁵ Problematica che può essere particolarmente evidente nei rapporti con la grande distribuzione. In questo caso devono essere definiti punti di raccolta per la riconsegna. Si v. l'approccio della Pepsi in relazione alla commercializzazione della SodaStream. Tale attività ha consentito un duplice obiettivo: 1. Ridurre riutilizzabili le bottiglie di plastica; 2. la restituzione dei cilindri del gas scarichi. Cfr. Ellen MacArthur Foundation, *Upstream Innovation. A guide to packaging solutions*, 2020, in <https://plastics.ellenmacarthurfoundation.org/upstream>, 84.

⁶⁶ Si v. il capitolato tecnico generale (par. 5.4) e quello speciale di Consip S.p.A. nella gara a procedura aperta, suddivisa in 3 lotti, per L'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura in acquisto di personal computer portatili, mobile Workstation e chromebook e di prodotti e servizi connessi ed opzionali per le Pubbliche amministrazioni, in <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/aq-pc-portatili-mobile-workstation-e-chrome-book-per-le-pa-ed1>.

⁶⁷ Nell'ordinamento italiano si v. l'attività della centrale di committenza nazionale Consip

La previsione del principio del DNSH, quale specifica tecnica, può incidere sui materiali di consumo utilizzati per l'esecuzione della prestazione contrattuale (es. richiedendo il ricorso a componenti biologici che possono essere restituiti nella biosfera), o negli usi successivi⁶⁸, nonché sulle modalità con cui l'aggiudicatario acquisisce tali beni (estendendo la sua applicazione all'intera catena di approvvigionamento)⁶⁹. I criteri e condizioni riguardanti il processo di produzione o fornitura possono così definire vincoli sulla fabbricazione dei prodotti acquistati (es. prevedendo l'assenza di sostanze chimiche tossiche o l'uso di macchinari efficienti dal punto di vista energetico)⁷⁰ o sulle modalità di svolgimento della manutenzione dei beni⁷¹.

La fase preliminare alla procedura di scelta del contraente comporta anche una valutazione delle possibili soluzioni alternative da adottare e dei possibili effetti di dipendenza ("lock-in") creati dalla definizione di uno specifico oggetto contrattuale. Criteri quali: i tempi di realizzazione e di vita utile, i costi di gestione e/o manutenzione, i possibili aggiornamenti richiesti, nonché i futuri utilizzi alternativi di una infrastruttura comportano una analisi approfondita in fase preliminare⁷².

L'utilizzo in fase di programmazione e progettazione di metodologie tecniche quale la digitalizzazione può costituire uno strumento per coniugare (in un momento preliminare alla procedura di gara) la semplificazione procedurale, l'efficiente utilizzo di risorse e la tracciabilità del successivo ciclo del contratto pubblico⁷³. Tale prospettiva, benché in linea con le riforme definite nel PNRR, non è priva di criticità. In un contesto di semplificazione e ricerca di soluzioni innovative, l'utilizzo di strumenti digitali deve essere temperato alla necessità di specifiche professionalità (internamente alla pubblica amministrazione

S.p.A. che ha inserito il principio DNSH (oltre ai requisiti di genere) nella propria documentazione di gara. Si v. <https://www.consip.it/attivita/gare-e-contratti>.

⁶⁸ I beni durevoli come i motori o i computer sono fatti di nutrienti tecnici inadatti alla biosfera, come i metalli e quasi tutte le plastiche. Nell'ambito del progetto "Ecovative" (<http://ecovative.design.com>) è stata affrontata la sfida di come sostituire la plastica con materiali derivanti da sottoprodotti dell'agricoltura, come steli di granoturco, con il micelio dei funghi (che costituisce un collante naturale che digerisce gli scarti agricoli). Il materiale ottenuto è competitivo in termini di prezzo e qualità, rispetto alle alternative fossili. L'energia impiegata è significativamente inferiore.

⁶⁹ Le specifiche tecniche, collegate all'oggetto del contratto e riferite alle modalità o al processo di produzione dei beni, prestazione di servizi o realizzazione dei lavori, possono incidere in un contesto di sostenibilità. Questa possibilità sussiste con il limite della proporzionalità di quanto richiesto rispetto al valore e agli obiettivi dedotti nel contratto.

⁷⁰ Condizioni di esecuzione dell'appalto basate su considerazioni ambientali potrebbero riguardare, ad esempio, l'imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti e, per quanto riguarda gli appalti di lavori e servizi, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse. Dal 2017 la Commissione UE ha definito i criteri GPP per più di 20 gruppi di categorie merceologiche i cui criteri adottati di recente, compresi quelli per edifici, computer, prodotti tessili e arredi, si sono concentrati maggiormente su aspetti legati alla circolarità.

⁷¹ *Ex multis*, si v. il capitolato tecnico di Consip S.p.A. della gara a procedura aperta, suddivisa in 6 lotti, per l'affidamento della fornitura di personal computer desktop, workstation e monitor con servizi connessi ed opzionali per le pubbliche amministrazioni, in <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-pc-desktop-e-workstation-ed2>, 35.

⁷² Si rileva come la discrezionalità tecnica che connota l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice in tale fase, risulta anch'essa limitata nell'ambito delle procedure di scelta del contraente attuative di misure del PNRR, in quanto rivolta al rispetto del DNSH.

⁷³ Nell'ordinamento giuridico italiano si v. a titolo esemplificativo: AGID, *Piano Triennale per l'informatica 2021-2023*, 2021, in <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/piano-triennale>; AGID, *Strategia per la crescita digitale 2014-2020*, 2015, in https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/documentazione/strat_crescita_digit_3marzo_0.pdf.

ed alle imprese che operano nel mercato) e alle complessità tecniche connesse al loro utilizzo (quali l'elaborazione di standard tecnici). Se la digitalizzazione delle procedure di scelta del contraente costituisce un obiettivo di riforma previsto nell'ambito delle misure di modernizzazione della pubblica amministrazione del PNRR⁷⁴ e la disciplina della materia di contratti pubblici già prevede l'implementazione di metodologie e strumenti di gestione informativa digitale⁷⁵, devono essere prese in considerazione difficoltà pratiche nel corretto utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche (attualmente prive di specifiche professionalità) e del mercato (che, composto da PMI, deve essere accompagnato nel corretto utilizzo di nuovi strumenti). Ulteriore criticità è data dalla definizione di regole e standard tecnici che contemperino il carattere "innovativo" delle soluzioni oggetto di procedura di gara. I parametri tecnici e le indicazioni procedurali oggetto dell'attività di programmazione e progettazione devono consentire un margine di discrezionalità tecnica per rendere possibile la proposta di soluzioni derivanti da un'attività di ricerca e sviluppo.

In questo, la modellazione informatica⁷⁶ può costituire un supporto che in sede di definizione preliminare della strategia di gara consente di effettuare una valutazione dell'impatto di differenti soluzioni e definire modalità per migliorare tecnicamente la progettazione, ridurre gli scarti (in fase di realizzazione di un'infrastruttura), analizzare l'incidenza degli interventi di manutenzione (es. nel settore dell'edilizia) e più in generale tracciando anticipatamente l'impatto ambientale (ed i relativi costi) di un'opera/bene/prestazione durante il suo intero ciclo di vita⁷⁷. L'introduzione di vincoli derivanti dal DNSH nei documenti di gara si sovrappone (senza tuttavia coincidere) con la previsione nazionale dei Criteri Ambientali Minimi – CAM⁷⁸ creando criticità nella defini-

⁷⁴ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR, *cit.*, 74 e s., in cui, per la completa attuazione, si prevede una scadenza nel secondo semestre del 2026.

⁷⁵ Cfr.: l. 21 giugno 2022, n. 78, art. 1, c. 1, lett. f), in cui la legge delega richiede una maggiore semplificazione "procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca". Il d.lgs. n. 39 del 2023, art. 43 e l'all. 1.9 (che si pone in continuità con il d.lgs. n. 50 del 2016 e il D.M. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, 1° dicembre 2017, n. 560), definiscono: "a) le misure relative alla formazione del personale, agli strumenti e alla organizzazione necessaria; b) i criteri per garantire uniformità di utilizzazione dei metodi e strumenti digitali per la gestione dell'informazione; c) le misure necessarie per l'attuazione dei processi di gestione dell'informazione supportata dalla modellazione informativa, ivi compresa la previsione dell'interoperabilità dell'anagrafe patrimoniale di ciascuna stazione appaltante o ente concedente con l'archivio informatico nazionale delle opere pubbliche; d) le modalità di scambio e interoperabilità dei dati e delle informazioni; e) le specifiche tecniche nazionali ed internazionali applicabili; f) il contenuto minimo del capitolato informativo per l'uso dei metodi e degli strumenti di gestione informativa digitale".

⁷⁶ Il *Building Information Modeling* – BIM può essere richiesto nell'ambito della progettazione di un'opera. Cfr. G.M. DI GIUDA-G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 223-271; G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, *cit.*, 333 e s.; G.M. DI GIUDA-S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni*, working paper dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, accessibile sul sito dell'A.N.A.C.

⁷⁷ Commissione UE, *Green Public Procurement Criteria for Office Building Design, Construction and Management*, 2016, 22 e s.

⁷⁸ Si v. il capitolato tecnico generale di Consip S.p.A. nella gara a procedura aperta, suddivisa in 3 lotti, per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura in acquisto di personal computer portatili, mobile Workstation e chromebook e di prodotti e servizi connessi ed

zione dei requisiti di partecipazione alle procedure di scelta del contraente e nel corretto rispetto dei parametri richiesti dal PNRR⁷⁹. I criteri tecnici richiesti dal principio DNSH risultano più ampi rispetto alle previsioni dei CAM e introducono parametri che in precedenza non erano oggetto di valutazione⁸⁰. Tale profilo se, da un lato, evidenzia la necessità di aggiornare (nel nostro ordinamento giuridico) i CAM alle previsioni europee del DNSH, dall'altro, comporta di valutare le caratteristiche dei CAM e del DNSH per comprenderne le differenti logiche.

I primi esprimono, nell'ordinamento giuridico italiano, dei valori tecnici minimi fondati su elementi e parametri ambientali misurabili, differenziati e adattati per categorie di lavori, beni e servizi. Tali criteri costituiscono le misure adottate in Italia per garantire il rispetto degli obblighi in materia ambientale previsti dal diritto europeo⁸¹ e forniscono parametri di tutela superiori rispetto ai *green public procurement* (GPP) proposti a livello europeo (la cui applicazione è facoltativa)⁸² e di molti Stati membri⁸³. La loro specificità tecnica li rende idonei ad un utilizzo all'interno di una procedura di scelta del contraente. La definizione di criteri e valori di riferimento per una categoria merceologica semplifica il controllo sulla titolarità dei requisiti da parte delle stazioni appaltanti e fornisce parametri tecnici agli operatori economici nella predisposizione della propria offerta (e gli elementi da produrre a comprova).

Il DNSH prevede criteri maggiormente generici che trovano applicazione indistintamente a tutte le categorie di prestazioni contrattuali. Questa connotazione deriva dalla sua originaria previsione in materia di investimenti finanziari e attività economiche sostenibili. Le caratteristiche del DNSH, idonee a fornire principi di carattere più generale, rendono maggiormente complesso il suo utilizzo all'interno dei documenti di gara e, in particolare, nella definizione dei requisiti di partecipazione e specifiche tecniche (che devono essere declinate in relazione alla specifica categoria merceologica, prestazione di servizi od opera, oggetto di una procedura di gara). Le stazioni appaltanti si trovano nella

opzionali per le Pubbliche amministrazioni, cit., in cui si richiede "il rispetto di tutti i requisiti tecnici e ambientali previsti dalla normativa europea e nazionale in ottemperanza al principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente "Do No Significant Harm" (DNSH) anche alla luce della sopravvenuta normativa".

⁷⁹ Si v. ad esempio i CAM relativi all'affidamento di servizi di progettazione e affidamento di lavori per interventi edilizi, la conformità a tali previsioni comporta il rispetto automatico di alcuni dei vincoli DNSH previsti per le attività di costruzione o ristrutturazione degli edifici. Tuttavia, il principio DNSH, comporta ulteriori aspetti che non sono verificati automaticamente con il rispetto dei CAM, quali ad es.: l'identificazione delle attività volte al contributo sostanziale ai 6 obiettivi ambientali e aspetti specifici quali, ad esempio, la valutazione del rischio climatico e della vulnerabilità.

⁸⁰ Quali le analisi del rischio climatico.

⁸¹ In materia di appalti pubblici nei settori ordinari, si v.: direttiva 2014/24, art. 18, par. II.

⁸² I criteri GPP dell'UE erano stati sviluppati dalla Commissione UE per facilitare l'inclusione di requisiti ecologici nei disciplinari di gara. Mentre i CAM definiscono requisiti di qualificazione, specifiche tecniche, criteri premianti (elementi di valutazione dell'offerta tecnica a cui attribuire un punteggio tecnico ai fini dell'aggiudicazione secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa) e clausole contrattuali, per cui è previsto un obbligo di utilizzo da parte delle stazioni appaltanti italiane, i criteri GPP rappresentano criteri che possono essere adottati in maniera facoltativa dalle stazioni appaltanti in Europa. Circa i criteri GPP cfr. https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm.

⁸³ A titolo esemplificativo, alcuni Stati prevedono una mera raccomandazione di ricorrere a criteri GPP: Lussemburgo, Olanda, Finlandia, Polonia. In altri Stati si prevede l'obbligatorietà di criteri specifici di natura ambientale in settori limitati (è il caso dell'Austria – per l'acquisto veicoli su strada e efficientamento energetico –, Bulgaria – per l'efficientamento energetico –).

necessità di dare applicazione a criteri che devono trovare corrispondenza nelle caratteristiche tecniche dell'offerta degli operatori economici e, successivamente, nell'esecuzione del contratto. L'assenza di valori e parametri tecnici specifici incide anche sulla capacità delle imprese di rispondere a questo criterio. Tale criticità discende da differenti fattori. Alcuni elementi presi in considerazione dal criterio del DNSH comportano valutazioni sul sistema di sperimentazione e produzione che sovente non è stato oggetto di analisi e valutazione da parte degli operatori economici.

Un esempio è fornito dall'"uso sostenibile dell'acqua"⁸⁴. La circostanza che il processo produttivo di un bene non incida negativamente sul "buon potenziale ecologico di corpi idrici, comprese le acque di superficie e sotterranee"⁸⁵ comporta valutazioni prive di parametri oggettivi di riferimento e la disponibilità di dati che possono non essere stati raccolti da parte delle imprese in sede di progettazione di un bene⁸⁶. Questa impreparazione del mercato consegue anche alla circostanza che i dati necessari per comprovare il rispetto di un criterio possono risultare distanti dalle analisi comunemente effettuate in relazione alle prestazioni contrattuali messe a gara⁸⁷.

Allo stesso modo, anche la preventiva dimostrazione della possibilità di riutilizzare o riciclare una percentuale rilevante del bene oggetto di acquisto, richiede che le imprese abbiano preventivamente progettato quest'ultimo sulla base del parametro indicato ed in un periodo di tempo limitato possono non riuscire a raccogliere i dati, fornire dimostrazione o riprogettare il bene per renderlo conforme⁸⁸.

Se elementi di prova trasversali capaci di garantire il rispetto del DNSH possono essere: l'esistenza di un sistema di gestione ambientale (EMAS, ISO 14001 o equivalente) o l'impiego o la produzione di beni/servizi dotati del marchio di qualità ecologica, questi non necessariamente trovano un riscontro positivo nel mercato di riferimento e la loro eventuale previsione (all'interno dei documenti di gara) può essere considerata una restrizione della concorrenza volta a favorire alcune imprese del settore. Tali circostanze evidenziano la complessità che incontrano le stazioni appaltanti e gli operatori economici nell'adeguarsi al DNSH e rendono, questi ultimi, poco disponibili ad autodichiarare la conformità di una prestazione ad un principio dal contenuto vago.

⁸⁴ Regolamento (UE) n. 852/2020, art. 12, par. I, lett. c), previsto in relazione al "contributo sostanziale all'uso sostenibile e alla protezione delle acque e delle risorse marine".

⁸⁵ Regolamento (UE) n. 852/2020, art. 17, par. I, lett. c), i).

⁸⁶ Ad es. in relazione alle modalità di utilizzo di un dispositivo e favorire la riduzione dell'utilizzo di acqua. L'allegato II della circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato 30 dicembre 2021, n. 32, cit., contiene una *check list* degli elementi di controllo *ex ante* ed *ex post*. In relazione alla scheda n. 4, riferita all'"acquisto, Leasing, Noleggio di apparecchiature elettriche ed elettroniche utilizzate nel settore sanitario", si richiede di effettuare la seguente verifica: "Nel libretto d'istruzione sono comprese istruzioni che spieghino come ridurre al minimo il consumo di acqua?". Tale circostanza richiede dati che non necessariamente sono stati oggetto di analisi nella sperimentazione del dispositivo medico.

⁸⁷ Si v. il rapporto tra l'"uso sostenibile dell'acqua" e il settore industriale dei dispositivi medici.

⁸⁸ In relazione all'acquisto di veicoli si v.: circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, 30 dicembre 2021, n. 32, cit., scheda 8, che prevede tra i controlli *ex ante*: "Per i veicoli delle categorie M1, N1, N2, N3 è stato dimostrato che sia stato messo in atto un piano che dimostri che i veicoli sono (a) riutilizzabili o riciclabili per almeno l'85 % del peso; e (b) riutilizzabili o recuperabili per almeno il 95 % del peso?".

A queste criticità si aggiunge la necessità delle amministrazioni pubbliche di raggiungere gli obiettivi posti dal PNRR in tempi brevi per conseguire i relativi finanziamenti. In mercati caratterizzati da un numero ristretto di operatori economici, le stazioni appaltanti, per mantenere un livello di concorrenza minimo nella procedura di scelta del contraente, sono in parte vincolate all'offerta del mercato (che a sua volta può non fornire garanzie circa il rispetto del DNSH, né disporre di eventuali certificazioni).

L'analisi di queste criticità tuttavia può contribuire ad una evoluzione dei CAM e del DNSH utile al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità ambientale. Un'applicazione estesa, generalizzata ed effettiva dei criteri tecnici del principio DNSH, benché complessa e connessa a valutazioni politiche, potrebbe superare l'utilizzo di discipline nazionali, incidendo in maniera uniforme nel Mercato Interno. Tale previsione potrebbe costituire il fondamento giuridico per l'elaborazione di criteri e parametri tecnici maggiormente specifici, di cui i CAM italiani potrebbero costituire un punto di partenza per una armonizzazione europea, volti a semplificarne l'applicazione nei singoli settori di riferimento e il monitoraggio sul corretto utilizzo (evitando elusioni alla disciplina).

In tale contesto andrebbe anche chiarita l'estensione dell'ambito di applicazione di una previsione di tale tipo. La sua applicazione potrebbe limitarsi ai beni, servizi e lavori previsti nel contratto oggetto di gara oppure estendersi all'intera catena di produzione, approvvigionamento e distribuzione (nonché all'eventuale catena di restituzione) vincolando anche i fornitori dell'aggiudicatario o i soggetti terzi chiamati ad intervenire al termine dell'esecuzione del contratto (es. in presenza di un vincolo di acquisto per la trasformazione dei beni). Un'estensione di questo tipo consentirebbe di incidere anche sui rapporti tra le imprese e favorire (con un effetto incrementale) l'efficienza nell'uso di materie prime nel Mercato Interno.

Il rispetto di tale requisito, realizzabile in sede di gara mediante dichiarazione dell'offerente⁸⁹, comporta tuttavia l'ulteriore definizione di strumenti di controllo idonei ad evitare elusioni al principio DNSH (che possano andare oltre la mera richiesta di "documentazione a comprova") ed a rendere effettiva la sua applicazione⁹⁰.

Le modalità procedurali e tecniche con cui si svolge la scelta del contraente possono assumere una autonoma rilevanza producendo effetti indiretti al perseguimento di obiettivi di sostenibilità ambientale. La corretta ed effettiva attività di centralizzazione delle committenze rende possibile una maggiore professionalizzazione nell'attività contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici.

⁸⁹ A titolo esemplificativo, si v.: Consip S.p.A., *Gara a procedura aperta per l'affidamento, in relazione a ciascun lotto, di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura in acquisto di autobus elettrici* – ed. 1, *gara a procedura aperta per l'affidamento, in relazione a ciascun lotto, di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura in acquisto di autobus elettrici* – ed. 1 – capitolato d'oneri, art. 15.2, in cui si prevede la produzione (da parte dell'offerente) di una *check list elementi di controllo principio DNSH*. La check-list contiene requisiti il cui possesso è richiesto "ex ante esecuzione dell'opera" e requisiti il cui possesso è richiesto "ex post esecuzione dell'opera". Tutta "la documentazione attestante il possesso dei requisiti richiesti "ex ante esecuzione dell'opera" e valorizzati in sede di partecipazione alla procedura di gara con il "si", verrà richiesta dalla Consip e dovrà essere presentata in vista della stipula dell'Accordo Quadro".

⁹⁰ Si v. il capitolato tecnico generale di Consip S.p.A. nella gara a procedura aperta, suddivisa in 3 lotti, per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura in acquisto di personal computer portatili, mobile Workstation e chromebook e di prodotti e servizi connessi ed opzionali per le Pubbliche amministrazioni, cit., 21.

ci⁹¹ e la conclusione di accordi quadro potrebbe rappresentare un bilanciamento tra differenti esigenze di fabbisogni delle amministrazioni pubbliche⁹².

Forme di supporto alle singole amministrazioni (in particolare quelle di piccole dimensioni) per il monitoraggio in sede di esecuzione potrebbero essere definite in collaborazione tra centrali di committenza e autorità amministrative indipendenti⁹³. Le prime dispongono di professionalità idonee alla definizione di strategie di gara tali da consentire la migliore applicazione di criteri ambientali nell'ambito delle procedure di scelta del contraente. Le seconde, possono garantire il corretto utilizzo della disciplina e monitorarne il rispetto per evitare elusioni o effetti distorsivi nei singoli mercati di riferimento, anche sfruttando l'interoperabilità delle banche dati a loro disposizione.

In un contesto di leale collaborazione tra soggetti pubblici potrebbero essere altresì previste forme di collaborazione pubblico-pubblico, che possano includere anche gli organi giurisdizionali (in un ruolo consultivo), per sostenere adeguatamente le singole amministrazioni nell'attuazione rapida delle attività previste dal PNRR.

Tale approccio può favorire il ricorso a soluzioni innovative e consentire la definizione di strategie di gara fondate sul fabbisogno e sulle specificità del mercato. La possibilità di ricomprendere nell'ambito di applicazione dalla di-

⁹¹ In tale contesto ulteriori benefici indiretti possono essere individuati nella riduzione del numero di procedure di scelta del contraente (e dei relativi costi amministrativi), del contenzioso amministrativo e nell'indicazione al mercato rilevante di come orientare la propria attività economica. Si v. Commissione UE, *Making Public Procurement work in and for Europe*, cit.

⁹² *Green Procurement of cleaning products*, 2017, in cui si riporta il caso della città di Gand (Belgio) che nel 2016 ha definito un accordo quadro di quattro anni per la fornitura di prodotti per la pulizia e la lucidatura. I prodotti appartenenti a talune categorie, ivi compresi i detergenti e i prodotti per l'igiene (ossia il sapone) dovevano soddisfare i criteri dell'etichetta "Bronzo" C2C o equivalente. Di conseguenza, il contenuto riciclato e la riciclabilità dei rifiuti risultano essere notevolmente migliorati: l'imballaggio utilizza cartone riciclato all'85%, le bottiglie di plastica in polietilene ad alta densità (PEHD) sono riciclabili al 100% e sono costituite al 10% da PEHD riciclato, mentre quelle realizzate in polietilene tereftalato (PET) sono riciclabili al 100% e realizzate con materiali riciclati all'81%. Inoltre, è stato introdotto anche un innovativo flacone dosatore certificato C2C con sistema anti-spargimento, con conseguente riduzione di eccessi e sprechi. Si v. anche *Procuring sustainable furniture in Denmark*, 2016, in cui è riportato il caso della centrale di committenza della Danimarca (SKI), che nel 2012 ha concluso un quadro quadriennale per arredi da ufficio sostenibili per oltre 60 comuni. Le specifiche tecniche erano basate sui requisiti ambientali del marchio di qualità ecologica *Nordic Swan* e includevano requisiti relativi all'uso delle sostanze chimiche nella produzione, nel trattamento, nel rivestimento e nei coloranti, e la possibilità di separare e recuperare i materiali alla fine del ciclo di vita. Anche il legno e i materiali a base di legno dovevano provenire da legname di provenienza legale, di cui almeno il 70% doveva essere riciclato o verificato come legname sostenibile. Sono stati conseguiti risparmi fino al 26% rispetto ai prezzi di mercato e l'iniziativa ha inciso all'interno del mercato dei prodotti d'arredamento contribuendo a modificare in maniera generalizzata le modalità di produzione degli operatori economici.

⁹³ La mancanza di risorse e professionalità che caratterizza le amministrazioni pubbliche di piccole dimensioni rende complesso il corretto monitoraggio che comunemente è lasciato alla loro gestione, anche in caso di procedure di gara gestite mediante forme di centralizzazione delle committenze. Cfr.: Consip S.p.A., *Gara a procedura aperta per l'affidamento, in relazione a ciascun lotto, di un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura in acquisto di autobus elettrici* – Capitolato d'oneri, in cui si chiarisce che "Consip metterà a disposizione tutta la documentazione acquisita alle Amministrazioni ordinanti, a cui sarà demandata la responsabilità di richiedere e verificare gli ulteriori documenti necessari alla comprova dei requisiti *ex-post*. In ogni caso le Amministrazioni, in sede di perfezionamento dei Contratti Esecutivi potranno inoltre richiedere al fornitore il rispetto di eventuali ulteriori requisiti tecnici e ambientali, ivi inclusa la relativa documentazione a comprova del rispetto degli stessi, introdotti successivamente alla pubblicazione della gara dalla normativa europea e nazionale in ottemperanza al principio di non arrecare un danno significativo all'ambiente "Do No Significant Harm" (DNSH)".

disciplina dei contratti pubblici: una definizione di innovazione (comprensiva dei concetti di ecoinnovazione e innovazione sociale)⁹⁴, l'attività di ricerca e sviluppo⁹⁵, procedure di scelta del contraente che contemplano la possibilità di sviluppare soluzioni o processi non presenti o diffuse nel mercato (mediante un "partenariato per l'innovazione")⁹⁶, l'utilizzo di criteri di aggiudicazione che consentono una maggiore valorizzazione di aspetti tecnico-qualitativi dell'offerta e i costi del ciclo di vita⁹⁷ (mediante l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁹⁸) e la definizione di condizioni contrattuali rispondenti ai desiderata pubblici (la previsione a carico del fornitore del riacquisto del prodotto/bene al termine dell'esecuzione, oltre a successivi vincoli circa il loro riutilizzo).

⁹⁴ Nei settori ordinari si v. la direttiva 24/2014, art. 2, p.to 20, in cui per "innovazione" si intende "l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva"; nell'ordinamento giuridico italiano cfr.: d.lgs. n. 50 del 2016, art. 3, lett. nnnn).

⁹⁵ Prima delle direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici i contratti aventi ad oggetto attività di ricerca e sviluppo erano esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina ed erano soggetti a quanto previsto in tema di appalti pre-commerciali (Commissione UE, *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, 14 dicembre 2007). L'amministrazione pubblica può procedere a concludere un contratto per servizi di ricerca e sviluppo resi da operatori economici nel rispetto della disciplina europea e nazionale. In determinati settori commerciali il contratto è soggetto alla disciplina dei contratti pubblici ove: i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice. (nei settori ordinari si v. la direttiva 24/2014, art. 14; nell'ordinamento giuridico italiano cfr.: d.lgs. n. 50 del 2016, art. 158).

⁹⁶ Direttiva UE 2014/24, art. 31. Cfr. C. KRÖNKE, *Innovation Partnerships: Purpose, Scope of Application and Key Elements of a New Instrument of Strategic Procurement*, in G.M. Racca-C.R. Yukins (a cura di) *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, cit., 337; C. SPADA, *I contratti di ricerca e sviluppo*, in *Dir. Amm.*, 2021, p. 687 ss. Per un esempio pratico cfr. la gara svolta dal comune di Frederiksberg (Danimarca) nel 2017, avente ad oggetto l'implementazione di soluzioni innovative per la gestione dell'acqua. Il partenariato per l'innovazione ha incluso tre fasi: una fase competitiva, in cui sono stati selezionati i partner idonei; una fase di ricerca e sviluppo, in cui le soluzioni sono state sviluppate in collaborazione con l'amministrazione aggiudicatrice; e una fase commerciale, in cui i partner selezionati forniscono il prodotto o servizio finale. In tale ultima fase l'amministrazione aggiudicatrice ha il diritto, ma non l'obbligo, di acquistare unità aggiuntive si v. ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/news_alert/Issue_97_Case_Study_183_Frederiksberg.pdf.

⁹⁷ Inteso quale insieme delle "fasi consecutive e/o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione" (Direttiva UE, 2014/24, art. 2, p.to 20; d.lgs. n. 50 del 2016, art. 3, lett. hhhh). Si v. anche: Direttiva UE 2014/24, artt. 67 e 68; d.lgs. n. 50 del 2016, artt. 94-95-96. I costi del ciclo di vita – *Life-Cycle Costing* – LCC del contratto possono essere oggetto di analisi nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa. I criteri qualitativi dovrebbero pertanto essere accompagnati da un criterio basato su un approccio costo/efficacia o determinando i costi del ciclo di vita. I costi del ciclo di vita includono tutte le spese da sostenere durante il ciclo di vita un prodotto, un'opera o un servizio: a) prezzo di acquisto e tutti i relativi costi (consegna, installazione, assicurazione, ecc.); b) spese di esercizio, compresi uso di energia, carburante, acqua, ricambi e manutenzione; c) costi di fine vita, quali smantellamento o smaltimento. d) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato (tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici).

⁹⁸ Nei settori ordinari si v. la direttiva 24/2014, artt. 67 e 68; nell'ordinamento giuridico italiano cfr.: d.lgs. n. 50 del 2016, artt. 95 e 96.

zo nella propria attività economica mediante il recupero e il riutilizzo o il riciclaggio di materiale di valore inferiore⁹⁹), costituiscono elementi volti ad incentivare soluzioni che possano contestualmente rispondere in maniera innovativa ai fabbisogni pubblici e a logiche economico-industriali in chiave di sostenibilità¹⁰⁰.

La previsione di marchi di qualità ecologica e/o etichettature connessi all'oggetto dell'appalto e conformi a determinati standard di oggettività, trasparenza e disponibilità per il mercato¹⁰¹ possono contribuire a favorire la diffusione di standard di sostenibilità nelle attività economiche degli offerenti¹⁰². Tale strumento si presta tuttavia a distorsioni nel mercato delle etichettature, che può diventare un mero strumento certificativo volto a creare un mercato economico connesso all'attività di certificazione, senza però garantire l'effettivo rispetto di criteri ambientali (il rischio che il ricorso ad una certificazione sia meramente strumentale a garantire un elemento tecnico è concreto e può risultare incentivato dall'interesse economico dei privati chiamati a rilasciare la certificazione). In tale contesto l'utilizzo di etichettature e certificazioni ambientali richiede comunque un monitoraggio nell'esecuzione della prestazione contrattuale che, benché complessa, non può essere integralmente sostituita da una certificazione.

Il monitoraggio in sede di esecuzione e la previsione di penali costituiscono uno strumento per favorire l'effettivo rispetto dei vincoli garantiti mediante la presentazione dell'offerta.

Se nell'ambito del PNRR si sono definiti parametri per la verifica del rispetto dei vincoli DNSH¹⁰³, un controllo maggiormente esteso potrebbe essere va-

⁹⁹ C.d. accordi di acquisto e rivendita o contratti di acquisto e riacquisto. Si veda *Circular Procurement of Furniture for the City Hall of Venlo*, 2016, in cui si riporta il caso del comune di Venlo (Olanda), che nel 2012 ha svolto una procedura di scelta del contraente per l'acquisto di arredi da ufficio per i nuovi locali dell'amministrazione comunale. I documenti di gara richiedevano di offrire prodotti realizzati con materiali rispettosi dell'ambiente che potessero essere facilmente smontati e ricondizionati. Il contratto includeva clausole di esecuzione che obbligavano il fornitore a eseguire interventi di manutenzione preventiva annuale, nonché a riparare gli arredi su richiesta e a sostituire temporaneamente quelli in riparazione. A distanza di dieci anni il fornitore sarebbe comunque stato tenuto a riprendere indietro gli arredi e a offrire possibilità di ricondizionamento. È stato possibile garantire un valore residuo (al termine dell'esecuzione del contratto) del 18 % (rispetto a un bilancio iniziale di 1,6 milioni €). Commissione UE, *Appalti Pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018, in ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_it.pdf.

¹⁰⁰ M. PIGNATTI, *Le strategie europee per l'innovazione nei contratti pubblici*, in *DPCE Online*, 2021, pp. 1745-1771.

¹⁰¹ Direttiva 2014/24/UE, art. 43, par. I e direttiva 2014/25/UE, art. 61, par. I, in cui si indica che marchi ed etichettature devono essere: basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; stabiliti attraverso un processo aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate (enti territoriali, consumatori, le parti sociali, i fabbricanti, i distributori e il terzo settore); accessibili a tutte le parti interessate; stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante.

¹⁰² La pertinenza dei marchi richiesti con l'oggetto del contratto e la possibilità di ricorrere a strumenti a effetto equivalente, possono essere perseguite mediante l'indicazione nei documenti di gara tutelando i principi UE. CGUE, 10 maggio 2012, *Commissione UE c. Regno dei Paesi Bassi*, in C-368/10, nell'ambito della procedura di scelta del contraente per la fornitura e la gestione di macchine automatiche per il caffè, è stata ritenuta incompatibile con la disciplina UE, la specifica tecnica che imponeva un'ecoetichettatura determinata, invece di utilizzare specifiche dettagliate. La Corte ha anche ribadito il principio secondo cui i marchi di qualità possono essere usati per definire i criteri di aggiudicazione e per valutare la prestazione.

¹⁰³ La *Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all'ambiente*, contiene le 29 schede tecniche riferite alle attività che fanno parte degli interventi previsti

lutato per garantire l'effettiva implementazione nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. Anche in questo, strumenti ICT e metodologie che li sfruttano possono consentire un tracciamento delle attività e dei beni utilizzati in tutto il ciclo del contratto (contemplando anche le catene di approvvigionamento e restituzione).

Il monitoraggio sulla corretta esecuzione della prestazione contrattuale diviene un momento di valutazione circa l'attività svolta durante l'intero ciclo del contratto pubblico, l'effettività delle misure usate, la corrispondenza tra la prestazione "promessa" dall'aggiudicatario (nella fase di scelta del contraente) e la prestazione eseguita e l'efficacia della soluzione innovativa adottata rispetto ai contestuali fabbisogni ed all'esigenza di un approccio sostenibile.

La maggiore attenzione verso il riutilizzo del materiale avanzato dalla produzione (quali gli scarti di un cantiere per la realizzazione di un'opera) o che un'amministrazione pubblica pone in dismissione (al termine dell'esecuzione), ma che conservano ancora un valore economico relativo che può risultare di interesse per altri operatori economici¹⁰⁴ o soggetti pubblici¹⁰⁵, può generare nuove prospettive economiche. Queste devono essere lette in parallelo all'obbligo, posto in capo al produttore, di occuparsi dei costi del loro smaltimento (responsabilità estesa al produttore)¹⁰⁶, contribuendo a riconsiderare la

dal PNRR, incluse le eventuali caratteristiche di acquisto e le scelte sulle forniture ed i Vincoli DNSH con gli *elementi di verifica* per dimostrare il rispetto dei principi richiesti dalla Tassonomia ambientale (Regolamento UE n. 852/2020), per ciascuno dei sei obiettivi ambientali. Es. per la costruzione di nuovi edifici ed in relazione all'obiettivo dell'economia circolare, si prevede: "Il requisito da dimostrare è che almeno l'70%, calcolato rispetto al loro peso totale, dei rifiuti non pericolosi ricadenti nel Capitolo 17 Rifiuti delle attività di costruzione e demolizione (compreso il terreno proveniente da siti contaminati (ex d.lgs. n. 152 del 2006), sia inviato a recupero (R1-R13). Pertanto, oltre all'applicazione del Decreto ministeriale 11 ottobre 2017 e ss.m.i., Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici", relativo ai requisiti di Disassemblabilità, sarà necessario avere contezza della gestione dei rifiuti. Si v. le procedure bandite da Invitalia S.p.A. e da Consip S.p.A. nell'ambito del PNRR. *Ex multis*: Consip S.p.A., *Gara a procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura di veicoli e la prestazione di servizi connessi ed opzionali per le pubbliche amministrazioni* (ed. 2) – *Schema di accordo quadro*, art. 9, relativo alle attività ispettive, in cui (parallelamente all'obbligo del fornitore a rispettare tutte le indicazioni relative alla buona e corretta esecuzione contrattuale) si prevede l'utilizzo anche di organismi di ispezione accreditati (i cui costi sono posti a carico dell'aggiudicatario); art. 10 (unitamente al Capitolato Tecnico, par. 3.2), disciplina le modalità di verifica della conformità e di collaudo. Il testo comporta il rispetto del D.M. 8 maggio 2012 (in attuazione delle disposizioni del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 24 in recepimento della Direttiva 33/2009/CE relativa alla promozione di veicoli a ridotto impatto ambientale e a basso consumo energetico nel trasporto su strada). prevede penali applicabili in caso di mancata conformità nell'esecuzione, per la mancata esecuzione del c.d. "servizio rottamazione", cfr. il combinato tra l'accordo quadro (art. 14) e le relative previsioni del capitolato tecnico.

¹⁰⁴ Cfr. *Collection & refurbishment of redundant ICT equipment*, 2015. Ove si segnala che nel 2012 il consiglio della contea di Durham (Regno Unito) decise di istituire un nuovo appalto per garantire che le apparecchiature informatiche ridondanti venissero riutilizzate o riciclate nella massima misura possibile. Oltre a rispettare gli obblighi previsti dalla normativa UE in materia di rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, ciò ha anche ridotto al minimo l'impatto ambientale evitando il conferimento di rifiuti alle discariche e ha conseguito valore sociale rimettendo le attrezzature ricondizionate a disposizione di gruppi della comunità.

¹⁰⁵ Questo può essere il caso delle collaborazioni tra amministrazioni in relazione al materiale che dismesso da una delle parti, può ancora essere utilizzato dalla seconda nell'ambito delle sue attività istituzionali. Tale situazione è abbastanza comune in relazione al materiale ICT.

¹⁰⁶ Tale concetto risulta quale evoluzione del principio del chi inquina paga e del principio di prevenzione. Direttiva UE 2018/851, *che modifica la direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti*, considerando n. 14, ove i regimi di responsabilità del produttore sono individuati come le "misure adottate dagli Stati membri volte ad assicurare che ai produttori spetti la responsabilità finanziaria

nozione di “rifiuto” (conferendo a questi un valore anche al termine del loro utilizzo). In tal senso, sono stati distinti da tale nozione i “sottoprodotti”¹⁰⁷ (o “residui di produzione”¹⁰⁸) e le materie prime secondarie nell’ambito di un processo volto all’*end of waste*¹⁰⁹. Ciò ha consentito l’applicazione di un differen-

ria e operativa della gestione della fase del ciclo di vita in cui il prodotto diventa un rifiuto, incluse le operazioni di raccolta differenziata, di cernita e di trattamento”; l’art. 8-bis, identifica i requisiti minimi in materia di responsabilità estesa del produttore obbligatori per tutti gli stati membri che attualmente possiedono regimi differenti. Nell’ordinamento giuridico italiano cfr. d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, art. 1, c. II e III, che in linea con Direttiva UE 2018/851, art. 1, par. 8 e 9, ha riscritto il d.lgs. n. 152 del 2006, art. 178-bis, che disciplina la responsabilità estesa del produttore ed introduce l’articolo 178-ter, sui requisiti generali minimi in materia di responsabilità estesa del produttore. OECD, *Extended Producer Responsibility. A Guidance Manual for Governments*, 2001; Commissione UE, *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (EPR)*, 2014; Commissione UE, *Orientamenti tecnici sull’applicazione del principio “non arrecare un danno significativo” a norma del regolamento sul dispositivo per la ripresa e la resilienza*, 12 febbraio 2021. In dottrina: M. COCCONI, *Un diritto per l’economia circolare*, cit., 145-149; F. DE LEONARDIS-S. MICONO, *L’economia circolare alla prova dei fatti. La responsabilità estesa al produttore (E.R.P.): i consorzi di gestione degli imballaggi*, in *Aperta Contrada*, 2017; G. GARZIA, *La responsabilità e i costi della gestione dei rifiuti. La responsabilità estesa al produttore*, in F. GIANPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Milano, 2011.

¹⁰⁷ Direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti, art. 5, come modificata Direttiva 2018/851/UE, 30 maggio 2018, in cui si individuano i criteri sulla cui base sono individuati i “sottoprodotti”. Deve infatti essere: certo che la sostanza o l’oggetto sarà ulteriormente utilizzata/o; la sostanza o l’oggetto può essere utilizzata/o direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale. La sostanza o l’oggetto è prodotta/o come parte integrante di un processo di produzione e l’ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l’oggetto soddisfa, per l’utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell’ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull’ambiente o la salute umana. Nell’ordinamento giuridico italiano si v.: d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, art. 184-bis, introdotto con d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205, art. 12, c. I; Decreto del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, 13 ottobre 2016, n. 264, *Regolamento recante criteri indicativi per agevolare la dimostrazione della sussistenza dei requisiti per la qualifica dei residui di produzione come sottoprodotti e non come rifiuti*; Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, circolare 30 maggio 2017, n. 7619, *Circolare esplicativa per l’applicazione del decreto ministeriale 13 ottobre 2016, n. 264*. In dottrina: A. BORZI, *La gestione dei rifiuti*, in M.A. SANDULLI-R. FERRARA (a cura di), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano, 2014, p. 605 ss.; V. CAVANNA, *Sottoprodotti e cessazione della qualifica di rifiuto: quali novità con il d.lgs. N. 116/2020?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020, p. 771; A. MURATORI, *La riformata direttiva quadro sui rifiuti: a beneficio dell’economia circolare, novità sui sottoprodotti e sulla perdita della qualifica di rifiuto*, in *Ambiente e sviluppo*, 2018, p. 519; M. GIOVANNINI, *L’utilizzo dei sottoprodotti di origine animale come combustibili per la produzione di energia elettrica*, in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1224; A. GRASSO-A. MARZANATI-A. RUSSO, *Ambiente. Articolazioni di settore e normativa di riferimento*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), in *Trattato di diritto amministrativo europeo – Parte speciale*, 2007, I, p. 273 ss. Nello stesso volume si v. anche: G. COCCO-A. MARZANATI-R. PUPILELLA, *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali*, p. 157 ss.

¹⁰⁸ CGCE, 18 aprile 2002, *Palin Granit Oy*, in C-9/00, p.to 44, in cui si chiarisce che “i detriti, la circostanza che essi abbiano la stessa composizione dei blocchi di pietra estratti dalla cava e che non cambino il loro stato fisico potrebbe quindi renderli adatti all’utilizzo che se ne possa fare. Tuttavia tale argomentazione sarebbe decisiva solo nel caso in cui venisse riutilizzata la totalità dei detriti. Non si può contestare che il valore commerciale dei blocchi di pietra dipende dalla loro dimensione, dalla loro forma e dalla loro possibilità di utilizzo nel settore edile; tutte qualità che, nonostante l’identità della loro composizione, i detriti non presentano. Pertanto tali detriti non sono altro che residui di produzione”. Cfr. anche: CGCE 11 settembre 2003, *Avesta Polarit Chrome Oy*, in C-114/01; CGCE 11 novembre 2004, *Niselli*, in C-457/02.

¹⁰⁹ Con tale terminologia si individuano quei prodotti che cessano di essere classificati come rifiuto a seguito di procedimento (riciclaggio, recupero) che consenta il riutilizzo in un processo produttivo. Si v. Direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti, art. 6, come modificata Direttiva 2018/851/UE, 30 maggio 2018. Circa l’impossibilità di “interpretare in senso restrittivo” la nozione di rifiuto: CGUE 15 giugno 2000, *Arco Chemie Nederland*, in C-418/97 e 419/97; CGUE 18 aprile 2002, *Palin Granit Oy*, in C-9/2000. Nell’ordinamento giuridico italiano: d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, cit., art. 184 ter. In dottrina: R. LOSENGO, *End of waste e sottoprodotti: l’onere della*

te regime giuridico rispetto ai “rifiuti” permettendo di attribuire a questi un nuovo valore e consentirne un nuovo utilizzo in ulteriori processi produttivi (anche da altri operatori economici)¹¹⁰.

La riqualificazione delle sostanze (o oggetti) e la cessazione della loro qualifica come “rifiuto”¹¹¹, trova, nell’ordinamento giuridico italiano, la necessità di dare certezza alla disciplina applicabile superando i limiti che rischiano di ostacolare il processo di *end of waste* (si v. quanto avvenuto nella definizione delle competenze tra i differenti livelli di governo)¹¹² ¹¹³.

prova nell'epoca dell'economia circolare, in *Riv. giur. ambiente online*, 2023, 38, 1 e s.; I. TANI, *Considerazioni in tema di end of waste tra (carenti) norme internazionali e (strategica) individuazione dei problemi ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 243 ss.; P. VERRI, *Il Regime autorizzatorio end of waste, tra dato normativo e legittime tensioni verso la circular economy*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 171 ss.; E. FERRERO, *Lo sblocca End of Waste: molto rumore per nulla?*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, p. 605 ss.; A. MURATORI, *La riformata direttiva quadro sui rifiuti: a beneficio dell'economia circolare, novità sui sottoprodotti e sulla perdita della qualifica di rifiuto*, cit., p. 519; A. MURATORI, *Autorizzazioni end of waste: lo sblocco arriva dalla conversione del decreto “salva imprese”*, in *Ambiente e sviluppo*, 2019, p. 800.

¹¹⁰ M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il Diritto dell'economia*, 2019, 130, in cui si ricostruisce l'evoluzione della nozione di rifiuto e quella di “sottoprodotto”. Cfr. anche: E. POMINI, *Il punto sui sottoprodotti: la certezza del riutilizzo*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2012, p. 753.

¹¹¹ Sulla nozione di “rifiuto” si v. d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, cit., art. 183. Sulla cessazione della qualifica di rifiuto si v. Regolamento (UE) n. 133/2011, *recante i criteri che determinano quando alcuni tipi di rottami metallici cessano di essere considerati rifiuti ai sensi della Dir. 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*; Regolamento UE, 10 dicembre 2012, n. 1179/2012, *recante i criteri che determinano quando i rottami di vetro cessano di essere considerati rifiuti ai sensi della Dir. 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*; Regolamento (UE) n. 715/2013, *recante i criteri che determinano quando i rottami di rame cessano di essere considerati rifiuti ai sensi della Dir. 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio*. Nell'ordinamento giuridico italiano: Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Circolare 1 luglio 2016, n. 10045, *Disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto – Applicazione dell'articolo 184-ter del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*.

¹¹² Sulle modalità per la cessazione della qualifica di rifiuto, la Direttiva 19 novembre 2008, n. 2008/98/CE, non prevede necessariamente una valutazione “caso per caso” ad enti e/o organizzazioni interne allo Stato, ma solo allo Stato medesimo, posto che la predetta valutazione non può che intervenire, ragionevolmente, se non con riferimento all'intero territorio di uno Stato membro. Questo potere è stato attribuito dal legislatore statale al Ministero dell'Ambiente, fornendo una lettura del “caso per caso”, non già riferito al singolo materiale da esaminare ed (eventualmente) declassificare con specifico provvedimento amministrativo, bensì inteso come “tipologia” di materiale da esaminare e fare oggetto di più generale previsione regolamentare, a monte dell'esercizio della potestà provvedimentale autorizzatoria. Si v. Cons. St., IV, 28 febbraio 2018, n. 1229. In cui il Collegio riconduceva il potere di determinare la cessazione della qualifica di rifiuto, ai sensi della Direttiva 19 novembre 2008 n. 2008/98/CE, allo “Stato”, che assume anche obbligo di interlocuzione con la Commissione, e non alle Regioni. Il Consiglio di Stato riteneva in fatti che “laddove si consentisse ad ogni singola Regione, di definire, in assenza di normativa UE, cosa è da intendersi o meno come rifiuto, ne risulterebbe vulnerata la ripartizione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni”. Il profilo di competenza era stato superato con d.l. 3 settembre 2019, n. 101, art. 14-bis, conv. con l. 2 novembre 2019, n. 128, in cui si interviene sulla disciplina dell'Autorizzazione Integrata Ambientale (di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, art. 29 bis) e in ulteriori autorizzazioni previste dal Codice dell'Ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006, artt. 208-209-211) prevedendo la possibilità per le amministrazioni locali di rilasciare le autorizzazioni in tema di *end of waste*. M. DELSIGNORE, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? Una risposta negli scritti di Amorth*, in *Dir. Amm.*, 2021, p. 313 ss.; A. BIFULCO, *Limiti alle competenze regionali in materia di gestione dei rifiuti*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, p. 891 ss. Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa, del procedimento e dei compiti dell'ISPRA e dell'ARPA cfr.: V. CAVANNA, *Sottoprodotti e cessazione della qualifica di rifiuto: quali novità con il d.lgs. N. 116/2020?*, cit., p. 771; Sistema Nazionale per la Protezione Ambientale, Delibera 6 febbraio 2020, n. 62/20, accessibile in <https://www.snpambiente.it/2020/02/18/pubblicare-le-linee-guida-per-lapplicazione-della-disciplina-end-of-waste/>.

¹¹³ M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, cit., 132, in cui il superamento di questo ostacolo è considerato essenziale per “il decollo del nuovo modello economico”. A. MURATORI,

4. Le prospettive innovative per l'utilizzo dei contratti pubblici nelle politiche di sviluppo europee

Le politiche internazionali ed europee hanno riconsiderato i modelli di sviluppo economico in un contesto di maggiore sostenibilità, anche ambientale, incidendo sul modo di concepire le attività economiche. A livello europeo la migliore capacità degli operatori economici di definire approcci innovativi in un contesto di sostenibilità ambientale si traduce in un vantaggio competitivo all'interno dei mercati di riferimento ¹¹⁴ (che rileva sia nel Mercato Interno, sia a livello internazionale).

L'ordinamento giuridico italiano, ha espressamente conferito all'ambiente, valore costituzionale primario e sistemico. L'ambiente è stato quindi individuato quale limite negativo all'iniziativa economica privata e quale finalità propositiva a cui indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata, contribuendo a ri-definire i principi fondamentali delle libertà economiche ¹¹⁵ in una direzione compatibile con un modello economico caratterizzato dalla sostenibilità ambientale.

Tali mutamenti modificano i contenuti dell'attività economica ed il ruolo che i contratti pubblici (e il loro "ciclo di vita") possono svolgere.

La capacità del diritto di adattarsi ai contesti economico-sociali, tecnologici e giuridici in continua evoluzione, e dell'amministrazione pubblica, di accompagnare tale cambiamento rappresenta un fattore determinante per lo sviluppo economico.

La revisione della parte quarta del d.lgs. n. 152/2006 secondo il governo e l'economia circolare ..., in *Ambiente e sviluppo*, 2020, 381. Cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, II bis, 7 gennaio 2021, n. 219, in cui in relazione al D.M. n. 22 del 2013 (Regolamento recante disciplina della cessazione della qualifica di rifiuto di determinate tipologie di combustibili solidi secondari (CSS), ai sensi dell'articolo 184-ter, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152) rivolto alla regolazione delle condizioni e dei presupposti in forza dei quali le fasi di produzione ed utilizzo di CSS-Combustibili si svolgano senza pericolo per la salute dell'uomo e la tutela dell'ambiente, così collocandosi tale normativa nel quadro più generale delle politiche europee per la creazione e promozione della cd. "economia circolare". Il Collegio non ritiene sufficiente a contrastare il loro utilizzo richiamare la generica violazione della "gerarchia dei rifiuti", in quanto l'utilizzo di tale combustibile costituisce una forma di recupero dei rifiuti, pilastro della politica ambientale europea.

¹¹⁴ AGCM, *Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani – IC49*, 2016, in cui si chiarisce "che l'ammontare dell'onere ambientale, al pari delle altre componenti di costo, influisce sulla competitività dei produttori nel mercato della produzione e della vendita degli imballaggi. La minimizzazione di tale componente, infatti, aumenta la capacità competitiva di un'impresa poiché le consente di praticare prezzi inferiori ai consumatori". B. CELATI, *Diritto per lo sviluppo economico nella transizione climatica*, in M. Passalacqua (a cura), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, cit., p. 277.

¹¹⁵ In dottrina: M. DELSIGNORE-A. MARRA-M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giu. amb.*, 2022; 1 e s.; L. DELLI PRISCOLI, *Le modifiche alla Costituzione in tema di tutela all'ambiente e alla salute e i limiti alla libertà di iniziativa economica*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2022, pp. 625 ss.; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit., p. 285; M. GRECO, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti e prospettive di riforma*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 281 e s.; G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum Quad. Cost.*, 2021, p. 460 ss.; R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2022; A. MOLITERNI, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2020, p. 32 ss.; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. Amm.*, 2008, p. 41 ss.

I contratti pubblici costituiscono parte di un approccio integrato, già previsto in materia ambientale ¹¹⁶, alla ricerca di interconnessioni (all'interno del "nuovo sistema" giuridico ed economico) ed effettività quantomeno nell'ordinamento giuridico europeo. Il principio "*do no significant harm*" costituisce uno strumento di particolare rilevanza per tale risultato in chiave di stimolo all'innovazione ambientale e armonizzazione giuridica.

La gestione dell'attuazione della transizione ecologica richiede la corretta definizione di istituti, procedimenti e metodologie tecniche ¹¹⁷ in modo da dare certezza ai rapporti giuridici posti in essere all'interno di un contesto globalizzato quale quello attuale ¹¹⁸.

L'armonizzazione della disciplina tra gli Stati membri (evitando sovrapposizioni con criteri previsti nei singoli ordinamenti nazionali) può semplificare l'utilizzo generalizzato e uniforme del principio DNSH (accompagnato da criteri e parametri specifici e comuni) nel Mercato UE (evitando distorsioni al suo interno).

Nei contratti pubblici, se la definizione della strategia di gara riveste un ruolo essenziale per guidare gli operatori economici in un contesto di sviluppo economico europeo, solo la corretta esecuzione della prestazione contrattuale e forme di monitoraggio strutturate (in termini di risorse, professionalità e ampiezza di analisi) possono contribuire a dare effettività alla previsione del principio DNSH, i cui effetti possono essere amplificati mediante l'estensione della

¹¹⁶ TFUE, art. 11, in cui, in relazione alle "esigenze connesse con la tutela dell'ambiente", si prevede una loro integrazione "nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Si v. anche la Carta di Nizza, art. 37. Nell'ordinamento giuridico italiano cfr. d.lgs. 4 del 2008, art. 3 quater, c. II. CGCE, 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*, in C-513/99, p.ti 45 e 57. In dottrina: M. WASMEIER, *The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law*, 2001, in *Common Market Law Review*, 159 e s.; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in Paolo DELL'ANNO-EUGENIO PICOZZA (diretto da) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, 2012, p. 151 ss. Per una analisi della materia ambientale nell'ordinamento giuridico italiano e il ruolo dell'integrazione, *ex multis*: F. DE LEONARDIS, *Principio di prevenzione e novità normative in materia di rifiuti*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 2084, in cui si evidenzia l'assenza di una definizione del principio di integrazione; R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione tra mito e realtà*, in *Riv. giur. Urb.*, 2021; C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione Industriale all'economia circolare*, cit., p. 843 ss.; M. DELSIGNORE, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? Una risposta negli scritti di Amorth*, cit., 2021, 313 e s.; M.C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, 467; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018, p. 30.

¹¹⁷ Si pensi al contratto stipulato in modalità elettronica, alla firma elettronica, al procedimento amministrativo informatizzato, ai protocolli e criteri tecnici per l'utilizzo delle piattaforme per la comunicazione tra soggetti giuridici privati e pubblica amministrazione. In dottrina: Si v. F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., p. 798 ss.; A. MOLITERNI, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. ROSSI-M. MONTEDURO (a cura di) *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, p. 51 ss.

¹¹⁸ Capaci quindi di considerare, oltre al contesto nazionale, anche quello europeo e quello internazionale. Si valutino ad esempio i differenti parametri richiesti a livello internazionale per conferire validità giuridica ad una firma elettronica. Per una analisi integrale dell'incidenza della digitalizzazione nella pubblica amministrazione *ex multis*, si v.: R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021; R. CAVALLO PERIN-D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Spunti di riflessione su digitalizzazione della p.a. e rapporto di lavoro*, in *Lavoro nella Giur.*, 2021, 798; L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, cit., p. 3 ss.; G. VESPERINI, *L'agenda per la semplificazione 2020-2023*, *Giornale dir. amm.*, 2021, p. 151 ss.; A.G. OROFINO-G. GALLONE, *L'intelligenza artificiale al servizio delle funzioni amministrative: profili problematici e spunti di riflessione*, in *Giur. It.*, 2020, 7, p. 1738.

sua applicazione alla catena di approvvigionamento dei contraenti della pubblica amministrazione.

In questo contesto parrebbe possibile prospettare il ricorso a processi (produttivi e di approvvigionamento) e strategie comuni (caratterizzate da solidarietà tra gli Stati membri) che garantiscano la tutela delle risorse naturali dal loro eccessivo sfruttamento e la gestione coordinata delle materie prime “critiche”. L'utilizzo del concetto di “bene comune” applicato al rapporto tra l'interesse personale e la necessità che beni e risorse scarse (in particolare delle risorse naturali) siano disponibili nel mercato e accessibili può consentire di soddisfare le esigenze della società¹¹⁹ e rispettare criteri di sostenibilità ambientale.

Il ricorso al concetto dei beni comuni è oggi riconosciuta come estesa in differenti settori¹²⁰ e si adatta ai temi della progettazione, dello sviluppo e di modelli di *governance* pubblico per l'utilizzo di materie prime scarse¹²¹.

I beni comuni richiedono definizioni, specifiche e criteri per il loro utilizzo conforme alla sostenibilità ambientale per evitare un loro esaurimento. Tali criteri possono essere forniti dal principio DNSH, che può così contribuire a definire un concetto di bene comune europeo.

Forme di approvvigionamento coordinate e strategie comuni nell'Unione Europea consentirebbero una maggiore omogeneità nella crescita economica in Europa, evitando forme di elusione e distorsione economica (nelle relazioni interne). Parallelamente si garantirebbe il corretto funzionamento del Mercato Interno e si valorizzerebbe il ruolo delle Istituzioni europee (nelle relazioni esterne)¹²². La pandemia sanitaria ed il conflitto in Ucraina hanno reso evidente l'importanza di approcci comuni nell'approvvigionamento di beni “strategici” quale elemento di solidarietà tra gli Stati membri capace di favorire una integrazione effettiva e l'indipendenza economica europea da speculazioni economiche esterne¹²³.

Il riconoscimento della tutela delle risorse naturali (nei processi di approvvigionamento, produzione, distribuzione e restituzione) come “beni comuni” e l'applicazione (uniforme nel Mercato Interno¹²⁴) del principio DNSH possono

¹¹⁹ G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, pp. 1243-1248; Id., *Extensions of the tragedy of the commons*, in *Science*, 1998, pp. 682-683.

¹²⁰ S. HELFRICH, *Common goods don't simply exist—they are created*, in D. BOLLIER-S. HELFRICH (a cura di) *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market & State*. Amherst, MA: Levellers Press; 2014. Per una applicazione del principio in relazione a beni sanitari durante l'emergenza sanitaria covid-19, cfr.: R. BEAUDOIN HANDFIELD-D. FINKENSTADT-E.S. SCHNELLER-A. BLANTON GODFREY, *A Commons for a Supply Chain in the Post-COVID-19 Era: The Case for a Reformed Strategic National Stockpile*, in *Milbank Quarterly*, 2020, p. 1058 ss.

¹²¹ Commissione UE, *Critical Raw Materials for Strategic Technologies and Sectors in the EU. A Foresight Study*, 2020.

¹²² Si v. Consiglio UE, riunione del 23 marzo 2023, p.to 13, in cui si sottolinea la necessità di ridurre le “dipendenze strategiche, (...) rendendo la sua base economica, industriale e tecnologica adatta alle transizioni verde, digitale”.

¹²³ In relazione alla pandemia si v. *Joint Procurement Agreement to Procure Medical Countermeasures*, in https://health.ec.europa.eu/health-security-and-infectious-diseases/preparedness-and-response/signing-ceremonies-joint-procurement-agreement_en#map-and-dates-for-each-country. In relazione all'acquisizione di materie prime critiche, si v. la proposta di regolamento UE avente ad oggetto “*establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials*”; Commissione UE, *A secure and sustainable supply of critical raw materials in support of the twin transition*, 16 marzo 2023. In relazione all'approvvigionamento energetico e nell'ambito del piano RepowerEU è stata istituita la piattaforma dell'UE per l'energia, si v.: Commissione UE, *Piattaforma dell'UE per l'energia: la Commissione lancia il primo invito alle imprese per l'acquisto in comune di gas*, 25 aprile 2023.

¹²⁴ La complessità del mercato UE e la necessità di avere un approccio comune nel mercato

indirizzare i processi economici verso modelli di sviluppo comuni capaci di raggiungere risultati che rispondano ai bisogni della società garantendo, al contempo, la crescita sostenibile del Mercato Interno e la sua indipendenza.

Ripensare le necessità di acquisto pubblico, valorizzando (ove possibile) la condivisione dei beni¹²⁵, il recupero, la rigenerazione, il riutilizzo ed il riuso, anche mediante la creazione di piattaforme informatiche di condivisione¹²⁶ costituiscono ulteriori meccanismi per favorire un approccio circolare nel mercato¹²⁷.

In questo, si evidenzia un differente modo di intendere le relazioni economiche che si estende anche sui rapporti giuridici che si instaurano durante l'intera vita di un "bene" (produzione, approvvigionamento, distribuzione e restituzione). Questo cambiamento richiede quindi di ripensare il contratto pubblico e gli strumenti giuridici utilizzati nel suo "ciclo di vita".

Il ricorso a prestazioni di servizi comporta una maggiore attenzione per fattispecie contrattuali specifiche quali il contratto di leasing, il contratto di somministrazione, il contratto di locazione, connotando in vario modo le posizioni giuridiche soggettive (di vantaggio e di svantaggio) ad essi connesse e la conseguente applicazione dei propri regimi giuridici (ad es. in tema di prescrizione o responsabilità).

La ridefinizione della nozione di rifiuto e l'estensione della responsabilità del produttore e la riconducibilità a tale soggetto di previsioni contrattuali relative al ritiro, riciclo e smaltimento finale dei residui costituisce strategia capace di contribuire a modificare le scelte relative alle modalità di progettazione e definizione dei beni/degli oggetti che successivamente immettono in commercio da parte degli operatori economici¹²⁸.

globalizzato, comporta un approccio unitario e la sua effettività negli ordinamenti giuridici nazionali per perseguire le finalità di sviluppo economico poste a fondamento di tali approcci.

¹²⁵ A titolo esemplificativo: il *bike sharing*, il *car-sharing*. Tali servizi consentono un più efficiente utilizzo dei beni. Un'auto di proprietà viene usata per circa il 4% del suo tempo-vita. Le auto e scooter condivise consentono un utilizzo che supera il 45% del loro tempo vita.

¹²⁶ A titolo esemplificativo si v. il programma di *sharing economy* della Città di Amsterdam, in cui sono attive più di 150 piattaforme per la condivisione. Le piattaforme includono app: che mettono in contatto persone che hanno bisogno di prendere in prestito o affittare un oggetto (Peerby); rivolte ai proprietari di moto e auto per collegarli a persone che hanno bisogno di usarne una temporaneamente (MotoShare); per affittare articoli di moda di alta qualità una tantum o accedere ai capi offerti tramite un servizio di abbonamento (LENA). Cfr. *Amsterdam action plan sharing economy*, 2015, in <https://circulareconomy.europa.eu/platform/en/strategies/amsterdam-shaping-sharing-economy-works-everyone>. Tale approccio non è limitato solo all'utilizzo di beni, ma può essere esteso anche a prestazioni professionali o di servizi: FLOW2 (<https://www.flow2.com/>) è il primo mercato di condivisione business-to-business che permette alle aziende di condividere la sovraccapacità di attrezzature, conoscenze e competenze del personale. Gli utenti possono registrarsi sulla piattaforma gratuitamente e i partecipanti pagano un abbonamento per pubblicizzare le loro attrezzature sulla piattaforma, fornendo un flusso di entrate per FLOW2. Cfr. anche: Ellen MacArthur Foundation, *Business-to-business asset sharing: FLOW2*, in <https://ellenmacarthurfoundation.org/circular-examples/business-to-business-asset-sharing>.

¹²⁷ Come ad esempio nel settore pubblico alcuni fabbisogni non prevedono più contratti di fornitura, contratti di servizi. Questo è il caso del noleggio di autovetture per gli spostamenti di servizio dei dipendenti pubblici, il noleggio delle fotocopiatrici. Si v. Commissione UE, *Appalti Pubblici per un'economia circolare. Buone prassi e orientamenti*, 2018, in https://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/cp_european_commission_brochure_it.pdf.

¹²⁸ Circa l'individuazione della responsabilità estesa del produttore quale istituto con cui si incide sul mercato per finalità di tutela ambientale: M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pub.*, 2007, pp. 219-240; A. LOLLI, *Modelli di amministrazione sussidiaria: strumenti economici-volontari per la tutela dell'interesse pubblico*, Bologna, 2008; A. BENEDETTI, *Certezze pubbliche e «certezze» private. Poteri pubblici e certificazioni di merca-*

La possibile estensione dell'applicazione del principio “*do no significant harm*” può contribuire a dare una maggiore effettività ai criteri di sostenibilità ambientale a cui si ispira incidendo con i propri criteri oggettivi sull'esercizio dell'iniziativa economica e sulle attività economiche delle imprese che paiono finalizzate al perseguimento di uno sviluppo economico per il tramite della tutela di un “bene comune” nei propri processi.

Deve inoltre considerarsi che il principio del DNSH nel definire dei parametri di sostenibilità ambientale¹²⁹, esprime dei criteri che, benché di portata generale, costituiscono vincoli all'esercizio di un'attività economica. Tale connotazione, in un'economia di mercato globale in cui lo sviluppo di soluzioni innovative costituisce un valore in termini economici e competitivi per le imprese, contribuisce a stimolare gli operatori economici a perseguire risultati maggiori.

Specifiche tecniche e requisiti prestazionali, preliminarmente definiti sulla base del DNSH (che ne può costituire il fondamento giuridico) e delle peculiarità dei singoli mercati di riferimento, possono essere inseriti nei documenti di gara ed accompagnare gli operatori economici in un percorso di sviluppo della propria attività che può comportare aspetti di ricerca e sviluppo (anche in collaborazione con amministrazioni pubbliche¹³⁰).

Incentivi potrebbero essere previsti per accompagnare il mercato in una riconfigurazione della propria attività economica nel rispetto del principio DNSH e dei suoi criteri (garantendo la sostenibilità della prestazione contrattuale, della catena di approvvigionamento e, eventualmente, anche dopo il suo utilizzo nell'esecuzione della prestazione contrattuale).

La digitalizzazione e la modellazione informatica possono contribuire, preliminarmente, nel supportare i processi decisionali e, nell'intero ciclo di vita di un bene, tracciare la sua progettazione ed il suo utilizzo, nonché definire i settori economici in cui potrà essere ri-utilizzato cessata la sua funzione originaria.

La valorizzazione del riuso, nella disciplina dei rifiuti, può accompagnare il processo di sviluppo economico mediante la creazione di nuove opportunità economiche che possono costituire stimolo per le attività di rigenerazione comportando benefici ambientali e sociali¹³¹.

I contratti pubblici continuano a rappresentare strumento idoneo per il perseguimento di tali fini, supportando il perseguimento dell'innovazione e lo sviluppo economico, che tuttavia devono essere sostenuti dall'intero sistema che contribuisce a rendere effettive ed efficaci le scelte.

to, Milano, 2010; M. CAFAGNO, *Gli strumenti volontari a protezione dell'ambiente*, in R. FERRARA-M.A. SANDULLI (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Milano, 2014, p. 336.

¹²⁹ Regolamento UE n. 852/2020, artt. 10-15, i cui parametri sono ulteriormente articolati in regolamenti delegati, cfr. il Regolamento delegato UE 2021/2139, 4 giugno 2021, che integra il regolamento (UE) n. 852/2020, che in relazione ai primi due obiettivi della tassonomia definisce i criteri di vaglio tecnico che consentono di determinare a quali condizioni si possa considerare che un'attività economica contribuisce in modo sostanziale alla mitigazione dei cambiamenti climatici o all'adattamento ai cambiamenti climatici e se non arreca un danno significativo a nessun altro obiettivo ambientale.

¹³⁰ Quali possono essere le università e gli enti di ricerca. Il PNRR italiano ad es. individua i partenariati pubblico-privato come uno dei principali strumenti per favorire l'innovazione e supportare il mercato mediante le professionalità delle università. Cfr. PNRR MUR, *Linee Guida per le iniziative di sistema Missione 4: Istruzione e ricerca Componente 2: Dalla ricerca all'impresa*, 7 ottobre 2021. In dottrina: A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. Amm.*, 2022, p. 441 ss.

¹³¹ Tali processi possono incidere anche sui livelli occupazionali o, ove strategicamente definite, essere accompagnate da progettualità di rigenerazione territoriale quale esternalità positiva.



COMMENTI

Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi della nuova riforma dei contratti pubblici

Reflections on the reasons and objectives of the latest public procurement reform

di **Giorgio Vercillo***

ABSTRACT

Il contributo offre una riflessione sulle ragioni e sugli obiettivi della riforma dei contratti pubblici. Il saggio evidenzia come la principale innovazione sia costituita dal conferimento di una ancora più ampia discrezionalità alle stazioni appaltanti che deve ispirare e orientare la loro azione in tutte le fasi delle procedure di affidamento.

This paper offers a reflection on the reasons and the objectives of the latest Italian public procurement reform. The essay highlights that the main innovation is constituted by the conferral of a wider discretion to the contracting authorities which must inspire and guide their action in all phases of public tenders.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La legge n. 78/2022: finalità, principi e criteri direttivi. – 3. Le riforme sistematiche del 2006 e del 2016. – 4. I correttivi. – 5. Le deroghe. – 6. Il “contesto” di riferimento e le “ragioni” della nuova riforma. – 7. Gli obiettivi della nuova riforma.

1. Cenni introduttivi

In Italia, il primo intervento legislativo che ha riguardato la materia dei contratti pubblici risale alla legge 20 marzo 1865, n. 2284, All. F, con la quale furono affidate al Ministero dei lavori pubblici attribuzioni nel settore dei lavori pubblici e furono definite le regole sulla gestione amministrativa ed economica, poi ulteriormente dettagliate da ulteriori provvedimenti che ne disciplinarono specifici aspetti (regolamento n. 350, 25 maggio 1895, sulla direzione, contabilità e collaudazione dei lavori; capitolato generale di appalto del 28 maggio 1895; regolamento del 29 maggio 1895 per la compilazione dei progetti).

Sul piano sistematico, la disciplina dei contratti pubblici fu invece ricollegata alla materia della contabilità dello stato di cui al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e al successivo r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

* Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università e-Campus.

Tra gli anni '60 e gli anni '70 si sono succeduti altri interventi normativi che hanno interessato il quadro giuridico preesistente. Contesto, quest'ultimo, che era tradizionalmente finalizzato a tutelare l'interesse pubblico a conseguire l'assetto contrattuale più favorevole alla pubblica amministrazione, previa selezione del contraente nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

A partire dai primi anni '70 la disciplina interna ha subito una profonda influenza da parte del diritto europeo. Il diritto UE ha, infatti, portato all'affermazione di un sempre più dettagliato sistema europeo delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, che ha inciso profondamente l'ordinamento interno e provocato la serie di riforme che hanno determinato un complessivo riassetto della materia, originando un processo evolutivo in continuo divenire. Ciò è dimostrato dalla recente legge 21 giugno 2022, n. 78, che ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici e ha avviato il percorso, recentemente conclusosi con l'emanazione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che ha portato alla *nuova riforma* cui è dedicato questo contributo.

2. La legge n. 78/2022: finalità, principi e criteri direttivi

La legge 21 giugno 2022, n. 78 ha avviato il percorso che ha condotto alla *nuova riforma*.

Le finalità della delega sono state definite al primo comma dell'art. 1, ove il Governo è stato incaricato di adeguare la nuova disciplina al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionale, nonché di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente. Il tutto nella prospettiva di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate¹.

Ai principi e criteri direttivi (ben trentadue) per l'esercizio della delega, individuati al secondo comma del citato art. 1, è stata assegnata una portata eterogenea. Questi ultimi, infatti, a grandi linee, possono essere ripartiti in sette macro-categorie:

(i) i principi e i criteri caratterizzati da un ambito di applicazione trasversale, in quanto tesi a guidare legislatore delegato nell'attuazione della riforma nel suo complesso. Su tutti, può essere richiamato quello sancito dalla lett. a), laddove si prevede che la nuova disciplina deve perseguire «obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse» – ferma restando «l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza» – con la precisazione che il divieto di *gold plating* è finalizzato ad «assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, sei servizi e delle forniture»²;

¹ Ci si riferisce alla procedura INFR(2018)2273, nella quale è stata contestata la conformità con le direttive 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti pubblici e 2014/25/UE sulle procedure d'appalto nei settori dell'acqua, energia, trasporti e servizi postali.

² Sul divieto di *gold plating*, v. G. RIVELLINI, *Il divieto di gold plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 815 ss.

(ii) i principi e criteri che attengono ad aspetti organizzativi e operativi delle stazioni appaltanti e delle autorità amministrative coinvolte nel settore del *public procurement*. Si pensi a quello definito dalla lett. b), in base al quale la nuova disciplina dovrà prevedere una revisione delle competenze dell'ANAC in materia di contratti pubblici. O a quello definito dalla lett. c), laddove si prevede una «ridefinizione e un rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti [...] al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento delle gare pubbliche»;

(iii) i principi e criteri che hanno come destinatarie specifiche categorie di operatori economici: piccole e medie imprese (lett. d), operatori economici il cui scopo principale è l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate (lett. h), liberi professionisti (lett. l);

(iv) i principi e criteri dedicati alle diverse fasi delle procedure di selezione del contraente e alla loro semplificazione: per gli appalti sotto-soglia (lett. e); per gli investimenti in tecnologie verdi e digitali (lett. f); per la riduzione dei tempi relativi alle procedure di gara (lett. m); per la razionalizzazione e la semplificazione delle cause di esclusione (lett. n); per la normativa primaria in materia di programmazione e localizzazione delle opere pubbliche e del dibattito pubblico (lett. o); per la progettazione (lett. q); per i contratti pubblici nel settore della ricerca (lett. r); per la revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici (lett. s); per le procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti (lett. ii);

In ambito europeo, v. la Comunicazione della Commissione europea «*Individuare e affrontare le barriere al mercato unico*» (COM(2020) 93 final), ove è stato chiarito che il fenomeno di sovra-regolamentazione (c.d. *gold plating*), a livello nazionale, «si traduce spesso in ulteriori oneri normativi o amministrativi per le imprese, che incidono in particolare sulle PMI» ed è stato richiamato «l'obbligo degli Stati membri di rispettare il diritto dell'UE» con invito «a intensificare gli sforzi di semplificazione e a ridurre gli oneri amministrativi inutili [...] evitando una "sovraregolamentazione" ingiustificata». In precedenza, nella Raccomandazione della Commissione europea riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno (SC/2004/0918 final), gli Stati membri erano stati incentivati a non «aggiungere, negli atti nazionali d'attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire l[e] direttiv[e] [...] quando tali condizioni o prescrizioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dall[e] direttiv[e]». Considerazioni analoghe si traggono dalla lettura della Relazione del Parlamento «*Better Regulation*», P6_TA-PROV(2007)0363 e della Relazione del Consiglio dell'Unione europea, ECOFIN, 2836th *Economic and Financial Affairs Council meeting*, del 4 dicembre 2007.

Va però precisato che l'Unione europea non ha il potere di intervenire in modo giuridicamente vincolante sul fenomeno del *gold plating*. Ciò è stato confermato nella sentenza della Corte costituzionale, n. 100/2020, ove si legge che il divieto di *gold plating* «non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili)»; e che tale divieto «va retamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari", e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive». Nello stesso senso, più di recente, v. Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 2022, n. 3644.

Sul divieto di *gold plating*, quale principio e criterio direttivo della disciplina dei contratti pubblici, v. R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 2015, 1122-3; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, ivi, 1156; L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 291 ss.

(v) i principi e criteri riferiti a specifiche categorie di contratti pubblici: si pensi ai contratti aventi ad oggetto servizi sociali, servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché i servizi ad alta intensità di manodopera (lett. v), ai contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza (lett. bb), ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive europee (lett. dd);

(vi) i principi e criteri inerenti alla fase dell'esecuzione del contratto. Sono questi, ad esempio, quelli dedicati all'istituzione di un regime obbligatorio di revisione prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta (lett. g), alla ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera e alla modifica dei contratti (lett. u), alla revisione delle garanzie fideiussorie per la fase esecutiva (lett. cc), al divieto di proroga dei contratti di concessione (lett. ff), alla razionalizzazione della disciplina dei meccanismi sanzionatori e premiali per incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti (lett. hh), alle procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale (lett. ll);

(vii) i principi e criteri finalizzati alla estensione e al rafforzamento delle c.d. adr (lett. ll).

Per comprendere le *ragioni* che ne sono alla base della *nuova riforma* e identificare gli *obiettivi* che la stessa è tesa a perseguire non è però sufficiente limitarsi alla lettura della legge delega. La riflessione deve essere più ampia e, a questo fine, occorre soffermarsi sulle riforme che l'hanno preceduta, sul *contesto* nel quale è maturata, nonché sulle *ragioni* che sono poste alla base e a giustificazione dello sforzo riformatore³.

3. Le riforme sistematiche del 2006 e del 2016

La nuova riforma è la terza che, nell'ultimo ventennio, ha l'obiettivo di disciplinare, in chiave sistematica, l'intera materia dei contratti pubblici.

Più precisamente, la nuova riforma interviene a distanza di sedici anni dall'adozione del d.lgs. n. 163/2006 e di soli sei anni dall'entrata in vigore del più recente d.lgs. n. 50/2016.

³ L. TORCHIA, nella voce enciclopedica *Riforma amministrativa* (in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 987 ss.) identifica quattro "invarianti" dei processi di riforma amministrativa, intese quali «condizioni e questioni sempre presenti, che pur atteggiandosi di volta in volta in modo diverso a seconda dei periodi, forniscono una base di continuità rispetto alla quale si possono individuare e misurare le evoluzioni e gli sviluppi» del diritto amministrativo. La prima invariante è costituita dal «contesto nel quale maturano le riforme» e, in particolare, nelle «ragioni che di volta in volta vengono poste a base e a giustificazione dello sforzo riformatore»; la seconda è relativa «ai soggetti dello sforzo riformatore»; la terza «concerne il perimetro dell'amministrazione», nel senso che le «riforme amministrative hanno spesso avuto come oggetto i tentativi di riduzione o di ampliamento del perimetro dell'amministrazione pubblica»; la quarta «riguarda la determinazione delle regole di azione dell'amministrazione pubblica e i controlli sull'attività». Anche la riforma della disciplina dei contratti pubblici oggetto della legge delega n. 78/2021 può essere esaminata alla luce delle quattro "invarianti" appena ricordate. In questo contributo, l'attenzione sarà concentrata sulla prima, nella prospettiva di fornire una chiave di lettura delle ragioni della delega e degli obiettivi che il suo esercizio dovrà realizzare.

Sulle riforme amministrative, in termini generali, v. S. BATTINI, *Una nuova stagione di riforme amministrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 1017 ss.; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 159 ss.; A. NATALINI, *Il tempo delle riforme amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2006, 1 ss.; M. SAVINO, *Le riforme amministrative*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 2169 ss.; A.

Il codice del 2006 era stato emanato per recepire le direttive n. 2004/17/CE e 2014/18/CE in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴. Il d.lgs. n. 50/2016, invece, è stato emanato nell'esercizio della delega conferita al Governo dalla legge n. 11/2016 ai fini del recepimento delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, tutt'ora in vigore, rispettivamente sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure per l'affidamento dei contratti da parte degli enti aggiudicatori nei c.d. settori speciali⁵.

I due decreti legislativi che hanno preceduto la *nuova riforma* hanno costituito, quindi, attuazione del *vincolo esterno* prodotto sull'ordinamento interno dal diritto europeo e sono entrambi espressione dell'*effetto conformativo* che quest'ultimo ha avuto sul diritto nazionale, nel settore dei contratti pubblici.

Ma non è questo l'unico elemento accomuna i codici del 2006 e del 2016. Ognuno di essi è stato ispirato dal «mito della semplificazione a mezzo della codificazione e della raccolta in testi unici»⁶. Ho utilizzato questa espressione perché entrambi, pur avendo contribuito a riordinare la materia, alla prova dei fatti non hanno prodotto i risultati sperati, avendo la loro emanazione dato il via a un'opera di continua e ripetuta «codificazione a diritto costante»⁷.

Basti pensare che il d.lgs. n. 163/2006, cui ha fatto seguito il D.P.R. n. 207/2010, si è tradotto in un *corpus* normativo di oltre 600 articoli⁸, i quali so-

⁴ In tal senso, v. l'art. 25 della legge delega 18 aprile 2005 n. 62.

⁵ Sul recepimento delle direttive del 2004 e del 2014, v. A. BOTTO-S. CASTROVINCI-ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 1-28; S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, II ed., Giuffrè, Milano, p. 2021, 23 ss.

⁶ L'espressione è di A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, in C. FRANCHINI-F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, 178. Sulla codificazione, in generale, v. B.G. MATTARELLA, *Codificazione (voce)*, in *Diz. dir. pubbl.*, S. CASSESE (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, II, p. 937. Sulla semplificazione, in generale, v. S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 699 ss.; E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 335 ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, ivi, 2011, p. 679 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 1 ss.; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 699 ss.; M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, Editoriale n. 2/2020, p. 1 ss.; S. PELLIZZARI, *"Make it Better and Simpler": semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 279 ss.; G. VESPERINI, *Semplificazione amministrativa (voce)*, in *Diz. dir. pubbl.*, S. CASSESE (a cura di), cit., II, p. 5479 ss.

⁷ Sul fenomeno della c.d. «codificazione a diritto costante», M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347 ss., osserva: «La codificazione a diritto costante partecipa alla stessa logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno ed è contestuale al tramonto dell'ordine codicistico classico, laddove sperimentato. Gli attuali codici settoriali, al pari delle consolidazioni, rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di conoscenza, riordino, semplificazione. Essi si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore, che è proprio ciò che la forma idealtipica di codice intendeva combattere. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione». Nello stesso senso, F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in www.giustizia-amministrativa.it, nel descrivere i fenomeni in cui si è tradotta la codificazione del diritto amministrativo, si riferisce a «quello delle novelle ai codici di settore comparse nei maxi-emendamenti alle varie leggi di stabilità e nei "treni" normativi dedicati alla conversione dell'uno o l'altro decreto legge», attraverso il quale il «quadro normativo non solo si è ampliato, ma è divenuto sempre più episodico, disorganico, disomogeneo».

⁸ Alla vigilia del recepimento delle nuove direttive, il quadro normativo era estremamente complesso e contava, solo sommando codice e regolamento generale, 630 articoli e 37 allegati.

no stati oggetto di ripetuti correttivi, tanto che in dieci anni di vigenza solo poco più del 40% degli articoli è rimasto invariato⁹. Inoltre, il d.lgs. n. 163/2006 è stato connotato da complessità sul piano soggettivo (sono state censite oltre 32.000 stazioni appaltanti) e sul piano procedurale (per il proliferare di procedure di gara diverse dai modelli comunitari), dando luogo a incertezza delle regole e conseguente elevata mole di contenzioso¹⁰.

Lo stesso discorso può essere fatto per la riforma del 2016.

Il d.lgs. n. 50/2016, infatti, oltre a essere composto da 220 articoli, ognuno dei quali è stato strutturato su molti commi¹¹, e da venticinque allegati, reca plurimi rinvii a decreti attuativi, nonché alle “controverse” linee guida ANAC¹², la cui portata, non sempre vincolante, ha prodotto un eccesso di regolazione e ha originato non poche sovrapposizioni, antinomie e oscurità.

Anche il codice del 2016 ha avuto una attuazione a dir poco tormentata¹³. Molti decreti governativi non sono stati emanati e ciò ha impedito l'applicazione delle norme che ad essi rinviano. Le Linee Guida dell'ANAC non sempre si sono mosse sul terreno dell'indirizzo e del supporto conoscitivo delle amministrazioni, in quanto espressive di precetti di dettaglio che, alla prova dei fatti, sono stati percepiti come vincolanti dalle amministrazioni aggiudicatrici (e dai rispettivi funzionari) anche quando non lo erano.

L'attuazione del codice del 2016 è stata, inoltre, ostacolata dai molteplici *correttivi* e dalle altrettanto numerose *deroghe*, che hanno contribuito a rendere la disciplina dei contratti pubblici, non solo instabile, ma anche assimilabile a un vero e proprio “labirinto”.

In particolare, il codice del 2006, nato con 257 articoli e 22 allegati, al momento dell'esercizio della delega aveva 271 articoli e 22 allegati, calcolando aggiunte e sottrazioni successive (aggiunti: artt. 6-bis; 68-bis; 79-bis; 112-bis; 160-bis; 160-ter; 169-bis; 199-bis; 237-bis; 240-bis; 243-bis; 245-bis; 245-ter; 245-quater; 245-quinquies; 246-bis; 251-bis; abrogati: artt. 154, 155, 246-bis); il regolamento constava di 359 articoli e 15 allegati. Tale *corpus* normativo non era neppure materia, dovendosi tener conto anche: (i) di normative statali settoriali che danno luogo a “microsistemi”: p. es. appalti nel settore della difesa e sicurezza, d.lgs. n. 208 del 2011; appalti dei soggetti preposti ai servizi di informazione e sicurezza; regolamenti settoriali quali quelli per gli appalti della difesa e dei beni culturali; (ii) di molteplici norme statali sparse; (iii) e, soprattutto, delle legislazioni regionali in materia, avuto riguardo alla competenza esclusiva per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano, e a quella concorrente delle altre Regioni. Sul punto, v. S. FANTINI-H.-SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 23 ss.

⁹ Sul punto, v. G. MASTRANDREA, *La legge delega per il recepimento delle direttive tra continuità e innovazione*, in C. FRANCHINI-F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, cit., il quale osserva che «nel complesso, dal 2006, il Codice degli appalti è stato modificato da 51 nuove disposizioni normative, a cui vanno aggiunte 18 leggi di conversione» e che, per effetto di questi interventi, «sono state apportare complessivamente 592 modifiche agli articoli originari del Codice».

¹⁰ Cons. Stato, Commissione speciale, parere 1 aprile 2016 n. 855, § I.a.7).

¹¹ L'analisi è ripresa da F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, 2021, Rubettino, Catanzaro, p. 97.

¹² Su tutti, v. G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss. Sulle linee guida ANAC, v. anche F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381 ss.; C. DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.*, 2018, p. 1550 ss.; Id., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in www.giustizia-amministrativa.it; R. DE NICTOLIS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, ivi; M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 147 ss.

¹³ A. MASSERA-F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 600.

Per comprendere il *contesto* nel quale si inserisce la nuova riforma è a questo punto necessario soffermarsi sui *correttivi* e sulle *deroghe*¹⁴. I *correttivi* sono gli interventi con cui il Codice del 2016 è stato modificato e/o novellato rettificato mediante l’emanazione di norme a regime e, in quanto tali, destinate a trovare applicazione illimitata nel tempo. Le *deroghe*, invece, sono espressione delle norme connotate da una portata precettiva limitata nel tempo, con le quali è stata introdotta una disciplina speciale al fine di risolvere esigenze di tipo emergenziale.

4. I correttivi

Il primo intervento riconducibile alla categoria dei *correttivi* risale al d.lgs. n. 56/2017, con cui sono state apportate poche correzioni formali e molte modifiche di sostanza alla disciplina che era entrata in vigore pochi mesi prima.

Nel dicembre del 2018, è stato poi emanato il d.l. n. 135/2018 (convertito nella legge n. 12/2019), che ha integrato le cause di esclusione previste dall’originario art. 80, comma 5, tipizzandone due aggiuntive – quelle di cui alle lett. *c-bis*) e *c-ter*) – che in precedenza erano ricondotte alla fattispecie aperta del c.d. grave illecito professionale di cui alla originaria lett. *c*). Anche in questo caso si è trattato di un correttivo, perché la modifica dell’art. 80 è stata realizzata con la codificazione di due cause (facoltative) di esclusione destinate a trovare applicazione in modo stabile nel tempo.

Il terzo correttivo è stato apportato dal d.l. n. 32/2019 (convertito con modificazioni nella legge n. 55/2019), nella parte in cui, all’art. 1 comma 20, ha novellato e/o abrogato ben venti articoli del d.lgs. n. 50/2016 e, al successivo art. 2, ha sostituito l’art. 110 del d.lgs. n. 50/2016 con nuove norme sulle procedure di affidamento in caso di crisi di impresa¹⁵. La portata delle innovazioni introdotte dal d.l. n. 32/2019 è stata ampia: le innovazioni hanno riguardato una pluralità di istituti, quali, ad esempio, la progettazione, gli appalti sotto-soglia, la disciplina dei consorzi stabili, ancora una volta le cause di esclusione di cui all’art. 80 e il regime giuridico alle stesse applicabile, la disciplina della verifica dell’anomalia delle offerte, l’istituto della finanza di progetto.

Tuttavia, la qualità delle norme che hanno introdotto tali innovazioni è risultata sotto molteplici aspetti carente.

Si pensi, ad esempio, all’inserimento, nell’art. 47 del d.lgs. n. 50/2016, di un ulteriore comma (il comma 2-*bis*), a tenor del quale: «La sussistenza in capo ai consorzi stabili dei requisiti richiesti nel bando di gara per l’affidamento di servizi e forniture è valutata, a seguito della verifica della effettiva esistenza dei predetti requisiti in capo ai singoli consorziati. In caso di scioglimento del consorzio stabile per servizi e forniture, ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio e non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegna-

¹⁴ Sull’argomento, v. S.R. MASERA, *I regimi derogatori negli appalti pubblici tra accelerazione delle procedure ed efficienza*, in *Dir. econ.*, 2022, p. 297 ss.; F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato «responsabilizzato»*, in *federalismi.it*.

¹⁵ Sul D.L. n. 32/2019 (c.d. Decreto Sblocca cantieri), v. R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 “Sblocca cantieri”*, in *Urb. app.*, 2019, p. 443 ss.

zione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione delle prestazioni nel quinquennio antecedente». Questo comma avrebbe dovuto confermare, in particolar modo nel settore dei servizi e delle forniture, l'operatività e la sopravvivenza dell'istituto del c.d. cumulo alla rinfusa¹⁶. Eppure, a causa della scarsa chiarezza della terminologia impiegata dal legislatore, sulla sua interpretazione ci sono state posizioni contrastanti tra gli operatori economici, animando un contenzioso che ha rallentato gli affidamenti e che si sarebbe potuto evitare scrivendo la norma in modo più chiaro¹⁷.

Lo stesso discorso può essere fatto, sempre a titolo esemplificativo, per l'inserimento nell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 del comma 10-*bis*, che invece di chiarire l'esatto perimetro di rilevanza, sul piano temporale, delle cause di esclusione (facoltativa) previste dal comma 5, si è risolto in una norma il cui significato è difficilmente decifrabile e che, oltretutto, risulta difficilmente compatibile con le direttive europee.

L'art. 80, comma 10-*bis*, infatti, nella parte sopra richiamata, dispone: «[n]ei casi di cui al comma 5, la durata della esclusione è pari a tre anni, decorrenti dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza». L'unica certezza che si ha leggendo tale precetto è che lo stesso sia sostanzialmente inapplicabile a molte (o meglio, alla totalità delle fattispecie) previste dal comma 5. Si pensi alle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento. In questa ipotesi, la causa dell'esclusione è costituita

¹⁶ I consorzi stabili sono consorzi costituiti da una pluralità di imprese hanno stabilito di operare nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni e che, pertanto, sono dotati di una comune struttura d'impresa. Si tratta di aggregazioni durevoli di soggetti che nascono da un'esigenza di cooperazione ed assistenza reciproca e, operando come un'unica impresa, si accreditano all'esterno come soggetto distinto. I consorzi stabili sono operatori economici dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, il quale si può giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del 'cumulo alla rinfusa' (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2022, n. 48; TAR Lazio, Roma, Sez. I-*Quater*, 24 novembre 2021, n. 12107; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 novembre 2021, n. 11171; Tar Campania, Salerno, 20 luglio 2016, n. 1709; Id. 16 maggio 2019, n. 771; Cons. Stato, Sez. V, 14 gennaio 2021, n. 8331; Id., 2 febbraio 2021, n. 964; Id. 11 dicembre 2020, n. 7943; Id. Sez. VI, 13 ottobre 2020, n. 6165; Id., Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1112; Id., Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 244; Id., Sez. III, 4 marzo 2014, n. 1030). Elemento qualificante dei consorzi stabili è senz'altro la 'comune struttura di impresa' da intendersi quale 'azienda consortile' utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 marzo 2021 n. 5).

¹⁷ La possibilità per i consorzi stabili di dimostrare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione alle gare avvalendosi del c.d. cumulo alla rinfusa è oggetto di contestazione nella pressoché totalità dei contenziosi riferiti alle gare in cui questi ultimi hanno partecipato. Oggetto di contestazione, sovente, è la perdurante vigenza del cumulo alla rinfusa in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 47 del Codice dal d.l. n. 32/2019. La giurisprudenza ha confermato la vigenza di tale istituto (Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588; Tar Lazio, Roma, Sez. III-*Quater*, 12 luglio 2022, n. 9549; Id., Sez. II-*Quater*, 7 aprile 2022 n. 4082; Id., Sez. III, 19 aprile 2021, n. 4540; Tar Milano, Sez. IV, 16 febbraio 2022, n. 365; Tar Calabria, Catanzaro, 22 luglio 2022, n. 1373; Tar Sicilia, Palermo, 14 novembre 2022, n. 3189). Vi sono state, tuttavia, anche pronunce discordanti (Tar Lazio, Sez. I, 30 giugno 2022, n. 8905). Sul punto, v. anche Cons. Stato, Sez. V, 22 agosto 2022, n. 7360, ove è stata esclusa la possibilità di procedere ad un generalizzato "cumulo alla rinfusa" dei requisiti di qualificazione, ma con riferimento a un appalto di lavori, nel quale non trova applicazione l'art. 47, co. 2-*bis* del d.lgs. n. 50/2016, il cui ambito oggettivo di applicazione è limitato agli appalti di servizi e forniture. In senso conforme, v. anche ANAC, Atto di Segnalazione n. 2 del 20 luglio 2022.

dall'inadempimento seguito dalla risoluzione, non da un provvedimento amministrativo. Inoltre, come chiarito dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *CNS*¹⁸, l'inadempimento rileva (o meglio, può rilevare) a fini escludenti a prescindere dal fatto che sia stato contestato in giudizio. Sicché non è pertinente neppure il riferimento alla data di passaggio in giudicato della sentenza. A ciò si aggiunga che, come già precisato, la formulazione letterale del precetto sopra richiamato differisce sensibilmente da quella delle corrispondenti norme delle direttive europee, laddove si prevede che «[s]e il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4» (art. 57, par. 7 direttiva n. 2014/24/UE). Anche in questo caso, quindi, il d.l. n. 32/2019, piuttosto che risolvere i problemi interpretativi e applicativi del testo originario, ne ha creati nuovi, contribuendo ad alimentare un contenzioso¹⁹ che si sarebbe potuto altrimenti evitare. Il tutto a detrimento degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici.

L'ultimo correttivo (il quarto) risale alla più recente legge n. 238/2021 che, al dichiarato fine di risolvere la procedura di infrazione n. 2018/2273, ha modificato l'art. 31, comma 8, l'art. 46, commi 1 e 2, l'art. 80, commi 1, 4, 5 e 7, l'art. 105, commi 4 e 6, l'art. 113-bis e l'art. 174. Sennonché, e per l'ennesima volta, il legislatore non ha raggiunto il risultato sperato tanto che, il 6 aprile us., la Commissione europea ha inviato una seconda lettera di messa in mora osservando che, alcune delle norme italiane, come le disposizioni sulle procedure negoziate senza gara d'appalto, non sono conformi alla legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici²⁰.

¹⁸ Corte di Giustizia Europea, ordinanza 4 giugno 2019, *CNS*, causa, C-425/18.

¹⁹ Nei più recenti arresti la giurisprudenza ha enunciato il principio per cui il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta che siano decorsi tre anni dalla data della sua commissione, perché se si cumulasse la decorrenza del triennio sia dal fatto illecito che dal giudicato che lo accerta, si prolungherebbe sine die la causa di esclusione, che invece il diritto europeo vuole limitata a tre anni. Questa soluzione è stata raggiunta osservando che le disposizioni di cui ai commi 10 e 10-bis del citato art. 80 non fissano alcun limite cronologico di carattere generale entro il quale opera la rilevanza dei fatti valutabili nell'ambito delle cause di esclusione di cui al comma 5. Da qui la necessità di risolvere la questione interpretativa alla luce della norma di cui all'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo non può essere superiore a «tre anni dalla data del fatto in questione». Alla disposizione contenuta nella direttiva la giurisprudenza ha infatti attribuito efficacia diretta nell'ordinamento interno, con conseguente immediata applicabilità, nel senso che tale norma impone comunque un limite temporale alla rilevanza dei fatti valutabili come gravi illeciti professionali (Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2022 n. 575; Id., 20 aprile 2022 n. 501; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 2229).

²⁰ Il 7 aprile 2022 la Commissione europea ha inviato all'Italia una seconda lettera complementare di costituzione in mora art. 258 del TFUE, nella quale, pur prendendo atto dei notevoli progressi compiuti nel conformare la legislazione italiana al quadro dell'UE in materia di appalti pubblici, ha invitato ad affrontare le questioni ancora in sospeso già sollevate nelle precedenti lettere di costituzione in mora, come il divieto per i subappaltatori di ricorrere ad altri subappaltatori. La procedura INFR(2018)2273 era stata avviata dalla Commissione europea il 24 gennaio 2019, con lettera di costituzione in mora nella quale era stata rilevata la violazione delle norme delle direttive UE riguardanti: (i) il calcolo del valore stimato degli appalti, (ii) i motivi di esclusione dalle procedure di gara, (iii) il subappalto e l'affidamento sulle capacità di altri soggetti, (iv) le offerte anormalmente basse. La lettera di costituzione in mora era stata seguita da una prima lettera complementare del 27.11.2019.

5. Le deroghe

Ai correttivi appena descritti, si è affiancata una sequenza di decreti legge con cui sono state istituite una pluralità di *deroghe*, al dichiarato obiettivo di rilanciare il settore dei contratti pubblici, di accelerare gli interventi infrastrutturali, di incentivare gli investimenti.

Le prime *deroghe* risalgono al già menzionato decreto “sblocca cantieri”, con il quale nell’aprile del 2019 è stato innescato un profondo processo di revisione della disciplina a regime che è stato a tal punto pervasivo da condurre:

(i) sia alla sospensione sperimentale di una serie di istituti previsti dal d.lgs. n. 50/2016. La sospensione è stata inizialmente disposta fino al 31 dicembre 2020 e, successivamente è stata prorogata, da ultimo, fino al 20 giugno 2023²¹;

(ii) sia a una generalizzazione del c.d. «Modello Genova», con il conferimento alla Presidenza del Consiglio di un potere generale di nomina di commissari straordinari preposti all’esecuzione di interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità, o da un rilevante impatto sul tessuto socio – economico, i quali sono stati abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante e a operare in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/2011, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea²².

L’irrompere della pandemia ha poi determinato la necessità di istituire, anche nel settore della contrattualistica pubblica, “misure urgenti” a fronteggiare l’emergenza sanitaria e a superare la crisi economica ad essa conseguenziale²³.

In ambito UE, la Commissione europea ha dapprima adottato orientamenti con cui ha concesso agli Stati membri la possibilità di attuare procedure accelerate e di urgenza per acquistare rapidamente forniture e servizi di prima necessità, come pure, se necessario, infrastrutture supplementari²⁴.

²¹ Il termine iniziale è stato oggetto di una prima proroga al 31 dicembre 2021, con il d.l. n. 76/2020 e, poi, di una seconda proroga, al 30 giugno 2023, dal d.l. n. 77/2021.

²² Sulle gestioni commissariali la dottrina ha espresso posizioni critiche. Sul piano generale, M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., ha rilevato come il loro utilizzo sia indice della «incapacità di quelle ordinarie di far fronte ai propri compiti in applicazione delle norme e dei procedimenti ordinari» (170). Nello stesso senso, v. AA.VV., *I responsabili dell’efficienza: politica vs burocrazia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 1215 ss. Con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, A. MASSERA-F. MERLONI (*L’eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit.), hanno osservato che lo scopo delle norme che hanno generalizzato il “Modello Genova”, non è «la creazione di un punto di riferimento unico per il necessario coordinamento, tra amministrazioni diverse e all’interno di una stessa amministrazione, delle complesse procedure, soprattutto per le fasi a monte della gara (programmazione, localizzazione, progettazione degli interventi), ma proprio la deroga alle norme vigenti. Con l’aggravante della costruzione, intorno al Commissario, di uffici straordinari, che doppiano l’amministrazione ordinaria, destinata a restare immutata e inefficiente» (619).

²³ Su queste deroghe, v. A. GIANNELLI-G. TROPEA, *L’emergenza pandemica e i contratti pubblici: una “semplificazione” in chiaroscuro, tra misure temporanee e prospettive di riforma strutturale*, in *Munus*, 2020, p. 309 ss.

²⁴ Comunicazione della Commissione Orientamenti della Commissione europea sull’utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19 2020/C 108 I/01.

Sul fronte interno, invece, la disciplina dei contratti pubblici è stata oggetto di ripetuti interventi operati dal “Governo legislatore”²⁵, con il d.l. n. 76/2020 (convertito nella legge n. 120/2020), il successivo d.l. n. 77/2021 (convertito nella legge n. 108/2021, il d.l. n. 4/2022 (convertito nella legge n. 25/2022), il d.l. n. 68/2022 (convertito nella legge n. 68/2022).

Ognuno di questi provvedimenti è stato adottato con l’obiettivo di attuare il *mito della semplificazione*²⁶. Il metodo che è stato applicato per raggiungere questo obiettivo è stato quello della *deroga a termine*, o meglio, è stato quello delle *deroghe a termine*. È, infatti, più corretto utilizzare il plurale, perché i regimi derogatori sono stati più d’uno²⁷. Vediamo quali sono stati i principali.

L’art. 1 del D.L. n. 76/2020 ha reso più flessibili le procedure di affidamento dei contratti sottosoglia, quanto a procedure da seguire (commi 1 e 2), criteri di selezione dei contraenti (comma 3), oneri richiesti agli operatori economici (comma 4). Il tutto, a condizione che l’atto di avvio del procedimento di affidamento fosse adottato entro il 31 luglio 2021 (il termine, poi, è stato più volte prorogato, da ultimo, con il d.l. n. 77/2021, al 30 giugno 2023).

L’art. 2 del D.L. n. 76/2020, ha riproposto in modo ancora più radicale il c.d. “Modello Genova” e ha previsto, in particolare, che per l’affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria, architettura e progettazione, di opere di importo pari o superiore alle soglie, nonché da realizzare in specifici settori²⁸, le stazioni appaltanti «operano in deroga» ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/2011, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del d.lgs. n. 50/2016 e delle disposizioni in materia di subappalto²⁹. Anche in questo caso, l’efficacia precettiva della norma istitutiva della deroga è stata limitata nel tempo agli affidamenti la cui determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente fosse adottato entro il 31 luglio 2021 (termine poi prorogato, da ultimo, con il d.l. n. 77/2021, al 30 giugno 2023).

Una ulteriore deroga introdotta dal D.L. n. 76/2020 è quella volta ad accelerare la definizione delle procedure di affidamento dei contratti sopra e sotto

²⁵ L’espressione è ripresa da S. CASSESE, *Il Governo legislatore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 557 ss. il quale osserva che «[l]’accentuazione recente della funzione legislativa del governo ha una spiegazione congiunturale nel regime di emergenza prodotto dalla pandemia» (558).

²⁶ C. CONTESSA, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un Codice?*, in *Urb. app.*, 2020, p. 757 ss.

²⁷ L’osservazione è condivisa da S.R. MASERA, *I regimi derogatori negli appalti pubblici tra accelerazione delle procedure ed efficienza*, cit., 298.

²⁸ I settori sono quelli dell’edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, cui si sono aggiunti, per effetto delle modifiche introdotte dal d.l. n. 77/2021 gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017 – 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del PNIEC.

²⁹ Secondo Tar Lazio, Roma, Sez. I, 13 dicembre 2021, n. 13682, con questa norma «il legislatore ha previsto una modalità di gestione accelerata ancorata alla situazione emergenziale dovuta alla diffusione del virus del Covid 19, senza circoscriverla alla ricorrenza di particolari presupposti o di un onere motivazionale specifico, menzionando l’estrema urgenza, consequenziale agli effetti negativi derivanti dall’emergenza sanitaria in corso e dal periodo di sospensione delle attività economiche, quale ragione giustificativa del ricorso alla procedura negoziata senza bando».

soglia, con la definizione di termini massimi di durata (tre mesi per i contratti sotto soglia, sei mesi per quelli sopra soglia) e la precisazione che il mancato rispetto di questi termini, come anche la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso, possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che opera di diritto (artt. 1 e 2).

L'art. 5 del D.L. n. 76/2020, a sua volta, fino al 31 dicembre 2023 ha posto a carico delle stazioni appaltanti l'obbligo di istituire per i lavori sopra soglia il collegio consultivo tecnico³⁰: organo cui sono stati conferiti sia poteri consultivi per le ipotesi di sospensione dell'esecuzione delle opere pubbliche (art. 5 D.L. n. 76/2020), sia compiti di rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso, con determinazioni aventi natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse³¹.

Il medesimo D.L. n. 76/2020, al successivo art. 8 ha previsto che, fino al 30 giugno 2023: (i) è autorizzata la consegna dei lavori in via di urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via d'urgenza, nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dei requisiti di qualificazione per la partecipazione alla procedura; (ii) in relazione alle procedure ordinarie, è possibile applicare le riduzioni dei termini procedurali per ragioni di urgenza; (iii) le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016, già adottati, a condizione che entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto si provveda ad un aggiornamento.

Vi sono poi le *deroghe* che hanno riguardato i contratti pubblici per l'esecuzione delle opere comprese nel PNRR e nel PNC³². Con l'art. 48 del D.L. 77/2021: (i) le stazioni appaltanti sono state autorizzate a ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, nella misura strettamente necessaria, quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da circostanze imprevedibili, non imputabili alla stazione appaltante, l'applicazio-

³⁰ Sul collegio consultivo tecnico, v. F. AULETTA, *Sulle conseguenze possibili e le implicazioni non necessarie dell'opzione in favore della «natura del lodo contrattuale» per le determinazioni del Collegio consultivo tecnico*, in *Riv. arbitrato*, 2022, p. 845 ss.; F. FRANCARIO, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in www.giustiziasieme.it; I. LOMBARDINI, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici (art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, cd. "Decreto Semplificazioni", convertito con modifiche in l. 11 settembre 2020, n. 120)*, in *Riv. arbitrato*, 2021, p. 843 ss.; Id., *Collegio consultivo tecnico obbligatorio e Linee guida M.I.M.S. (Decreto n. 12 del 17 gennaio 2022): brevi considerazioni anche in una prospettiva di raffronto con l'arbitrato nei contratti pubblici*, in *Riv. arbitrato*, 2021, p. 953 ss.

³¹ Alle "determinazioni" del collegio consultivo tecnico è attribuita la natura di «lodo contrattuale previsto dall'articolo 808 ter del codice di procedura civile, salva la diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse». Sul punto è intervenuto Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2022, n. 4650, precisando che «si tratta [...] di un arbitrato irrituale che, salvo tale diversa volontà delle parti (e salvo ricorra una delle cause di annullabilità dell'art. 808 ter, comma 2, c.p.c.), sottrae la controversia alla giurisdizione ordinaria».

³² Sulle norme del D.L. n. 77/2021 in materia di contratti pubblici, v. M. FERRANTE-C. GUCCIONE-A. SERAFINI, *I contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 753.

ne dei termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie può compromettere la realizzazione degli obiettivi o il rispetto dei tempi di attuazione (comma 3); (ii) è stato ulteriormente accelerato il c.d. rito appalti, con l'applicazione 'generalizzata' dell'art. 125 c.p.a. (comma 4); (iii) sono stati eliminati i limiti al c.d. appalto integrato ed è stato, quindi, stato ammesso l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica in deroga a quanto previsto dall'art. 59, commi 1, 1-*bis* e 1-*ter* del Codice (comma 5). L'art. 50 del D.L. 77/2021, a sua volta, è intervenuto nella c.d. fase esecutiva delle opere comprese nel PNRR e nel PNC e ha previsto: (i) l'obbligo di esercitare il potere sostitutivo da parte del responsabile o dell'unità organizzativa di cui all'articolo 2, comma 9-*bis*, della legge n. 241/1990, qualora siano decorsi inutilmente i termini per la stipulazione del contratto, per la consegna dei lavori, per la costituzione del collegio consultivo tecnico, nonché per il compimento degli atti e delle attività di cui previste dalla legge (comma 2); (ii) che il contratto diviene efficace con la stipulazione e non trova applicazione l'art. 32, comma 12 del d.lgs. n. 50/2016 (comma 3); (iii) un meccanismo volto a favorire l'anticipata esecuzione del contratto con un premio di accelerazione per ogni giorno di anticipo, nei limiti delle risorse ivi disponibili (comma 4).

L'art. 52 del D.L. n. 77/2021 è poi intervenuto per ridurre il numero delle stazioni appaltanti³³ e, a questo fine, ha previsto, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, l'obbligo dei «comuni non capoluogo di provincia [di procedere] all'acquisizione di forniture, servizi e lavori [...] attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia».

L'incremento dei prezzi di acquisto delle materie prime ha poi portato il legislatore a introdurre una "deroga" all'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 e, in particolare, (i) a prevedere che, fino al 31 dicembre 2023, per i nuovi affidamenti è obbligatoria la previsione nei contratti pubblici di appalto di una clausola di revisione prezzi (comma 1 lett. a) e, (ii) per i soli contratti relativi ai lavori³⁴, a istituire uno specifico meccanismo di valutazione delle variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione (comma 1 lett. b). Questo intervento è successivo a quello anticipato dall'art. 1-*septies* del D.L. n. 73/2021 (convertito nella legge n. 106/2021), con il quale è stato introdotto un meccanismo – poi attuato con appositi decreti del MIMS³⁵ – di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche finalizzato a mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatosi nel corso del 2021.

³³ Sulla necessità di un simile intervento, v. M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, cit., p. 183.

³⁴ Sul punto, cfr. il Parere della funzione consultiva ANAC n. 37 del 13 settembre 2022.

³⁵ In attuazione dell'art. 1-*septies*, il MIMS ha adottato appositi decreti per la rilevazione delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, ai sensi delle disposizioni richiamate (in data 11 novembre 2021 e 4 aprile 2022), nonché per le modalità di utilizzo del Fondo previsto al comma 8 della disposizione (in data 30 settembre 2021 e 5 aprile 2022); lo stesso Ministero ha adottato, altresì, apposite Circolari al fine di assicurare uniformità ed omogeneità di comportamenti da parte degli operatori del settore (Circolare del 25 novembre 2021 e del 5 aprile 2022).

6. Il “contesto” di riferimento e le “ragioni” della nuova riforma

La rassegna dei *correttivi* e delle *deroghe* che hanno interessato la disciplina dei contratti pubblici non è stata proposta con un intento meramente compilativo. Al contrario, il suo esame è utile a comprendere il *contesto* nel quale è maturata la necessità della nuova riforma.

I *correttivi* e le *deroghe*, come si è visto, hanno riguardato una pluralità di istituti e hanno portato a una maturata consapevolezza dei limiti che caratterizzavano – e caratterizzano tutt’ora – il sistema delineato dal d.lgs. n. 50/2016.

La spinta verso una maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento, ad esempio, costituisce una risposta alla iper-regolazione delle procedure di gara e all’imposizione di obblighi, formalismi e adempimenti che, oltre non essere (necessariamente) previsti dal diritto UE, rallentano gli affidamenti e la realizzazione delle opere e dei servizi.

La predeterminazione per via legislativa di tempi certi per la conclusione delle gare e per la stipula del contratto, la previsione dell’obbligo di esercizio di poteri sostitutivi, l’introduzione di misure acceleratorie del c.d. rito appalti, sono misure funzionali, a loro volta, a contrastare la “paura della firma”, in cui si esprime quella “burocrazia difensiva”³⁶ che, sovente, contraddistingue l’operato delle stazioni appaltanti e genera scarsa fiducia degli operatori economici nell’attività compiuta da queste ultime. Quello che accade nel contenzioso in materia di appalti pubblici ne fornisce una oggettiva dimostrazione: la casistica, infatti, dimostra come sia sufficiente la notifica di un ricorso avverso un provvedimento di aggiudicazione di una gara per bloccare la stipula del contratto oltre i termini di *stand-still* anche in caso di rinuncia alla domanda cautelare da parte del ricorrente³⁷.

³⁶ Sulla «burocrazia difensiva», M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Dir. econ.*, 2018, p. 625 ss. AA.VV., «Burocrazia difensiva»: cause, indicatori e rimedi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, n. 1295 p. ss.; S. BATTINI-F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 293 ss.; Id., *Indagine sulla burocrazia difensiva*, 2021, in *Riv. it. public management*, 1 ss.; S. BATTINI, *Abuso d’ufficio e burocrazia difensiva nel groviglio dei rapporti fra poteri dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, p. 494 ss. Più di recente, v. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, p. 4.

³⁷ Sul punto, v. Tar Lazio, Roma, Sez. II-bis, 7 gennaio 2021, n. 208, ove si osserva che la modifica dell’art. 32, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, con cui è stato previsto che «non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto», trova la propria ragion d’essere nel fatto che «le procedure di appalto vertono in ordine ad interessi generali strettamente cogenti, tra i quali acquista rilievo essenziale il celere completamento delle relative procedure (rispetto a cui, in caso di esito favorevole del processo, sono disponibili i variegati strumenti di tutela di cui agli artt. 120 ss. del c.p.a., che contemperano l’interesse della PA all’esecuzione del contratto con quello, che la stessa PA condivide con il concorrente vittorioso, alla selezione della migliore offerta e per effetto del quale è possibile sospendere gli atti impugnati in via cautelare solo a condizioni aggravate di pregiudizio nell’indugio del processo)»; e che, «in questa cornice, la norma è intesa a prevenire il fenomeno (del tutto diverso dai limiti e presupposti dell’autotutela in pendenza di giudizio) della c.d. “burocrazia difensiva” ovvero quell’atteggiamento degli uffici procedenti, non infrequente nella prassi, in forza della quale la sola pendenza del giudizio, pur nell’assenza di misure cautelari o dopo che ne è stata respinta la domanda, implica, tramite una mera condizione di inerzia, l’arresto “di fatto” delle procedure per timore di responsabilità (della PA o dei suoi dirigenti) nell’aggiudicazione (atteggiamento da stigmatizzarsi, essendo severamente lesivo dell’interesse generale all’efficacia ed all’efficienza dell’azione amministrativa, pe-

L'istituzione dell'obbligo, a carico dei Comuni di minori dimensioni, di procedere all'acquisizione di lavori, servizi e forniture in forma aggregata o avvalendosi di stazioni appaltanti più qualificate, è invece una risposta alla constatazione, sempre più diffusa, di una scarsa preparazione e organizzazione delle stazioni appaltanti in termini di *procurement capacity*, cui ha contribuito la mancata attuazione agli artt. 37 e 38 del d.lgs. n. 50/2016³⁸.

La (re-)introduzione dell'obbligo di corredare i contratti pubblici di clausole di revisione prezzi³⁹, serve a superare le difficoltà nella fase esecutiva che – e i recenti aumenti del prezzo delle materie prime lo dimostrano – possono verificarsi nel corso del rapporto a causa di eventi straordinari e imprevedibili in danno, non solo degli appaltatori e/o dei concessionari, ma anche – e di riflesso – degli interessi pubblici alla cui cura sono preposte le amministrazioni aggiudicatrici, essendo noto che la sopravvenienza che rende l'esecuzione del contratto economicamente e/o finanziariamente insostenibile può incidere negativamente anche sulla prestazione che deve essere eseguita, a tal punto da renderla impossibile⁴⁰.

L'obbligo di istituzione del comitato tecnico consultivo è funzionale a risolvere le liti che potrebbero insorgere nella fase esecutiva dei lavori, onde assicurare il raggiungimento del *risultato* ultimo cui la selezione del contraente e la successiva stipulazione del contratto sono preordinati: procedere all'affi-

raltro causativo esso stesso di responsabilità amministrative ben più gravi di quelle temute nel caso di esito favorevole del giudizio per la parte ricorrente)».

³⁸ Sul tema, v. B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 613 ss.; G.M. RACCA-S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: i modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 33 ss.; G.M. RACCA, *La Corte di giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. trim. pubbl. comunit.*, 2021, p. 185 ss.

³⁹ Il d.lgs. n. 50/2016, infatti, a differenza del codice del 2006 (art. 115, d.lgs. n. 163/2006), prevede che la revisione prezzi, disciplinata dall'art. 106, co. 1 lett. a), non è obbligatoria, ma opera solo se prevista dai documenti di gara (Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667). Ciò è stato ritenuto coerente con il diritto UE dei contratti pubblici, dalle cui norme si trae, dunque, una sostanziale neutralità dell'ordinamento europeo per gli aspetti relativi agli eventuali rimedi manutentivi che gli ordinamenti approntano per fronteggiare le sopravvenienze che incidono sugli aspetti economici del contratto (Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2022, n. 9426).

⁴⁰ La revisione prezzi consiste in un rimedio finalizzato al riequilibrio del sinallagma utile ad assicurare continuità al rapporto contrattuale in corso di svolgimento, soprattutto nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse. La revisione si applica ai contratti pubblici di durata, ad esecuzione continuata o periodica, trascorso un determinato periodo di tempo dal momento in cui è iniziato il rapporto e fino a quando lo stesso non sia cessato ed eventualmente sostituito da un altro. L'istituto della revisione dei prezzi ha la finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche Amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa e, al contempo, è posto a tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto. La sua previsione non ha come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi. Al contrario, è necessario che ricorrano circostanze eccezionali e imprevedibili, la cui esistenza non può essere ricondotta ad aumenti del costo di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, dovendo invece a tal fine farsi riferimento ad eventi, appunto eccezionali ed imprevedibili, tali da alterare significativamente le originarie previsioni contrattuali. Ciò anche al fine di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca, nel corso del tempo, aumenti incontrollati tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto. Per l'affermazione di questi principi, v. Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667; Id., Sez. V, 6 settembre 2022, n. 7756; Tar Milano, Sez. IV, 26 gennaio 2022, n. 179.

damento del contratto e alla sua esecuzione nel preminente interesse della collettività.

Iper-regolazione delle procedure di gara, imposizione da parte del d.lgs. n. 50/2016 e/o dalle stazioni appaltanti di obblighi, formalismi, adempimenti, oneri economici e amministrativi non necessariamente previsti dal diritto UE, carenze nell'organizzazione delle stazioni appaltanti, mancata attuazione di numerose disposizioni del codice in ragione della omessa adozione dei decreti governativi cui lo stesso d.lgs. n. 50/2016 rinvia, "paura della firma" e "burocrazia difensiva", difficoltà di gestire le sopravvenienze suscettibili di incidere negativamente sull'esecuzione del contratto, incertezze e difficoltà di risolvere le liti. Sono questi, in estrema sintesi, i principali *limiti* che hanno portato alla *crisi* del Codice del 2016 e, per l'effetto, hanno determinato la necessità di alimentare quell'«eterno cantiere»⁴¹ su cui sono intervenuti a più riprese Governo e Legislatore.

Si tratta di *limiti* che hanno finito per porre in secondo piano, sia il principio del c.d. *risultato*, che nell'ultimo ventennio⁴² si è progressivamente imposto nella moderna visione che guarda al diritto amministrativo in senso "prestazionale"⁴³; sia l'obiettivo, che è al centro del diritto europeo dei contratti pubblici, della tutela e della promozione della "concorrenza", intesa nelle sue due dimensioni "macro" e "micro"⁴⁴.

⁴¹ A. MASSERA-F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, cit.

⁴² Sul risultato, L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.*, 1988, 299 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione*, *Dir. amm.*, 1999, p. 57 ss.; A. POLICE-M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità ed amministrazione di risultati*, *Atti del Convegno, Palermo, febbraio 2003*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁴³ Cons. Stato, Commissione speciale, parere 18 aprile 2016 n. 1113.

⁴⁴ M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss. distingue tra visione "macro" e "micro" della concorrenza e osserva, a questo proposito, che, mentre dal primo punto di vista ("macro"), «la normativa sugli appalti pubblici e la politica degli acquisti delle pubbliche amministrazioni si prestano a essere inserite nel contesto più generale dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati», dal secondo punto di vista, «la normativa sugli appalti può essere considerata come volta a disciplinare un singolo atto di scambio tra due attori in un mercato determinato, imponendo alla stazione appaltante di avviare una procedura a evidenza pubblica ogniqualvolta decide di stipulare un contratto per la fornitura di un determinato bene, servizio o lavoro». Nella dimensione "macro", quindi, la pubblica Amministrazione è «vista come un agente che opera "nel mercato"; in quella "micro" come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza per il mercato)». Esaminando il complesso delle norme contenute nelle direttive europee del 2014 in materia di contratti pubblici, però, pur non negando l'importanza assunta dalla concorrenza, Clarich osserva come quest'ultima, piuttosto che un principio guida dell'attività delle stazioni appaltanti, costituisca «la ricaduta pratica dell'applicazione dei principi di imparzialità e di parità di trattamento, di pubblicità e di trasparenza del singolo scambio». Questa conclusione è raggiunta con l'analisi dell'art. 18 della Direttiva 2014/24/UE, osservando come tale norma dia composta da tre proposizioni che «danno vita a una sequenza di tipo circolare che muove dal principio della parità di trattamento e di non discriminazione, si sviluppa attraverso il riferimento alla concorrenza e si conclude ancorando l'intento di alterare quest'ultima a una presunzione che richiama indirettamente proprio il principio della parità di trattamento e di non discriminazione enunciato nella prima parte della disposizione». Si interrogano sull'esistenza di un principio di concorrenza anche C. RISVING HAMER-M. ANDHOV, *Public procurement principles*, in R. CARANTA-A. SANCHEZ-GRAELLS (a cura di), *European Public procurement*, Elgar, Cheltenham, 2021, p. 196. Sostiene che la concorrenza sia stata elevata a principio, A. SANCHEZ-GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2015, p. 1 ss. Sulla centralità della concorrenza nel diritto europeo dei contratti pubblici, in termini generali, v. S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 20 ss.

Il *risultato* è stato posto in secondo piano, perché i *limiti* cui ho fatto appena riferimento hanno reso recessivo l'«interesse realizzativo»⁴⁵ a che i contratti pubblici siano affidati al miglior concorrente per essere, successivamente, eseguiti. Il che è a dir poco singolare, se solo si considera che i contratti pubblici di appalto e di concessione costituiscono lo strumento che l'ordinamento mette a disposizione delle pubbliche Amministrazioni per raggiungere sempre un risultato finale: costruire un'opera pubblica, realizzare una infrastruttura, svolgere un servizio in favore della collettività, acquisire una fornitura di beni.

La concorrenza è stata pregiudicata, nel senso che la diffusa equazione *concorrenza=procedimento di gara/rigidità del contratto* è diventata il presupposto per l'applicazione di regole (per un verso, limitative della discrezionalità delle stazioni appaltanti e, per altro verso, invasive delle istanze degli operatori economici) e del nascere di contenziosi (sempre più frequenti)⁴⁶, dando origine a indefinite questioni di legittimità amministrativa, nonché alla sottoposizione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici a oneri (amministrativi ed economici) che hanno creato non poche difficoltà alle prime e hanno scoraggiato la partecipazione alle procedure di gara di questi ultimi.

La concorrenza, quindi, è divenuta una “formula vuota” ed è stata concepita quale «bene unitario, unico e autoreferenziale»⁴⁷, che ha finito per legittimare scelte amministrative che, in ultima analisi, sono risultate contrarie, sia all'obiettivo di promuovere e realizzare la piena concorrenzialità tra operatori nel mercato, sia all'obiettivo di assicurare l'aggiudicazione del contratto al concorrente che ha presentato l'offerta maggiormente meritevole.

È questo il *contesto* su cui è intervenuta la *nuova riforma*. Si tratta di un *contesto* affatto assimilabile a quello che esisteva quando sono stati adottati i codici del 2006 e del 2016. Da qui la diversità di *ragioni* che ne sono alla base.

Il d.lgs. n. 163/2006 e il d.lgs. n. 50/2016 nascono dallo sforzo compiuto per il recepimento delle norme del diritto europeo⁴⁸.

La nuova riforma, invece, trae la propria ragion d'essere dalla maturata consapevolezza della necessità di razionalizzare, riordinare e semplificare nel suo insieme la disciplina dei contratti pubblici, onde fornire una risposta organica, armonica e complessiva al complesso dei limiti emersi nell'ultimo triennio.

Sia chiaro. Con questo non intendo dire che il collegamento tra la nuova riforma e il diritto UE sia venuto meno. Il diritto UE resta – e non potrebbe essere altrimenti – al centro anche della nuova riforma, il cui fine, è bene ricordarlo, è (anche) quello di risolvere la procedura di infrazione in corso e di evitare l'avvio di nuove procedure.

Ma il diritto UE, oggi, assume (anche) il ruolo, diverso, di *fattore (non obbligatorio) di sviluppo dell'ordinamento interno* e, (anche) per il tramite della riforma della disciplina dei contratti pubblici, costituisce lo *strumento* che con-

⁴⁵ Sul c.d. «*interesse realizzativo*», inteso quale «interesse pubblico che guida l'attività contrattuale», v. L.R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessione sulle norme introdotte dai decreti di semplificazione ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2022, p. 441 ss.

⁴⁶ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, cit., 45. ID., *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 20 ss.

⁴⁷ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, cit., p. 44.

⁴⁸ Sul recepimento delle direttive del 2004 e del 2014, rispettivamente, nel d.lgs. n. 163/2006 e nel d.lgs. n. 50/2016, v. S. FANTINI-H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., p. 23 ss.

sente all'Italia di sfruttare l'opportunità di rilancio economico e sociale offerta proprio dall'Unione europea⁴⁹.

La riforma del diritto dei contratti pubblici è uno dei principali obiettivi del PNRR che l'Italia si è impegnata a realizzare, non perché obbligata dall'ordinamento europeo, ma perché ha scelto di assumere un preciso impegno verso l'UE⁵⁰. Si tratta, infatti, di una "riforma orizzontale": e ciò sta a significare che essa costituisce una preconditione per il rilancio del tessuto produttivo, per il miglioramento dei servizi ai cittadini e per il potenziamento degli investimenti pubblici⁵¹.

L'ordinamento europeo, in altre parole, *non* rappresenta più un *vincolo esterno*, ma opera piuttosto quale *fattore propulsivo esterno su base volontaria*, nel senso che non si limita ad apporre limiti e/o obblighi che il legislatore nazionale è vincolato a recepire, bensì stimola e sollecita la nuova riforma della disciplina dei contratti pubblici. Tutto questo nella prospettiva di superare i limiti che né i numerosi correttivi, né tanto meno le deroghe hanno ad oggi consentito di risolvere.

7. Gli obiettivi della nuova riforma

La nuova riforma, dunque, è funzionale a superare i *limiti* emersi nel *contesto* su cui è intervenuta, attraverso una sistemazione organica della materia che, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi della legge n. 78/2021, deve realizzare una *semplificazione normativa*, intesa nell'accezione virtuosa del termine: ovvero quale semplificazione che è ottenuta attraverso un coordina-

⁴⁹ Per analoghe considerazioni, non limitate alla riforma della disciplina dei contratti pubblici, ma proposte in linea generale per tutte le riforme dell'amministrazione, L. TORCHIA, *Riforma amministrativa (voce)*, cit., 9 p. 89. V. anche F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, cit.; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astridonline*. Con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici, v. A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 442. Per una analisi comparata, AA.VV., *I Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza in prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 1137 ss.

⁵⁰ Osserva, a tal proposito, F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, cit., che «[i]l Piano è stato approvato dagli organi UE ed è oggetto di un preciso impegno verso l'UE assunto dalla Repubblica italiana. Questo implica che, in conformità alle disposizioni del Regolamento istitutivo del c.d. dispositivo per la ripresa e la resilienza, la Commissione abbia il potere di vigilare sull'adempimento del Piano e, come detto, di intervenire con i rimedi "sanzionatori" previsti dal Regolamento medesimo: potrebbe sospendere l'erogazione e addirittura cancellare l'aiuto e revocarlo, come abbiamo detto (v. l'art. 24 del citato Reg. 2021/241)». Da qui la conclusione secondo cui «[u]na buona fetta dell'autonomia procedurale che pure il diritto UE riconosce agli Stati membri è nel nostro caso sacrificata, quantomeno per quel che riguarda la definizione delle singole azioni previste nel PNRR». Sui vincoli derivanti dal PNRR, v. anche M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e ripresa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, pp. 7-8.

⁵¹ Per F. FRACCHIA e P. PANTALONE *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2022, p. 243 ss. «un significativo impulso all'attività contrattuale dei soggetti pubblici è dettato dal fatto che essa, muovendo in poco tempo ingenti risorse finanziarie, contribuisce non solo al perseguimento di interessi di tutela ambientale, ma anche e soprattutto alla ripresa e allo sviluppo economico del Paese dopo le nefaste conseguenze prodotte dalla crisi pandemica negli ultimi due anni»; e che «i due obiettivi potrebbero confliggere [...], nel senso che il PNRR sembra a volte più sbilanciato sul versante della ripresa economica rispetto a quello della transizione ecologica» (250).

mento, in un quadro sistematico, delle norme e dei principi che afferiscono alla materia dei contratti pubblici⁵².

La *semplificazione normativa*, a sua volta, identifica lo strumento attraverso cui realizzare la (diversa, ma correlata alla prima) *semplificazione di carattere amministrativo* cui è pure preordinata la nuova riforma, nella rinnovata convinzione che la riduzione di oneri e di adempimenti non strettamente necessari – tanto più se valutati alla stregua dei livelli di regolazione minima richiesti dalle direttive UE – alla selezione del migliore contraente, la riorganizzazione e razionalizzazione del numero di soggetti pubblici abilitati a contrattare, la riduzione dei tempi di durata delle gare, l'introduzione di un livello maggiore di flessibilità nella gestione dei contratti durante la loro fase esecutiva (specie al verificarsi di circostanze sopravvenute e imprevedibili tali da alterare l'equilibrio sinallagmatico del contratto), non operano contro la concorrenza, ma la promuovono e la preservano, contribuendo al raggiungimento del *risultato* – inteso quale *obiettivo prioritario* da raggiungere⁵³ – cui è preposta l'attività contrattuale della pubblica Amministrazione.

Affinché tutto questo sia possibile, il d.lgs. n. 36/2023 ha così introdotto una serie di norme che hanno conferito alle amministrazioni aggiudicatrici un maggior livello di discrezionalità, rispetto a quella di cui disponevano in base alle norme del d.lgs. n. 50/2016. Ad esempio, un maggior livello di discrezionalità è stato attribuito dal d.lgs. n. 36/2023:

(i) nella fase preparatoria delle procedure di gara, con il superamento del divieto generale del c.d. appalto integrato e con l'individuazione un criterio che consenta un impiego di questo istituto al ricorrere di presupposti che lo rendano compatibile, sia con la capacità delle stazioni appaltanti di verificare la qualità del progetto affidato all'esecutore del contratto, sia con l'interesse degli operatori economici a concorrere per l'aggiudicazione di contratti che abbiano ad oggetto l'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori. A questo fine, l'art. 44 autorizza l'affidamento di appalti integrati alle sole stazioni appaltanti qualificate, previa adozione di una determina motivata, per l'esecuzione di lavori complessi e di importo superiore a determinate soglie, in favore di operatori economici che possiedano i requisiti previsti per i progettisti o che intendono avvalersi di progettisti qualificati;

(ii) nella fase di gara: (a) con la definizione "a regime" di procedure semplificate per l'affidamento dei contratti sotto soglia (art. 48). A questo fine, il d.lgs. n. 36/2023 ha escluso la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per l'affidamento dei contratti sotto soglia, ha autorizzato l'esecuzione anticipata senza vincoli, né obblighi motivazionali (art. 50), ha istituito una disciplina *ad hoc* sulle modalità di controllo sul possesso dei requisiti (art. 52), ha escluso la necessità di presentare le garanzie provvisorie e quelle definitive a corredo dell'offerta (art. 53); (b) con il conferimento alle amministrazioni aggiudicatrici, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti c.d. sopra soglia, il potere di decidere se applicare senza limiti il meccanismo della c.d. inversione procedimentale (art. 107, comma 3); (c) consentendo nei settori speciali la selezione del contraente con procedure flessibili (procedure ristrette o negoziate precedute da

⁵² La nozione di semplificazione normativa qui proposta coincide con quella di «*semplificazione mediante codificazione*» avanzata da A. POLICE, *Contratti pubblici: tra ultime novità legislative ed esigenze di semplificazione*, cit., p. 182.

⁵³ È questo l'auspicio, qui condiviso, di F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, cit., p. 121.

indizione di gara, dialoghi competitivi o partenariati per l'innovazione) in modo generalizzato e senza limitazioni (art. 155);

(iii) nella fase esecutiva: rendendo obbligatoria l'apposizione a tutti i contratti pubblici di una clausola di revisione prezzi che consenta, su richiesta di entrambe le parti, di adeguare il corrispettivo nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa e/o tale da alterare in modo significativo il sinallagma contrattuale per circostanze sopravvenute e imprevedibili (art. 60).

La maggiore discrezionalità conferita dalla nuova riforma alle amministrazioni aggiudicatrici deve, quindi, poter esprimersi in tutte le fasi dell'articolato processo che porta alla concreta attuazione del c.d. *interesse realizzativo* di cui queste ultime sono portatrici: da quella preparatoria e propedeutica all'avvio della procedura di affidamento, a quella successiva alla sua indizione, a quella di esecuzione del contratto.

L'assegnazione di un più elevato livello di discrezionalità, inoltre, è stata accompagnata dalla previsione di principi generali al fine di guidarne l'esercizio. Il che è tanto più vero se si considera che, in base alla legge delega, il compito del riformatore è stato quello di razionalizzare, riordinare e semplificare (tutta) la disciplina in materia di contratti pubblici.

Questo obiettivo, per essere realizzato, necessita di ricondurre l'intera disciplina "a sistema". E, a questo fine, un ruolo fondamentale è rivestito proprio dai principi generali, i quali rendono possibile la comprensione delle singole parti di una determinata disciplina, connettendole al tutto e rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà e/o incompletezza delle singole norme. I principi generali esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico. Essi hanno un valore qualificatorio⁵⁴ che le singole e specifiche disposizioni di legge non possono avere.

Il d.lgs. n. 50/2016 dedicava ai principi generali un solo articolo (l'art. 30) che, oltretutto, si limitava ad elencarli in modo eterogeneo, ponendoli su un piano equiordinato. Il d.lgs. n. 36/2023, invece, dedica ai principi generali ben 12 norme (gli artt. da 1 a 12) con cui si apre il Libro I⁵⁵ e assegna, così, ai "principi generali" il ruolo e la funzione che gli compete⁵⁶. Ai principi generali, infatti, è stato dedicato più spazio, con l'adozione di *norme-principio* – i.e. di norme costruite su *enunciati-principio*⁵⁷ – utili a valorizzare la portata superiore⁵⁸ che li contraddistinguono.

⁵⁴ Il valore qualificatorio è l'attitudine di una proposizione giuridica a ricoprire situazioni di fatto nella propria qualificazione. I principi hanno un valore qualificatorio, trattandosi di proposizioni giuridiche espresse da enunciati normativi in senso proprio.

⁵⁵ In realtà i principi non sono tutti contenuti nei primi 12 articoli, essendo possibile identificare altri anche in altri punti del d.lgs. n. 36/2023. Ad esempio, l'art. 19 codifica i «*principi e diritti digitali*», l'art. 20 codifica i «*principi in materia di trasparenza*», l'art. 30, comma 3 definisce i principi di conoscibilità e comprensibilità, non esclusività della decisione algoritmica e non discriminazione algoritmica sull'«*uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici*», l'art. 49 definisce il «*principio di rotazione degli affidamenti*», l'art. 107 a sua volta detta i «*principi generali in materia di selezione*». Sul principio di digitalizzazione, v. G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, p. 1 ss.

⁵⁶ Sulla centralità dei principi nella disciplina dei contratti pubblici, v. A. BARTOLINI, *I contratti pubblici nel pensiero di Giuseppe Morbidelli*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2019, p. 150. Sui principi generali del d.lgs. n. 36/2023, v. A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Diritto dell'economia*, 2023, p. 141 ss.

⁵⁷ In linea generale, gli enunciati normativi che possono ricondursi, o meno, ad un principio sono di diversi tipi. Occorre infatti distinguere tra: (i) enunciati-principio, per tali intendendosi

I principi generali dovranno, in sede applicativa, essere calati in un contesto – quello da cui origina la nuova riforma – che, come si è detto, ha finito per porre in secondo piano la *logica del risultato*, la quale, invece, dovrebbe guidare l'operato delle amministrazioni aggiudicatrici.

Da qui la necessità di prevedere, come auspicato in modo del tutto condivisibile da Fabio Cintioli, che le nuove norme abbiano «come principale obiettivo l'esecuzione dell'appalto e il raggiungimento del risultato, con prevalenza sugli altri obiettivi, e che quindi tutte le norme di settore» siano «interpretate in maniera da assecondare questo principio»⁵⁹.

La codificazione del *principio del risultato*, quindi, dovrà portare in primo piano il c.d. *interesse realizzativo* e renderlo *gerarchicamente dominante* su tutti gli altri⁶⁰. Questo non solo nella prospettiva di salvaguardare l'interesse pubblico della pubblica Amministrazione che contratta; ma anche nella prospettiva di tutelare e di promuovere la concorrenza tra gli operatori economici che, in prima battuta, concorrono per l'affidamento e, in seconda battuta, devono successivamente eseguire la prestazione oggetto del contratto.

Il *principio del risultato*, dunque, dovrà costituire sia il *criterio prioritario* che dovrà guidare le stazioni appaltanti sia nell'esercizio di una rinnovata discrezionalità⁶¹, sia il fattore di impulso della concorrenza⁶² nel e/o per il mercato dei contratti pubblici, nella sua duplice accezione “macro” e “micro”.

Ed è proprio il *risultato* il principale obiettivo che la nuova riforma è tesa a realizzare.

quelli che enunciano esse stesse principi; (ii) enunciati il cui contenuto è svolgimento parziale di un principio; (iii) enunciati che, se considerati individualmente, presentano un contenuto determinato e circoscritto, ma che, se considerati nel sistema giuridico complessivo, possono assumere un contenuto indeterminato; (iv) enunciati a fattispecie esclusiva, i quali, anche se valutati nel sistema giuridico complessivo, mantengono la loro individualità; (v) enunciati a contenuto individualmente indeterminato, che sono connotati da una portata precettiva ampia e da contorni indefiniti.

⁵⁸ Sulla qualificazione dei *principi* come espressione di norme di grado superiore, v. anche N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., il quale richiama la posizione di V. CRISAFULLI (*Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Rel. internaz. fil. dir.*, 1941, p. 236) osservando che, «espliciti o impliciti che siano», essi «generano una serie indeterminata di ipotesi, ciascuna delle quali è suscettibile di venire assunta a formare altrettante fattispecie diverse» (62). Nello stesso senso, v. F. PATRONI GRIFFI, *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, 1 ss.

⁵⁹ F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, cit., 121.

⁶⁰ È questo l'auspicio di L.R. PERFETTI, *Derogare non è semplificare. Riflessione sulle norme introdotte dai decreti di semplificazione ed in ragione del PNRR nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., p. 446.

⁶¹ In tal senso, F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., osserva che «il legislatore ha cercato, attraverso la codificazione dei principi generali, di innestare su questo tessuto vasto e talvolta ostico alcune coordinate che valessero da orientamento per le stazioni appaltanti e per l'interprete, vere e proprie chiavi per aiutarli a sciogliere i frequenti dubbi applicativi» (1). Condivide questa posizione anche G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, cit., secondo cui il principio del risultato è volto a «incentivare un più coraggioso esercizio dell'autonomia discrezionale delle amministrazioni, in vista dell'obiettivo della realizzazione delle commesse pubbliche».

⁶² La stretta connessione tra principio del risultato e concorrenza è messa in evidenza anche da F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., il quale osserva che nel nuovo codice quest'ultima, «rimane un valore fondante, ma essa non postula in ogni caso procedure più complesse, non è affatto incompatibile con i modelli semplificati di gara pubblica e non giustifica una visione fideistica della gara pubblica come bene in sé».

